

17960
F4
V.2

LIBRERIA MEDICINA

ANNO 6

LA LIBRERIA DE JURISCONSULTOS Y ESCRIBANOS

QUE

REPRESENTA ORDENADA POR EL METODO ADICIONADO CON
TABLAS TRATADOS Y CON EL TITULO DE LIBRERIA DIVISION

DIO 8 JUN

LIBRERIA DE JURISCONSULTOS Y ESCRIBANOS

Siendo esta obra propiedad del ciudadano Mariano Galvan Rivera, nadie puede reimprimirla sin su licencia.



Calla 4 l'os
Biblioteca



FONDO BIBLIOTECA PUBLICA
DEL ESTADO DE NUEVO LEON

TOMO II

MEXICO: 1881

Imprenta de Giron y Cia. en el Calle de San Antonio

CONTINUACION DEL LIBRO SEGUNDO.

TITULO II.

DE LAS SUCESIONES HEREDITARIAS.

CAPITULO PRIMERO.

Del testamento, de sus diversas especies y requisitos.

- | | | |
|-----|--|---|
| 1 | ¿Qué es testamento? | de su privilegio en punto de testamento?* |
| 2 | Facultad de otorgarle, y su importancia. | 18* Si algun paisano que no hubiere testado legalmente, sienta plaza de soldado, y aprueba despues tal testamento imperfecto, queda este válido por su nueva voluntad.* |
| 3 | Es de dos maneras, solemne y privilegiado. | 19* ¿Hasta cuándo y en qué casos valdrá el testamento que hubiere otorgado un militar en uso de este privilegio, si despues se retira del servicio sin goce de fuero?* |
| 4 | El solemne puede ser nuncupativo ó abierto, y escrito ó cerrado. | 20* Opiniones de los autores acerca de los testamentos de los indios.* |
| 5 | El abierto puede otorgarse ante escribano ó sin él, y en qué forma. | 21* Disposiciones legales acerca de lo mismo.* |
| 6 | Calidades de los testigos. | 22* De otros testamentos privilegiados conforme al derecho de las Partidas.* |
| 7 | ¿Cómo ha de entenderse la vecindad? | 23* Del testamento <i>ad pias causas</i> .* |
| 8 | Los legatarios pueden ser testigos del testamento en que se les dejan legados. | 24 ¿Qué debe hacerse para elevar un testamento á instrumento público? |
| 9 | El escribano debe ser de los del número del pueblo en que se otorgue el testamento. | 25 El que no tiene prohibicion de testar puede hacer cuantos testamentos quiera. |
| 10 | ¿Qué es testamento escrito ó cerrado, y cuantos testigos ha de haber en él? | 26 Tienen esta prohibicion los impúberos, mas no por eso se dirá que mueren intestados. |
| 11 | ¿Qué deberá hacerse cuando el testador no sabe ó no puede firmar? | 27 La tienen el loco y el desmemoriado. |
| 12 | Cuando ninguno de los testigos sabe firmar es nulo este testamento. | 28 El pródigo, el sordo y mudo por naturaleza, *y cuándo el que lo fuere por enfermedad? |
| 13 | Circunstancias que se requieren para la validez del testamento otorgado ante escribano. | 29 Los dados en rehenes, los condenados per autores de libelos, y los hereges declarados. |
| 14 | En los testamentos simultáneos de marido y muger no son menester mayor número de testigos que para el de uno solo. | |
| 15 | Requisitos necesarios para el testamento del ciego. | |
| 16 | Del testamento de los militares. | |
| 17* | ¿Qué personas á mas de ellos gozan | |

*

- 30 Los hereges tolerados no están inhibidos de testar.
 31 Lo están los siervos y los usureros públicos, *(lo contrario en la nota).
 32 Los canónigos reglares, y los religiosos profesos que no han obtenido licencia.
 33 Los excomulgados vitandos.
 34 Los clérigos pueden testar de todos sus bienes.
 35 No pueden hacerlo los obispos de los emolumentos de su obispado.
 36 Los peregrinos pueden hacer testamento.
 37 También los extranjeros con arreglo á los convenios vigentes.
 38 Los hijos de familia que se hallan

- bajo la patria potestad no pueden testar sin licencia de sus padres, sino con limitacion.
 39 La licencia del Soberano habilita á los que no pueden testar y la presencia del mismo excusa de otros testigos.
 40 Para que el testamento solemne produzca sus efectos son precisas cuatro cosas.
 41 Otros requisitos que debe tener, aun cuando su falta no la invalide.
 42 De otras varias cosas que puede contener un testamento.
 43 Causas porque un testamento puede declararse nulo.
 44* Del papel sellado en que han de escribirse los testamentos.*

