

num meum possideo, heres meus, nisi ipse nactus possessionem, non poterit possidere: retinere enim animo possessionem possumus, apisci non possumus," ley 30, párrafo 5 del mismo título.

Gotofredo comentando la ley 23 dice, que lees contraria la costumbre Francesa *le mort saisit le vif*, que alcanza aun á los herederos estraños.

Con este motivo cita la ley 11, título 2, libro 28 del Digesto, que trata de "sucessione sui heredis, y dice, "nulla videtur hereditas fuisse: post mortem patris non hereditatem percipere videntur, sed magis liberam bonorum administrationem consequuntur:" pero en realidad la ley 11 habla de la continuacion del dominio, no de la posesion.

Tambien cita la ley 30, título 6, libro 4 del Digesto, en que se dice, "possessio defuncti, quasi juncta, descendit ad heredem, et plerumque, nondum hereditate adita, completur:" en el comentario de esta ley, añade "sic interpretantur alii, le mort saisit le vif id est, defunctus heredem suum possessorem facit, heredem extraneum non æque" y que á este se refiere la citada ley 30, título 2, libro 41: Voet, título 1, libro 4, responde bien al argumento sacado de la ley 30, título 4, libro 6, que esta ley no dice que la posesion se adquiera *ipso jure*, sino que se computa la posesion del difunto, la del heredero y de la herencia yacente para la prescripcion.

Se ha preferido la doctrina de los Códigos modernos á la del Derecho Romano y Patrio: por mas que se diga que la posesion *non juris sed facti est*, los hechos del difunto ¿no aprovechan y dañan á sus herederos? ¿No se reputan por hechos de estos mismos? ¿El hecho de la posesion del difunto no produjo derechos? ¿Y no pasaron *pleno jure* todos los derechos al heredero? ¿Ni cómo distinguir la posesion de los derechos que constituyen su esencia?

El hombre nunca muere en cuanto á sus derechos y obligaciones civiles, que no sean personalísimas, ni hay bajo este aspecto un

solo momento de interrupcion entre el difunto y su heredero.

Y como estas consideraciones obran indistintamente á favor de todos los herederos, el artículo comprende á todos, en lo que se ha dado la preferencia al artículo Holandes 880 sobre el Frances 724, cuyos débiles y voluntarios fundamentos pueden verse en el discurso 14, y en el comentario de Rogron: así es que este recurre á distinciones mas propias para oscurecer que para ilustrar.

En cuanto al fisco, único entre los herederos al que no aprovecha el artículo Holandes, no se descubre razon (llegado el caso de su llamamiento), para hacerle de peor condicion que los otros.

Esta posesion que á semejanza de la ley de Toro puede llamarse *civil y civilísima*, no excluye la prescripcion, ni que el poseedor de buena fé haga suyos los frutos de las cosas hereditarias, cuando y como podría prescribir y hacerlos suyos contra el difunto.

## CAPITULO II.

### DE LAS HERENCIAS POR TESTAMENTO.

La testamentacion es, en cuanto á su forma y solemnidades, de derecho civil; en cuanto á su fondo y origen, de derecho de gentes: que el hombre pueda disponer de sus cosas para despues de su muerte, es derecho de gentes: que haya de disponer en esta ú otra forma, con estas ó las otras solemnidades, es de derecho civil.

Peró el hombre no puede disponer para un tiempo en que deja de ser dueño de sus cosas: la propiedad comenzó por las necesidades personales y la posesion, que se acaban con la vida: destiérrense los testamentos: no haya mas herencias que las legítimas.

Todos los siglos y todos los pueblos se han declarado contra esta pretension, que solo puede agitarse en las escuelas por curiosidad y para aguzar el ingenio: yo me admiro de que haya sido tratada tan seria y detenidamente al principio del discurso 55 frances.

## SECCION PRIMERA.

### DE LA NATURALEZA Y EFECTOS DEL

#### TESTAMENTO.

#### ARTICULO 555.

*El testamento es un acto solemne y esencialmente revocable por el que dispone el hombre de todo ó parte de sus bienes para despues de su muerte en favor de una ó mas personas. (1)*

1. El acto por el cual una persona dispone para despues de su muerte de todos sus bienes ó de parte de ellos se llama testamento — Art. 3374, tit. 2, cap. 1, lib. 4, cód. civ. vigente.

