#### CONCORDANCIAS.

El Código español en sus artículos del 565 al 568, manda que en el testamento abierto intervenga escribano y al ménos tres testigos domiciliados en el lugar del otorgamiento, y de los cuales siquiera uno sepa escribir: que para testar en lengua estranjera haya ademas dos intérpretes de ella para que se escriba el testamento en el idioma español y en el que se otorgue, y que el testador y los testigos firmen, á lo ménos uno de ellos: de todo lo que dará fé el escribano. El art. 971 del francés solo exige la presencia de dos testigos, si el testamento es hecho ante dos notarios, y la de cuatro cuando es recibido por un solo notario. El 898 del napolitano exige ademas las otras formalidades comunes á todo instrumento público. El 1,571 del de la Luisiana exige con el escribano tres testigos residentes en el lugar del otorgamiento, y cinco no residentes. Los artículos 895 del holandés y 649 del de Vaud, exigen un notario y dos testigos, y el 745 del sardo un notario y cuatro testigos. El art. 974 del francés exige las firmas de todos los testigos, ménos en las aldeas en que permite puedan firmar lo ménos la mitad del número de ellos. El art. 749 del Código sardo exige que por lo ménos firme la mitad del número de ellos, y que los que no saben hagan su señal. La misma variedad se encuentra en los demas códigos. Entre nosotros la única ley que ha exigido la firma de los testigos instrumentales ha sido la de 29 de Noviembre de 1858 en su artículo 700. En cuanto á que el testador firme, están conformes con la ley 1ª tít. 23 lib. 10 de la Nov., el art 973 del Código francés, el 899 del napolitano, el 986 del holandés y el 749 del sardo, ménos en que si el testador no supiere lo haga por él uno de los testigos, como lo manda nuestra previsora ley Rec.

fuera de el," dice la ley 2º tit. 15 his, 10 de la Nov. Recop.

#### do por el restador, bien sea escrito por el 6 por su ordent che si PARRAFO III. of sanges domit of on este en papel del sollo respectivo, al menos-la cubierta: que este

corrudo y sollador follo haga el restador al presentario: que lo entre-Papel del sello correspondiente.

Este es el tercer requisito exigido por el derecho para la solemnidad de los testamentos.

Sobre esto tenemos que atender á las herencias y á los herederos, cosas que distinguen nuestras leyes de papel sellado, que es distinto para las copias y el protocolo. Para éste siempre es del sello tercero, y mas cuando estuvo vigente el artículo 697 de la ley de 29 de Noviembre de 1858. Si los herederos no son ascendientes ni descendientes sino colaterales o estraños, sea cual fuere la herencia por su camidad y valor y sos productos anuales, se usara del sello primero en el primer pliego y del tercero en los intermedios de la copia. Si siendo los herederos legítimos ó forzosos la herencia fuere tal que reditúe anualmente de dos mil pesos arriba, se usarán los mismos sellos. Si la herencia redituare anualmente de quinientos á mil novecientos noventa y nueve pesos y los herederos fueren legílimos ó forzosos, el primer pliego será del sello segundo y del ter/ t cero los intermedios. Si los herederos fueren legítimos ó forzosos y la herencia redituare quinientos ó ménos pesos, la copia será estendida en papel del sello tercero. Todo conforme á la ley de 14 de Febrero de 1856 vigente sobre papel sellado.

#### CONCORDANCIAS. ospallol para que tenga valor y fuerza probatoria el testamento otor-

Los artículos 564, 569, 570 y 571 del Código español para la validez del testamento ológrafo, del cerrado y del que se otorgue por uno que no pueda hablar y sí escribir, mandan que se haga en lapel del sello correspondiente al año de su otorgamiento: que esté escrito y firma lo todo por el testador, con espresion del lugar, año,