Testamento es „un testimonio en que se encierra é se pone ordenadamente la voluntad de aquel que lo hace, estableciendo en él su heredero, ó departiendo lo suyo en aquella manera que él tiene por bien que finque lo suyo despues de su muerte ¹.“

2. La facultad de hacer testamento se reputa por de derecho público (*), siendo propio del civil el establecer las solemnidades de que debe estar adornado. La importancia de hacer cada uno justa, clara y valedera distribucion de sus bienes, impone al hombre la obligacion de saber las formalidades que pide el derecho para un acto tan trascendental, y la de otorgarle en perfecta salud, implorando para su acierto los auxilios del cielo y el consejo de personas doctas y timoratas, pues las consecuencias de una disposicion ilegal ó poco meditada son de todo punto irreparables.

3. El testamento es de dos maneras, *solemne* y *privilegiado*. El *solemne* es el que consta de todos los requisitos y formalidades prescritas por el derecho para su firmeza, y cuya observancia obli-

1 L. 1. tit. 1. part. 6.

(*) Es de derecho público y no privado, ya porque nadie puede testar si no se lo permite la ley, ya porque el testamento ha de otorgarse siempre con las solemnidades que previenen las leyes, y no segun el arbitrio y capricho de los testadores, aun cuando no pueda dudarse de su voluntad. *Febrero reformado*.

*Aunque por las razones expuestas sea cierto que la faccion de testamento es de derecho público, como dijo Papiniano (L. 3. D. *Qui testam. fac. poss.*); sin embargo, el autor en este lugar contrapone al derecho público con el civil, lo que siendo muy impropio, juzgamos que padecería al escribir un descuido involuntario, y que

expresó una cosa distinta de la que quiso. Esto supuesto, creemos que la mente de Febrero fué asentar con muchos autores, que la faccion de testamento considerada en general trae su origen del derecho de gentes; mas si se atienden su forma y solemnidades, ó la manera con que el testador deba disponer de sus bienes, es ya entónces de derecho civil. Vinnio tambien en el pr. *Inst. de testam. ordin.* n. 3.) se decide por esta opinion, despues de haber tratado el punto extensamente; aunque Heineccio (en sus adiciones al citado lugar de Vinnio) parece inclinarse á la contraria fundado en muy buenas razones.*—E.

ga á la generalidad de los hombres. El privilegiado es el que por especial privilegio se considera válido, aun cuando carezca de aquellos requisitos, como el que otorgan los militares.

4. El solemne puede otorgarse de dos modos, por lo cual se divide en *nuncupativo* ó *abierto*, y en *escrito* ó *cerrado*. Nuncupativo es aquel en que el testador publica su voluntad, ya sea de viva voz, ya por medio de un escrito que él mismo lee, ó bien hace leer al escribano si asistiere al acto, ó á cualquiera de los testigos, en términos que lo oigan cuantos previene la ley que esten presentes ¹.

5. Este testamento puede otorgarse ante escribano público, ó sin él. Si se otorgare ante escribano deben estar presentes á lo ménos tres testigos vecinos del lugar donde el testamento se hiciera. Si no se quisiere hacer con intervencion de escribano, deberán asistir al acto por lo ménos cinco vecinos del lugar. Si no pudiesen ser habidos cinco testigos vecinos del lugar, ni tampoco escribano, bastará la asistencia de tres vecinos del tal lugar. Pero si no fueren vecinos, son necesarios siete testigos, cuyo número suple el defecto de vecindad y la falta de escribano, con tal que tengan las calidades que el derecho requiere ².

6. Estas calidades que han de concurrir en los testigos, y sin las cuales no es válido ningun testamento abierto ni cerrado, ni tampoco ninguna otra disposicion testamentaria, sea la que fuere, no las expresa el derecho, el cual determina únicamente las tachas ó defectos que los inhabilitan. Por tanto podrán ser testigos todos los que estuvieren libres de cualquiera de ellos. La ley prohíbe que puedan serlo los que han sido condenados por cancioncs injuriosas, libelos ó pasquines infamatorios, ó por ladrones, homicidas, traidores á la nacion ú otros delitos semejantes; los apóstatas de nuestra santa religion, aun cuando hayan vuelto al seno de la Iglesia: los menores de catorce años: las mugeres: los locos durante su locura: los pródigos privados por tales de la administracion de sus bienes: los mudos: los sordos y los ciegos: los hermafroditas, en quienes no predomine el sexo varonil: y por último los siervos; pero si alguno reputado por libre interviniere como testigo en un testamento, y luego se verifica que es esclavo, no por esto se habrá de anular ³. Además de estas tachas que son generales para todos los casos, hay otras que solo inducen inhabilidad respectiva. Tal es la de los hijos que no pueden ser testigos en los testamentos de sus padres y demas ascendientes, ni estos en los de sus descendientes. Tampoco pueden serlo el heredero ni sus parientes dentro del cuarto grado de afinidad y consanguini-