La comision dice que:

El capítulo 1º trata de los testamentos en general. El artículo 3375 prohíbe, y con razon, que ese acto solemne se ejecute por medio de procurador. ¿Qué necesidad hay, en efecto, del comisionario, supuesto que el testador debe hacer por sí mismo la institucion del heredero, y que tiene libertad para encargar los legados á su albacea ó á cualquiera otra persona? El poder, por lo mismo, es innecesario y puede, además, ser perjudicial, pues se presta á abusos de no poca gravedad.

Consecuencia del principio en que se funda el artículo anterior, es la disposicion que contiene el siguiente; porque si pudiera cometerse á un tercero la subsistencia del nombramiento del heredero y la designacion de la parte que debería corresponderle, con distintas palabras se consentia en la procuracion.

Los artículos 3377 y 3378 permiten ésta en los casos que señalan: ya porque no se trata de hacer verdadera institucion, puesto que el testador la ha hecho, sino solo de escoger individuos de una clase determinada; ya porque esas disposiciones de beneficencia no pueden fácilmente especificar personas ni cantidades, cuya designacion, tal vez sucesiva, depende de circunstancias independientes de la voluntad del testador, aunque sean conformes en general con su intencion.

El fundamento del artículo 3379 es el mismo en que se apoya la sucesion legítima; porque en efecto, cuando un testador nombra herederos á sus parientes, sin designar personas, natural es presumir que ha querido beneficiar á los más próximos, que son los que le están unidos con vínculos más estrechos.

Muy varias son las opiniones sobre la validez del testamento fundado en una causa falsa. La comision cree que la expresion de la causa falsa debe tenerse por no escrita; porque no se puede suponer que en tan solemne momento el testador haya querido burlarse de su heredero ó tal vez insultarle. Pero como puede haber obrado por error, en el mismo artículo 3380 se dispone: que el precepto general no comprende el caso de que se conozca que el testador no habria hecho aquella disposicion si hubiera conocido la falsedad de la causa alegada.

895 Frances, 696 Sardo, 815 Napolitano, 922 Holandes, 558 de Vaud, 1445 de la Luisiana.

"Voluntatis nostræ justa (id est, solemn) sententia de eo, quod quis post mortem suam fieri velit," ley 1, título 1, libro 28 del Digesto.

"Voluntad ordenada en que cada uno establece heredero, é departe lo suyo en aquella manera que quiere quede lo suyo despues de su muerte," ley 2, título 1, Partida 6.

*Solemne*: hecho con los requisitos ó solemnidades de la ley, y cuya inobservancia ó falta lo anula segun el artículo 588.

*Esencialmente revocable*: como se dice con mayor expresion en el artículo 717. Esta calidad es el rasgo característico entre el testamento y la donacion que, una vez aceptada, queda irrevocable, artículos 940 y 945.

*Del todo ó parte*: y en la parte de que no disponga, sucederán los herederos legítimos segun los artículos 553 y número 2 del 743, aunque el testamento carezca absolutamente de institucion de heredero, y solo contenga mandas y legados, artículo 625.

*Despues de su muerte*: hasta entonces ningun derecho adquiere el heredero ó legatario; la donacion, por el contrario, trasfiere desde luego al donatario la propiedad de las cosas donadas, artículo 940: esto proviene de lo ya dicho, el testamento es revocable, la donacion no.

Los Códigos modernos, á escepcion del de Vaud, Austriaco y Prusiano, desconocen los codicilos: el Derecho Romano y Patrio los admitian.

El origen de los codicilos entre los Romanos está bien explicado en el título 25,

El artículo 3382 se funda en que la designacion de día para que comience la institucion de heredero, dejaria sin dueño los bienes durante cierto periodo; y en que la designacion de día en que termine, equivaldria á una sustitucion fideicomisaria, cuyos inconvenientes se expondrán en su respectivo capítulo.

El justo temor á una influencia perniciosa ha dictado la prohibicion del testamento hecho por dos ó mas personas en un mismo acto; y la equidad, las disposiciones relativas á la inteligencia de un testamento oscuro y á la reposicion del que se haya extraviado.—N. de los EE.

libro 2 de las Instituciones de Justiniano, así como sus menores solemnidades y efectos.