mes y dia en que se otorgue: que el testamento cerrrado esté firmado por el testador, bien sea escrito por él ó por su órden: que si no lo firmó, esprese la causa dando fé de ello el escribano: que esté en papel del sello respectivo, al ménos la cubierta: que esté cerrado y sellado, ó lo haga el testador al presentarlo: que lo entregue al escribano en presencia de los cinco testigos, de los cuales tres por lo ménos deben firmar: que el testador al hacer la entrega declare en presencia de los mismos escribano y testigos que el contenido de aquel pliego es su testamento: que el escribano dé fé de todo lo dicho y que firme al ménos un testigo por sí y por los demas, y aun por el mismo testador, si le hubiere sobrevenido algun impedimento, y que el testamento del que sepa escribir y no pueda hablar, esté escrito y firmado de su mano, con la fecha, lugar y demas: que al presentarse y entregarse firme el testador la parte superior de la cubierta, diciendo allí mismo que es su testamento; debiendo esto pasar en presencia del escribano y testigos, y que en seguida dé el escribano fé de lo anterior. En cuanto á los requisitos exigidos por el Código español para la validez del testamento ológrafo, están conformes con aquel los códigos siguientes: el francés en su artículo 970, el napolitano en el 895, el de la Luisiana en el 1,579, el de Vaud en el 648 y el holandés en el 979. En cuanto á las solemnidades indispensables para la validez del testamento cerrado fijadas por el Código español, y de que hemos hecho mérito, son las mismas prescritas en los artículos 976 y 977 del francés, 987 del holandés, 902 y 903 del napolitano, 750 y 751 del sardo, 1,577 y 1,578 del de la Luisiana y 647 del de Vaud que se diserencía de los anteriores en que solo admite los testamentos ológrafo y abierto. Por lo que hace al lleno de los requisitos, cuyo concurso quiere el Código español para que tenga valor y fuerza probatoria el testamento otorgado por una persona que sabiendo escribir no pueda hablar, es el mismo del artículo 979 del francés, del 755 del sardo, del 978 del holandés y del 900 del napolitano.

Todos estos códigos mandan: que el escribano que haya autorizado un testamento abierto ó la entrega de uno cerrado, deberá ponerlo en conocimiento de los interesados cuan pronto le sea posible desde que supo la muerte del testador; y con esto han seguido á las leyes 11 tít. 5 lib. 2 del Fuero Juzgo, 13 tít. 5 lib. 3 del Fuero Real y 5 tít. 18 lib. 10 de la Nov. La 13 del título y libro citados del Fuero Juzgo mandaba aun á los testigos que diesen noticia del testamento á los interesados en él, á mas tardar, dentro de seis meses contados desde la muerte del testador; y por lo mismo estaba en contradiccion con la 1ª párrafo 38 tít. 3 lib. 16 del Digesto que castigaba á los testigos porque publicaban el secreto del testamento. Como nuestro objeto al citar todos estos códigos no es el examinarlos á fondo, solo nos contentamos con indicar la contradiccion que hay en el español al exigir primero que firmen al ménos tres testigos en el testamento cerrado, y luego que al ménos uno de los que deben intervenir.

#### PARRAFO IV.

### Testamentos privilegiados.

Despues de haber recorrido los requisitos indispensables para la validez de los testamentos solemnes, vamos á ocuparnos de los privilegiados.

Los testamentos privilegiados son aquellos en que dejan de observarse en materia de solemnidades, las disposiciones del derecho por concesion del mismo derecho. Los autores dicen que hay tres clases de testamentos privilegiados, á saber, el militar, el ad-pias causas y el de los indios. Mas sobre los dos últimos no existe ley que los escepcione de las tres solemnidades enunciadas; luego no son privilegiados, propiamente hablando. Que no existen las leyes que declaren como escepcionales ó privilegiados dichos testamentos, lo confirman las opiniones de los autores que citarémos en el curso de este párrafo.