1 L. 1. tit. 1. part. 6.

2 L. 1. tit. 4. lib. 5. R., ó 1. tit. 18. lib. 10. N.

3 LL. 17. tit. 16. part. 3, 9 y 10. tit. 1. part. 6.

nidad¹. Disputan los juriconsultos, si debe preceder como requisito indispensable la rogacion hecha por el testador, ú otro en su nombre, á los testigos, y cómo ha de ser esta; pero lo cierto es que la ley de Partida que previene la rogacion, debe entenderse únicamente en cuanto á que aquellos hayan de ser llamados y requeridos á fin de que sepan el acto que van á presenciarse.

7. Ya hemos dicho en otra parte² quiénes deban ó no considerarse vecinos, y qué clase de vecindad basta para poder ser testigo en testamento. Solo añadimos ahora que estan reputados por vecinos en la corte, que es donde en este punto se suscitan dudas mas frecuentes, todos los que ejercen en ella cualquier oficio ó destino estable ocupando alguna habitacion en su cabeza, aunque no tuvieren familia. Pero el que está en posada, ó es pretendiente de aquellos, que no tiene ánimo de permanecer en ella mas tiempo que el que durare su pretension, no se reputará por vecino, aun cuando estuviere con su familia, y ocupe habitacion en su nombre. Tampoco son vecinos los hijos que viven bajo la patria potestad, ni los criados y demas dependientes que moran en la casa de sus amos³; pero no es lo mismo cuando viven fuera de ella, ocupando habitacion en su nombre, pues en tal caso se tienen por verdaderos vecinos. La vecindad de los testigos debe probarla el interesado en la validez del testamento, si alguno se la negare⁴; *porque cuando la ley exige alguna calidad en los testigos, no se presume si no la acredita el que se vale de ellos.*⁵

8. Los legatarios pueden ser testigos en los testamentos en que se les dejan legados⁶, y tambien los fideicomisarios y ejecutores testamentarios siempre que se haga escritura pública: si no se hace y fuesen llamados como testigos para probar el testamento, podrán igualmente presentarse como tales, con tal de que entre ellos nada se trate de la herencia⁷. Pero si los testamentarios son nombrados para distribuir los bienes del difunto, haciendo veces de herederos, no podrán ser testigos en el testamento en que se les nombre, por razon de que el heredero está imposibilitado de serlo. Los clérigos *in sacris* y los religiosos profesos pueden tambien ser testigos, porque no hay ley ninguna que se los prohíba; mas en todo caso será conveniente excusar, siempre que se pueda, valerse de ellos para evitar controversias y cavilaciones voluntarias.

9. Cuando en el testamento interviene escribano deberá ser de los del número del pueblo en que se otorgue, pena de nulidad, pues

1 LL. 9 y 11. tit. 1. part. 6.

2 En el n. 19 del tit. 2. lib. 1.

3 Matienzo en la ley 1. tit. 4. lib. 5. N. R.

4 Matienzo en la ley 1. gl. 5. n. 13. tit. 4. lib. 5. R.

Esriche *Diccionario de Legislac. art. Testamento.*

6 Matienzo en la ley 1. tit. 4. lib. 5. R. gl. 8. n. 9 al 11. y la ley 11. tit. 1. part. 6.

7 Flores de Men. *Var. lib. 1. q. 1. n. 25.*

así lo previene la ley 1 tit. 25 lib. 4 R. 6 7 tit. 23 lib. 10 N.¹ prohibiéndolo á los escribanos nacionales; pero puede haber caso en que por resultar graves inconvenientes de la asistencia de un escribano del número se declare válido el testamento autorizado por un escribano nacional, aunque siempre es mas seguro salvar dichos inconvenientes por medio de mayor número de testigos hasta el completo que la ley requiere. No pudiendo ser habidos siete testigos no vecinos, serán suficientes cinco y ademas el escribano idóneo, porque este se reputa por dos, con lo cual se verifica el número de los siete, y así se practica.