Su introduccion se funda en que esto seria utilísimo y necesario á los ciudadanos Romanos "propter magnas et longas peregrinationes: ubi si quis testamentum facere non posset, tamen codicillos posset;" en todo testamento eran necesarios siete testigos, "ciudadanos romanos," y era fácil que en las grandes y lejanas peregrinaciones no pudiera ser habido aquel número con la dicha calidad: pero en primer lugar, nuestro artículo 565 disminuye el número y calidades de sus testigos; y en segundo, el 585 reconoce por válidos los testamentos otorgados en país extranjero con las solemnidades usadas en el mismo; guardando consecuencia con el artículo 10: no habia, pues motivo plausible para dar entrada á los codicilos.

Por nuestro derecho habia la anomalía de que siendo, necesarias por la ley recopilada 2, título 18, libro 10, las mismas solemnidades en los codicilos abiertos que en el testamento; y quedaba además la duda si subsistían las diferencias entre los escritos y el testamento cerrado.

#### ARTICULO 556.

*El testador puede disponer á título universal ó de herencia, y á título particular ó de legado.*

*Sin embargo, aun cuando el testador no haya usado materialmente la palabra heredero, si su voluntad está clara acerca de este concepto, valdrá la disposicion, como hecha á título universal ó de herencia.*

El 698 Sardo, hace consistir el título universal en que se dejen todos los bienes "ó una parte cuota de ellos;" todas las otras disposiciones son á título particular. Pero ¿por qué no ha de poder dejarse por título de manda ó legado una parte cuota de los bienes, en cuyo caso el legatario se llamaba por Derecho Romano "parciario," y la manda sufría por necesidad la deducción ó pago de las deudas? Vé el artículo 459 y el 624 con lo en el espuesto.

#### ARTICULO 557.

*No pueden dos ó más personas testar en un*

*mismo acto, sea recíprocamente en provecho suyo, ó de un tercero. (1)*

968 Frances, 699 Sardo, 1566 de la Luisiana, 893 Napolitano, 977 Holandes, 646 de Vaud; el artículo 583 Austriaco exceptúa el testamento entre esposos.

La ley 9, título 6, libro 3 del Fuero Real, los autoriza en igual caso: á los Romanos no les ocurrió ni la posibilidad.

Autorizado el testamento de hermandad, nacia la duda de si un esposo podia revocarlo en vida del otro sin su noticia y consentimiento; y sobre todo, si podría hacerlo habiendo el otro muerto.

En este segundo caso, permitir la revocacion era violar la fé de la reciprocidad: declarar irrevocable el testamento era cambiar su naturaleza y convertirlo de acto de última voluntad en rigurosamente contractual.

La ley 41 de las Cortes de Navarra de 1766 cortó las dudas para ambos casos: en el primero, podia un esposo revocar el testamento, poniéndolo en noticia del otro: en el segundo, es decir, muerto uno de los esposos testadores, el testamento no podia ser revocado por el sobreviviente.

Lo mejor es prohibir una forma incompatible con la buena ó con la naturaleza de los testamentos, y que por otra parte daba lugar á sugerencias y violencias.

#### ARTICULO 558.

*El testamento es un acto personalísimo: su formacion no puede dejarse en todo ó en parte al arbitrio de un tercero.*

*Tampoco puede dejarse al arbitrio de un ter-*

1. No pueden testar en el mismo acto dos ó más personas, ya en provecho recíproco, ya en favor de un tercero.—En caso de duda sobre la inteligencia de una disposicion testamentaria, se observará lo que parezca más conforme á la intencion del testador, segun el tenor del testamento y la prueba auxiliar que á este respecto pueda rendirse.—Si el testamento abierto, sea público ó privado, se pierde por un evento desconocido del testador, ó por haber sido ocultado por otra persona, podrán los interesados exigir su cumplimiento, si demuestran debidamente el hecho de la pérdida ó ocultacion, y lo contenido en el mismo testamento.—Arts. 3383 á 3385, tít. 2, cap. 1, lib. 4, cód. civ. vigente.—N. de los EE.

*tero la subsistencia de la institucion de heredero ó de la manda, ni la designacion de su cantidad; pero si el repartimiento, cuando la disposicion comprende á toda una clase de personas, como parientes, pobres y criados. (1)*

"Testamentorum jura ipsa per se firma esse oportere, non in ex alieno arbitrio perdere." Leyes 32 y 70, título 5, libro 28 del Digesto. "El establecimiento del heredero é de las mandas non deve ser puesto en albedrío de otro:" leyes 9, título 3, y 29, título 9, Partida 6. Con esto quedan derogadas la ley 31 de Toro y siguientes, que forman el título 19, libro 10, Novísima Recopilacion, y la ley 6, título 5, libro 3 del Fuero Real.

El segundo párrafo guarda conformidad con las leyes Romanas y Patrias citadas, que sin embargo, permiten hacer pender la institucion de heredero ó legado de una disposicion potestativa puesta á un tercero: en la ley 68, título 5, libro 28, y en la 52, título 1, libro 25 del Digesto, se dá una razon que tal vez no satisfará á todos, "expressa nocent, non expressa non nocent, de donde se tomó la 195 de regules juris."

La excepcion final está tomada del artículo 651 Austriaco, y de la ley 3, título 10, Partida 6: guarda además conformidad este artículo con el 610 y no se opone al 900, porque la facultad de hacer la particion es cosa mas subalterna y muy diferente de la subsistencia de institucion de heredero ó de la manda: vé tambien los artículos 661 y 662.

El 813 Sardo abunda en el mismo sentido, y solo permite dejar al arbitrio del here-

1. El testamento es un acto personal que no puede desempeñarse por procurador.—No puede dejarse al arbitrio de un tercero la subsistencia del nombramiento de herederos ó legatarios, ni la designacion de las cantidades que á ellos correspondian, cuando son instituidos nominalmente.—Puede el testador cometer á un tercero la distribucion de las cantidades que deje á clases determinadas, como parientes, pobres, huérfanos, etc., y la eleccion de las personas á quienes aquellas deben aplicarse.—Arts. 3375 á 3377, tít. 11, cap. 1, lib. IV, cód. civil vigente.—N. de los EE.

TOM. II.

tero ó de un tercero que determinen la cantidad del legado en los remuneratorios.

#### ARTICULO 559.

*Toda disposicion testamentaria que tenga por objeto captar algun lucro en testamento futuro de otro, es nula.*

*Tambien es nula aquella en que, bajo cualquier nombre ó concepto, se deja á uno el todo ó parte de los bienes, para que los aplique ó invierta con arreglo á instrucciones reservadas, que le hubiere comunicado el testador. (1)*

El 864 Sardo dice: "Es nula la disposicion á título universal ó particular hecha por el testador bajo la condicion de ser él igualmente aventajado en el testamento de su heredero ó legatario."

Estas disposiciones se llaman en Derecho Romano "captatorias:" si se referian á tiempo pasado ó á testamento ya hecho, perdian aquel concepto y eran válidas, leyes 70 y 71, título 5, libro 28, y 64, libro 30, título único del Digesto.

"Captatoriæ scripturæ neque in hereditibus, neque in legatis valent."

El testamento es un acto muy sério y destinado á ejercer ampliamente la liberalidad: desdice, pues, enteramente de su naturaleza que se convierta en un lazo ó artimaña de la avaricia.

El segundo párrafo es una consecuencia del artículo 558. Sin esta restriccion no seria el testador, sino un tercero el árbitro de la institucion y de las mandas, en una palabra, de la herencia.

Además, seria, como ha sido hasta ahora, fácil eludir las leyes prohibitivas sobre incapacidad ó indignidad, y se dá ocasion á dilinquir con la prohibicion, casi formularia de no

1. Es nula la institucion hecha bajo la condicion de que el heredero ó el legatario haga en su testamento alguna disposicion en favor del testador ó de otra persona.—Art. 3390, cap. 2, tít. 2, lib. 4, Cód. civil vigente.

La comision dice: que el artículo 3390 evita ciertos actos inmorales y que pueden causar trastornos en las familias; porque el deseo de poseer una herencia pingüe puede inducir á alguno á cometer injusticias con sus propios herederos y aun á ejecutar actos realmente reprobados.—N. de los EE.