10. Testamento escrito ó cerrado es aquel en que el testador presenta un papel cerrado con lacre, oblea ó cosa equivalente, declarando que en él se contiene su última voluntad. Esta declaracion ha de hacerse indispensablemente ante un escribano y siete testigos de las calidades referidas, bajo pena de nulidad; pero no pide la ley vecindad en ellos.² Nada importa que este testamento sea escrito por el testador ó por otro en su nombre en caso que aquel no sepa ó no quiera escribirle, ni tampoco el que esté en papel blanco ó sellado³: lo indispensable es que lo entregue al escribano para que extienda el otorgamiento en su cubierta, y que á su presencia lo signe y firme con todos los testigos, diciendo á estos: *Este es mi testamento; ruégoos que escribais en él vuestros nombres.* Prescribe esta solemnidad la ley 2 tit. 1 Part. 6, la cual manda ademas que lo sellen con sus sellos, lo cual no está en observancia. El que los testigos hayan de ser siete, todos los cuales firmen juntos con el testador y el escribano, lo dispone la citada ley de la Recopilacion, que es la que puntualmente se observa.

11. Si el testador no supiere escribir, firmará por él un testigo⁴, y lo mismo se hará si sabiendo no pudiese verificarlo; pero valdrá su firma si alguno le ayudare y guiare la mano en presencia de todos los demas⁵. Tambien es válido el otorgamiento cuando alguno ó mas testigos hasta el número de seis no saben escribir, con tal que uno sepa y firme por los otros: lo cual se practicará en esta forma: *Testigo á ruego del otorgante: Pedro Rodriguez.—Fué testigo: Pedro Rodriguez.—Testigo á ruego de Juan Fernandez: Pedro Rodriguez.—Testigo á ruego de Diego Rubio: Pedro Rodriguez &c.* El escribano ha de expresar en el otorgamiento que este testigo firmará por el testador, por sí y por los testigos restantes con motivo de no saber ó no poder, y luego lo suscribirá, signará y firmará segun manda la ley,

1 En la misma ley se dice que esa prohibicion cesaba en la corte y chancillerías.

2 L. 2 tit. 5. lib. 4. R. ó 2. tit. 18. lib.

10. N. Matienzo en ella gl. 2. y 3.

3 Arg. del cap. 52. de la ley 11. tit. 24.

lib. 10. N.

4 Cit. ley 2. tit. 15. lib. 4. R.

5 Greg. Lop. ley 1. tit. 1. part. 6. gl. 11.

Matienzo ley 2. tit. 4. lib. 5. R.

de modo que sean ocho las firmas, y ademas la suya y su signo¹. Autorizado el otorgamiento, lo entregará al testador para que lo guarde ó dé á guardar á la persona que quisiere; mas no debe custodiarse por el escribano en calidad de tal, hasta que abierto y publicado adquiriera la de instrumento público, de que hasta entónces carece.

12. Cuando entre los testigos no se hallare siquiera uno que sepa firmar, es nulo el testamento cerrado ó *in scriptis*, pues no basta que el escribano firme por sí y por los testigos, y mucho mas si no supiere ó no pudiere el testador, y tambien firmare el escribano en nombre de este, porque ninguna ley le autoriza para tales casos². Y aunque es verdad que si lo hiciere no incurrirá en pena alguna por no haberla impuesto el derecho, son las referidas firmas un requisito tan esencial, que el testamento en que no las hubiere será nulo, y aquel reputado por ignorante³ (a).

13. Tres circunstancias deben concurrir precisa y simultáneamente en el otorgamiento ante escribano, y en la publicacion de un testamento ó última voluntad, para que no se invalide. La primera, que todos los testigos vean y oigan hablar al testador, por lo cual el ciego y el sordo no pueden serlo, como queda dicho, sin que de este requisito puedan dispensar la peste ni otros riesgos. La segunda, que entiendan perfectamente todo el contenido de su disposicion, si el testamento es abierto; y la fórmula del otorgamiento, si fuere cerrado. Y la tercera, que mientras se lee, otorga y publica, esten todos presentes sin faltar uno, pues son tan necesarias estas circunstancias, que no es suficiente que algunos oigan parte de lo leído, y otros lo restan-

1 Dicha ley recopil.

2 L. 2. tit. 1. part. 6. L. 103. tit. 18. part. 3.

3 Gom. ley 3. de Toro, n. 31.

(a) Acerca de los puntos tocados en estos dos últimos párrafos, insertamos á continuacion las doctrinas de Colom en su *Instruc. jurid. de escriban. abogados &c.* lib. 4. cap. 4. ns. 3 y 4., para que nuestros lectores se inclinen á la opinion que juzguen mas cierta. „Reflectada la expresada ley (2. tit. 4. lib. 5. R., ó 2. tit. 16. lib. 10. N.) dice el citado autor, parece que por lo prevenido en ella debe entenderse, que el testador *in scriptis* ha de saber firmar aunque no pueda, y por consiguiente tambien leer, porque no se le engañe en el testamento que se otorgare por el que le escriba; porque si no fuera esta la intencion de la ley, no se mandara en ella á lo último, que firme si pudiere y no si supiera. Y asimismo, segun su contenido, deberán firmar de los siete testigos á lo menos tres de ellos por sí y por los restantes que no supieren, porque la misma ley dice que firmen los unos por los otros que no supieren, y no que el uno lo haga por los demas, ni que el escribano firme por todos; porque si así fuera, seria exponer los bienes del

testador á que el testigo que firmó, y el escribano ó este solo no sabiendo los demas, los diesen á quien gustaren, suponiendo ambos ó el último de ellos, el testamento cerrado que les pareciese contra la voluntad del testador (*); lo que será mas dificultoso de ejecutar, firmándose por los dichos tres testigos, que deberán reconocer despues sus firmas judicialmente, para abrirse el testamento y declarar sobre su otorgamiento: en cuyo caso valdrá como nuncupativo, en virtud de la cláusula codicilar que deberá llevar, por tener los tres testigos que previene la ley 1. tit. 5. lib. 4. R., y por este motivo discurre sean tres, y no dos los que pide la citada ley 2. Que la mente de esta quiera que el testador *in scriptis* sepa leer y escribir, lo convence la ley 14. tit. 1. part. 6., que priva al ciego de semejante testamento, porque no se le engañe por el que escriba. Y lo mismo debe entenderse del que no sepa escribir, ó por lo menos leer bien letra de mano; porque no sabiendo está equiparado al ciego, y con la misma facilidad que á este se le puede engañar.—E.

(*) Hace al caso la ley 6. al fin tit. 1. p. 6.

te, ni que el testador manifieste á cada uno de ellos con separacion su voluntad en diferentes dias ú horas. Todos juntos la han de oír íntegramente de su boca; de lo contrario serán testigos singulares y no contestes, por lo cual no harán prueba ni habrá testamento¹; y esta es la razon por que el escribano debe cuidar de no omitir la menor formalidad, pues la falta de cualquiera de ellas anularia el acto². Es tambien indispensable que el testador hasta concluir el otorgamiento no se ocupe en negocio diferente, pena de invalidar el primero, á ménos de obtener privilegio especial para hacerlo así³ (a). Tampoco deben separarse los testigos, por ser un acto solo é indivisible que no admite semejantes intermisiones⁴. Finalmente, tanta importancia tienen las solemnidades del testamento, que bien observadas no puede ser rescindido, aunque para ello intervenga disposicion del soberano; y si el testador quiere despues mudar en él la menor cosa, debe guardarlas todas otra vez como si de nuevo testase⁵.

14. Para todos los testamentos abiertos ó cerrados de marido y muger, ó de otras personas que testen junta ó separadamente (ya sean los herederos legítimos ó extraños), deben intervenir en su formacion las respectivas solemnidades y número de testigos que corresponde, sin que por ser dos ó mas los otorgantes se necesite número mayor⁶.

15. El ciego no puede hacer testamento cerrado⁷, sino precisamente nuncupativo ó abierto, y en él eran necesarios por la ley 14. tit. 1. part. 6, siete testigos y escribano público; pero esta ley se halla moderada por la ley 2. tit. 4. lib. 5. R., ó 2. tit. 18. lib. 10. N., la cual previene que haya cinco testigos por lo ménos; mas no hay precision de que sean vecinos del lugar, con tal que el testamento se otorgue ante escribano, pues como este es reputado por dos, resultan siete, cuyo número releva en todo testamento de la circunstancia de vecindad. Pero no será válido, si por no haber mas vecinos del lugar se otorgase en presencia de tres testigos que tuvieren dicha calidad, aunque intervenga escribano, y en esto se diferencia este testamento del nuncupativo comun. Debe firmarle á ruego del ciego uno de los testigos, como en toda clase de instrumentos previene la ley⁸; pero no es preciso que le firmen los demas testigos, pues este requisito solo es esencial en