8

ahberse de pedir cuentas, ó mezclarse judicial ó extrajudicialmente en la inversion.

#### ARTICULO 560.

*Toda disposicion que sobre institucion de heredero ó mandas haga el testador, refiriéndose á cédulas ó papeles privados que despues de su muerte aparezcan entre los suyos ó en poder de otro, será nula, si en las cédulas ó papeles no concurren los requisitos prevenidos para el testamento ológrafo.*

La disposicion de este artículo se halla tácitamente comprendida en todos los extranjeros que no admiten otra forma de disponer por acto de última voluntad sino el testamento, ni que éste pueda ser revocado en todo ó en parte sino en los términos de nuestro artículo 718.

Sin embargo, la práctica estaba en contrario; véase á Febrero, números 39 y 236, tomo 1º, capítulo 5º, donde hace una distincion insostenible.

Voet, número 29, título 1, libro 28 de su Pandectas, trata de esto con el nombre de "cláusula reservatoria," y opina contra las cédulas; pero al fin quiere darles algun efecto en ciertos casos, arguyendo por las leyes Romanas sobre codicilos, como si hubiera algo de comun entre estos y las cédulas privadas.

El artículo 775 Sardo permite al testador que pueda reservarse expresamente en un testamento público la facultad de añadir á las disposiciones contenidas en él algunos legados particulares por notas ó cédulas separadas, que han de estar por lo ménos fechadas y firmadas de su mano, sin poder revocar por ellas ninguna de las disposiciones del testamento, y si solo hacer mandas hasta la vigésima parte de los bienes disponibles.

Este temperamento del artículo Sardo parece á primera vista razonable; pero nosotros admitimos el testamento ológrafo que no admite el Código Sardo; de consiguiente, si las notas reúnen todos los requisitos de este valdrán como testamento; y culpa será del que no apeló á este medio legal que hasta

ahora tampoco estaba admitido entre nosotros.

#### ARTICULO 561.

*Toda disposicion á favor de persona incierta es nula, á menos que por algun evento pueda resultar cierta. (1)*

Es la primera parte del 807 Sardo, y párrafo 27, título 20, libro 2, Instituciones, sobre el que puede verse á Vinio. En realidad, siendo absolutamente necesario para la validez de la institucion ó de legado, que aparezca la persona en cuyo favor se hace, parecia inútil el expresarlo; pero el objeto y espíritu del artículo son que las tales disposiciones valgan cuando por cualquier evento pueda resultar cierta la persona, por ejemplo, lego tal heredad ó tanta cantidad al que casare su hija con mi hijo.

#### ARTICULO 562.

*La disposicion hecha simple y generalmente á favor de los parientes del testador, se entiende hecha en favor de los más próximos en grado; pero habrá lugar al derecho de representacion con todos sus efectos, con arreglo al título siguiente. (1)*

Sobre la disposicion del primer párrafo de este artículo he visto en la Audiencia de Pamplona pleitos muy reñidos y transacciones encontradas.

Los autores tratan latamente esta materia proponiendo una grande variedad de casos: convenia fijar el del artículo por ser de mayor uso ó interés, (Voet, número 20 y anteriores, título 5, libro 28). "Si quis heredes instituat totam cognationem suam, non omnes simul promiscue, qui sunt de

1. Véase la nota siguiente.—N. de los EE.

1. La disposicion vaga en favor de parientes del testador, se entenderá hecha en favor de los más próximos, segun el orden de la sucesion legítima.—La expresion de una falsa causa será considerada como no escrita: á no ser que del mismo testamento resulte que el testador no habria hecho aquella disposicion, conociendo la falsedad de la causa.—La expresion de una causa contraria á derecho, aunque ésta sea verdadera, se tendrá por no escrita.—La designacion de día ó de tiempo en que deba comenzar ó cesar la institucion de heredero, se tendrá por no escrita.—Arts. 3379 á 3382, tit. 2, cap. 1, libro 4, Cód. civ. vigente.—N. de los EE.

"cognitione, sine ulla distinctione graduum aut proximitatis; sed potius successive, secundum ordinem dilectionis et successio- nis ab intestato."

En los artículos 522 al 526 Prusianos se lee: "Por parientes se entienden los más próximos segun el orden de sucesion." el 924 Holandes dice: "la disposicion testamentaria á favor de los más próximos parientes del testador sin otra designacion se entenderá hecha en provecho de sus herederos llamados por la ley."

En el artículo 559 Austriaco: "Si entre los herederos instituidos se encuentran dos ó más que, segun los principios de la sucesion legítima, no deben ser considerados sino como una sola persona, por ejemplo, sobrinos en concurso de hermanos del difunto, no tendrán derecho á la participacion sino en esta calidad;" y está conforme con la ley 13 al principio, título 5, libro 28 del Digesto. "Interdum hæc adjectio, heredes sunt, testatoris voluntatem exprimit: ut puta, Primus et fratris filii aequè heredes sunt, nam hæc adjectio declarat, omnes ex virilibus partibus institutos, ut et La-beo scripsit qua detracta semissem fratris filii, semissem Primus haberet."

"El derecho de representacion."—Yo creo que debe tener lugar aun cuando el testador llame á los parientes más cercanos, y que sus sobrinos no serán excluidos por los tios, hermanos del difunto: aquel derecho debe regir en lo favorable como en lo adverso; y en lo que no se contrarie abiertamente la voluntad del testador, debe observarse el orden de la sucesion legítima al que se presume que en todo lo demas quiso atemperarse.

#### ARTICULO 563.

*El testamento es comun ó especial.*

*El comun puede ser ológrafo, abierto ó cerrado. (1)*

1. El testamento, en cuanto á su forma, es público ó privado. El testamento público puede ser abierto ó cerrado: el testamento privado solo puede ser abierto salvo lo dispuesto en los artículos 3818, 3819 y 3820, que previenen que si el militar ó empleado civil hace su disposicion en el momento de entrar en accion de guerra, ó

Los tratadistas suelen distinguirlo en solemne y ménos solemne, ó privilegiado, que viene á ser la misma distincion de nuestro artículo, y da una idea de unos y otros testamentos.

Los testamentos "comunes" se pueden hacer en todas circunstancias, por toda clase de personas, observándose todas las solemnidades ordinarias de la ley: los "especiales," en consideracion á ciertas circunstancias, están dispensados de algunas de las solemnidades ordinarias: de los "comunes" se trata en la seccion segunda siguiente; de los "especiales" en la tercera.

#### SECCION II.

DE LAS SOLEMNIDADES DEL TESTAMENTO COMUN.

#### ARTICULO 564.

*El testamento ológrafo, para ser válido deberá hacerse en papel del sello correspondiente al año de su otorgamiento, estar escrito todo y firmado por el testador, con expresion del lugar, año, mes y día en que se otorgue. (1)*

estando herido sobre el campo de batalla, bastará que declare su voluntad ante dos testigos idóneos, ó que ante los mismos presente el pliego cerrado que contenga su disposicion, escrita y firmada, ó por lo ménos firmada de su puño y letra. Si el testamento es cerrado, los testigos firmarán en la cubierta, haciéndolo el testador, si pudiere; y finalmente, que lo dispuesto en estas disposiciones se observará en su caso respecto de las prisiones.—Arts. 3750 y 3753, cap. 1, tit. 3, lib. 4, Cód. civ. vigente.

La comision dice, que dividió los testamentos en públicos y privados y los primeros en abiertos y cerrados; sin extender la division á los segundos; porque no siendo necesaria la intervencion de notario en su otorgamiento, se temió que se abriera la puerta á la falsificacion, si la voluntad del testador no era conocida de los testigos, y por eso en términos expresos se previene que el testamento privado solo puede ser abierto.—N. de los EE.

1. El testamento ológrafo no está en uso en nuestro Código, y las razones que la comision da para no haberlo admitido son: que aunque no puede negarse que esta forma de otorgamiento tiene las grandes ventajas de conservar el secreto de la institucion y de facilitar nuevas disposiciones testamentarias, segun que varíe la voluntad del testador; sin embargo esas ventajas, si no desaparecen completamente, si se debilitan de un modo extraordinario cuando se considera el terrible peligro de la falsificacion, que como