1 L. 1. tit. 4. lib. 5. R., ó 1. tit. 18. lib. 10. N. Matienzo en la misma gl. 4. Gom. 3. de Toro.

2 Gom. 3. de Toro, n. 32.

3 L. 3. tit. 1. part. 6.

(a) A este requisito dan el nombre los autores de *unidad de contexto*, y consiste en que en el testamento no se mezclen actos diversos, como la celebracion de un contrato con alguno de los testigos ó con otros; pero no se opone á ella la interrupcion

del acto de testar ó por accidentes del testador ó por ocupaciones de los testigos.—E.

4 Cast. 3. de Toro verb. *Intervenga*.

5 Matienzo en la 2. cit. gl. 2. hasta la 7. y en la 3. de Toro, Gom. y Burg. de Paz.

6 Burg. de Paz en dicha ley 3. de Toro n. 1230. Cast. ibi verb. *Siete testigos*.

7 L. 14. tit. 1. part. 6.

8 Matienzo ley 2. tit. 4. lib. 5. R., glos. 8. n. 3. y final.

el testamento cerrado, y no en el abierto, porque no se observa en esta parte la ley 14 tit. 1 Part. 6., que mandaba que el escribano y testigos lo sellasen y firmasen. La práctica es que firme un testigo por el ciego, y el escribano por sí, nombrándose los demas al fin, del mismo modo que en el testamento general¹. Pero dicha ley no está derogada en la parte que previene que á falta de escribano debe haber en el testamento del ciego ocho testigos y uno que lo escriba por el otorgante.

16. El testamento privilegiado es, como se ha dicho, el que por especial privilegio pueden otorgar los militares sin sujetarse á las formalidades y requisitos que exige el solemne. Nuestra legislación (a) ha sido varia en orden á las personas que gozan de esta concesion, casos en que les compete y circunstancias requeridas para su validez. Pero hoy está en uso la real cédula de 24 de octubre de 1778², en que se manda que todos los individuos del fuero de guerra puedan otorgar por sí su testamento en papel simple, firmado de su puño ó de otro cualquier modo en que conste su voluntad, ó bien hacerlo ante escribano con las fórmulas y cláusulas de estilo, usando á su arbitrio en la parte dispositiva de las facultades que les da la ley militar ó observando las leyes civiles. Sobre este punto hay que prevenir dos cosas: 1.ª que si otorgan su testamento ante escribano en calidad de tal, deben concurrir á él los testigos que la ley previene, por cuanto en tal caso no usan del privilegio concedido al fuero de guerra: 2.ª que por amplias que sean las facultades que les da este para otorgar del modo que quisieren su testamento, no deben ni pueden excusar aquellos requisitos que la razon y la ley natural tienen por necesarios para que conste con alguna seguridad la verdadera voluntad del otorgante. Esto no se conseguirá si testando el militar de viva voz, no hubiere dos testigos con que acreditarlo, testimonio tenido en todas las naciones por prueba plena, el mismo que pide la ley de Partida³, y el que implícitamente requiere la citada real cédula en las palabras *de cualquier modo que conste su voluntad*, porque por un solo testigo nada consta. Otro tanto sucederá si escribe su última disposición en la arena ó en el escudo con su sangre. Cuando no habrá necesidad de los dos testigos será en el caso que hiciere testamento en papel firmado de su mano; pero no se dispensará de la prueba extrínseca de que aquella es su firma, la cual habrá de quedar al juicio y prudencia del juez, quien pesará las circunstancias del testador, heredero y demas que contribuyan á aclarar y rectificar el punto:

1 Matienzo en dicha ley 2. gl. 8. n. 3. y fin. Véase á Lopez en la ley 14. tit. 1. part. 6. n. 4.
(a) Véanse la ley 4. tit. 1. part. 6. y los arts.

1, 2 y 3. tit. 11. trat. 8. Orden gener. del ejército.
2 L. 8. tit. 18. lib. 10. N. R.
3 L. 4. tit. 1. part. 6.

pues la informacion de peritos no constituye prueba, en razon de que solo pueden deponer de la semejanza y no de la identidad de la firma¹. *Por último, se requiere que cuando el militar haya hecho la manifestacion de su voluntad, conste que trató seria y formalmente de hacer testamento²; pues muchas veces acontece, especialmente entre los soldados, decir á otro por chanza que lo *hace su heredero y le deja sus bienes*; y si tal declaracion pudiera tenerse por testamento, sucederia con frecuencia aparecer despues de la muerte de cualquiera, testigos que depusiesen haber oido las referidas expresiones, y de este modo se cometerian innumerables fraudes³. Para evitarlos, y asegurarse mas del ánimo del soldado testador, quieren que dichos testigos deban ser rogados; pero, como observa Vinnio⁴, para lograr ese objeto no hay necesidad del ruego, pues por solas las circunstancias que concurren puede colegirse si aquel habló seria ó ligeramente.

17.* Acerca de las mugeres de soldados en puntos de testamentos, está dispuesto en la *Declaracion de milicias*⁵, que todo individuo de ellas en sus testamentos y abintestatos, y en los de sus mugeres, gozará del fuero militar. Sin embargo, como testifica Alvarez⁶, algunos juzgan que la disposicion de la citada cédula del año de 1778 no debe ampliarse á los hijos de los soldados y demas, por no gozar del fuero por razon de sus personas; cuya opinion tiene por mas probable el adicionador de la *Práctica de testamentos* de Murillo⁷, atendidos los términos en que está concebido el artículo constitucional que ha conservado entre nosotros los fueros militar y eclesiástico⁸. El motivo de este privilegio es el peligro en que los militares exponen su vida en servicio de la patria⁹; y como esta razon concurre aun respecto de aquellos que sin ser soldados de profesion se encuentran en las acciones bélicas, les compete asimismo aquel favor¹⁰, que corresponde tanto á los militares de tierra como á los de mar¹¹.

18.* Si algun paisano que no hubiere otorgado su testamento con arreglo á la ley, despues sentare plaza de soldado, y con palabras ó hechos manifestare que lo aprueba, valdrá aquel por la nueva voluntad del testador¹². Esto es consiguiente al privilegio militar; porque si en su virtud puede el soldado hacer testamento sin solemnida-

1 Vinnio in § 1. Inst. De milit. testam. n. I.
2 Cit. art. 3. tit. 11. trat. 8. de la Orden. allí: *que manifieste seriamente*.
3 § 1. Inst. De milit. testam.
4 En dicho § n. 3.
5 Art. 8. tit. 7. 6 ley 12. tit. 4. lib. 7. N.
6 Instituc. lib. 2. tit. 11.
7 § 1. pág. 9. de dicha *Práctica*.
8 Art. 154 Const. fed.
9 L. 4. al fin. tit. 1. part. 6.
10 Arg. de la ley 5. tit. 11. lib. 3. R. L. y

L. unie. D. De honor. possess. ex testam. milit.

11 Dicha ley única § 2. Arts. 1, 2 y 3. tit. 6. trat. 6. de las Ordenanzas de la Armada naval.

12 § 4. Instit. De milit. testam. Art. 7. del cit. tit. y trat. de dichas Ordenanzas. Los mencionados artículos los copia Colon en sus *Juzgados militares* tom. 1. pag. 422. edic. de 1817.

des y por sola su nuda voluntad, con mucha mas razon podrá ratificar del mismo modo el hecho anteriormente¹.*

19.* Cuando algun militar que hubiese otorgado testamento en uso de su privilegio, obtuviere despues licencia absoluta y se retirare del servicio sin goce de fuero, aquel testamento valdrá por espacio de un año despues de este acontecimiento; y si la institucion de heredero fuere condicional, y la condicion se cumplierse pasado dicho término, será válida siempre que el testador muera dentro de él. Así lo dispone el derecho romano², fundado, como dice Vinnio³, en que los privilegios que se conceden á algunos por hallarse ocupados en servicio de la república, duran hasta un año despues de haber cesado su ocupacion; lo cual, como tambien procede conforme á nuestro derecho⁴, hemos creido consiguiente asentar la referida doctrina, advirtiendo que se entiende cuando la separacion del servicio hubiere sido por imposibilidad de continuar en el cumplimiento del tiempo del enganche ú otra causa honrosa; pero no si fuere por causa ignominiosa, pues entónces al punto deja de valer el testamento otorgado con arreglo al fuero de guerra⁵.*

20.* Los testamentos de los indios se consideran tambien como privilegiados en opinion de algunos autores, cuyas doctrinas transcribiremos. „En los testamentos de los indios, dice Solórzano⁶, está recibido que no necesitan hacerse ante escribano, ni testigos vecinos y rogados; sino que basta que los escriba uno de sus gobernadores, y que intervengan dos ó tres testigos varones ó hembras de los que allí comunmente se hallaren. Y comprobado esto despues ante juez competente, el cual se persuade que lleva color de verdad, vale y pasa por testamento solemne, y se lleva á debida ejecucion. Porque todo esto obra en los indios su simplicidad, y hallarse en parages donde no hay escribanos ni testigos.” Sobre el mismo punto Montenegro⁷, despues de haber asentado igual doctrina, añade: „La principal prueba de esta resolucion es la ordenanza⁸, en que se manda que en las causas ó pleitos que tienen los indios entre sí, ú otros con ellos, no se guarden los términos y órdenes del derecho, sino que sin hacer procesos ni dilaciones, sumariamente se terminen guardando los usos y costumbres de los indios, no siendo claramente injustos: y si en los pleitos se ha de guardar lo que ellos usan, aunque sea atropellando con lo que el derecho dispone, tambien se debe atender á la costumbre que tienen de hacer sus testamentos por ser casi una misma la razon; y asi bastará que conste

1 Vinnio en dicho § n. 1.

2 § 3. Instit. De milit. testam.

3 En dicho § n. 2.

4 Arg. de la ley 2. vers. E aun dezimos..... tit. 17. part. 6.

5 L. 26. D. De testam. militis.

6 Política indiana lib. 2. cap. 28. n. 55.

7 Itinerario para párrocos de Indios, lib. 1. trat. 11. secc. 3. n. 2.

8 L. 83. al fin tit. 15. lib. 2. E. I.

por dos testigos que la memoria que hizo el maestro de escuela fué en presencia y con voluntad del testador, para que tenga fuerza de testamento y sean válidos los legados.” Paz tambien en sus *Consultas y pareceres*¹ en cierto caso en que se trataba del testamento de un indio, escribe: „La cuarta razon es la costumbre inmemorial de los indios, que regularmente hacen sus testamentos sin escribano, ni testigos, ni papel sellado, porque esta costumbre no es contra derecho natural ni divino, ántes es muy conforme á la pobreza y sinceridad de los indios. Si la ley de que *partus sequitur ventrem*, siendo tan justa y conforme á la razon y derecho natural, como dice Santo Tomas, y comunmente los doctores, no la siguen los indios ni la deben seguir, porque tienen costumbre en contra, ¿por qué se les ha de obligar á seguir la ley de que sus testamentos se hagan por escribano, y demas solemnidades, teniendo costumbre en contra, de que sus testamentos valgan y se ejecuten hechos sin solemnidades? Antes tengo por cierto, que si alguno quisiese entablar entre los pobres indios la observancia de las solemnidades que se observan en los testamentos de los españoles, les haria notabilísimo agravio é injuria, echándoles á cuestras una carga intolerable; y á los que tal intentasen introducir, se les podria decir con justísima razon aquello de los Actos de los Apóstoles cap. 15: *Nunc ergo quid tentatis Deum, imponere jugum super services discipulorum, quod neque patres nostri, neque nos portare potuimus*. El modo con que se hacen y ejecutan en estos tiempos los testamentos por los escribanos y demas ministros, sería intolerable á los indios: solamente los que han sido albaceas saben los gastos y molestias que se pasan en un testamento que se hace con escribano y con los demas requisitos; de la suerte que ahora se hace entre los españoles, es fuerza hacerla en papel sellado, hacer inventarios, almonedas, juramentos, y otra multitud de diligencias, y todo cuesta dinero. Todo esto sería para los indios intolerable carga, y así se les debe guardar su costumbre y estilo, y llano modo de hacer su testamento mediante el religioso su padre espiritual, ó algun indio de quien tenga el testador confianza, ó que de cualquiera suerte que conste con certeza moral cuál fué la voluntad del difunto de palabra ó por escrito, se tenga por testamento y última disposicion válida”.*

21.* Algunos alegan á favor de las opiniones mencionadas dos leyes de Indias², que en concepto de los adicionadores de Sala³ solo prueban que á los indios debe dejarse disponer con toda libertad de sus cosas. Sin embargo, nosotros creemos que no es fuera de propósito hacer mérito de una de ellas⁴ que al principio dice: „Por-

1 Clase 9. consulta 6. parecer 243.

2 LL. 9. tit. 13. lib. 1. y 32. tit. 1. lib. 6. E. I.

3 *Ilustrac. al derecho* lib. 2. tit. 4. n. 7.

4 L. 9. cit.