Tres, dijimos, son las solemnidades y requisitos para el valor de

los testamentos: unidad de contesto, presencia del competente número de testigos y papel del respectivo sello. Vemos, y así lo hemos dicho en otra parte, que ni los testamentos verdaderamente privilegiados, esto es, los militares, se esceptúan de la circunstancia primera, de la unidad de contesto. La segunda de las solemnidades es la presencia de testigos: y la tercera es el papel sellado. En los testamentos militares no se exigen éstas, porque lo azaroso de su carrera les imposibilita de testar con todas las solemnidades dichas. Por esto y otras razones conceden las leyes recopiladas y las ordenanzas del ejército á los que lo forman, el poder testar sin testigos ni papel sellado. Esto esplica, supuesta la anterior razon, por qué cuando los militares testan ante escribano deben hacerlo en toda forma de derecho, segun mandan las mismas ordenanzas y especialmente la ley 8ª tít. 18 lib. 10 de la Nov. Ademas como dicen Murillo y otros autores, parece que renuncian á su privilegio, aunque esta razon supuesto el origen de la concesion que se hace á los militares y de que hemos hablado, no tiene fuerza lógica y sí es supérflua. El orígen de tal privilegio no puede ser otro, porque ó es la imposibilidad citada, 6 el que la clase militar es privilegiada en todo; mas esto argüiria lo mismo para la eclesiástica, los indios, &c., &c., y ademas el militar no podria renunciar, como pretende Murillo, el privilegio concedido á su clase, no al individuo, y esto sin embargo es falso: Ordenanza del ejército, tratado 8º tít. 11 artículos 1, 2, 3 y 4 de testamentos, y leyes 7ª y 8ª tít. 18 lib. 10 de la Nov. Recop. Esta disposicion creemos debe existir aun hoy que no hay fueros pues no ha cesado la causa de su existencia, aunque sí la de que habla la última de las leyes recopiladas. La ley de 10 de Agosto de 1857 nada dice sobre esto, y por lo mismo conforme á su artículo 71 deben observarse las leyes ántes citadas, pues son las que estaban vigentes al tiempo de su publicacion.

Respecto á los testamentos ad pias causas y los de los indios no hay disposicion alguna legal sobre sus solemnidades, segun queda indicado; por esto Montenegro y Solórzano dicen, sin citar disposicion alguna, que en los testamentos de los indios bastan dos testi-

gos, hombres ó mugeres: y Gonzalez, Molina y otros están porque se haga estensivo al derecho civil en los testamentos ad pias causas la disposicion que se halla en el cap. 11 de las decretales: es decir, quieren que en estos testamentos pueda haber solo dos testigos, y estos sean hombres ó mujeres, á lo que con razon se oponen Mostazo en el cap. 5. ° lib. 1. ° de su obra de causis piis tom. 1. ° y las leyes 9. dit. 1. de la Part. 6. y el párrafo 6. de la 20 tit. 1. ° lib. 2S del Digest.. Mas tanto los primeros autores como los segundos al opinar de esta manera, se apoyan en la falta de leyes especiales, y de ahí infieren que son privilegiados y en consecuencia que no se necesitan los testigos que para los demas testa. mentos, ni que dichos testigos tengan los requisitos legales para serlo; y por esto creen puedan ser testigos los hombres y mugeres sean ó no mayores de edad.

Sin embargo, estas opiniones son falsas, porque sabemos muy bien que á falta de leyes especiales sobre alguna cosa, debe esta sujetarse á las generales. Y como en los casos que nos ocupan no hay leves especiales, y las generales ordenan la presencia de tres testigos cuando ménos, y que éstos no sean menores de edad ni mujeres, son leyes prohibitivas, y en consecuencia obligatorias en todos sentidos, es claro, mas que la luz del dia, que estos testamentos no pueden, legalmente hablando, ser hechos sino con las solemnidades respectivas. No habiendo como no hay disposicion particular alguna sobre dichos testamentos, necesitando éstos leyes á qué sujetarse y siendo, como es principio de derecho y altamente filosófico, que á falta de leyes especiales sobre alguna cosa debe és. ta sujetarse á las generales, es claro, clarisimo, repetimos, que dichos testamentos deben normarse en todo á las leyes generales de la materia. Por esto es cierto que no son testamentos privilegiados tan solo porque no tienen leyes particulares: y por último es cierto tambien que no es adoptable la opinion de los citados autores, así como es cierto que dichos testamentos deben estenderse conforme á las leyes generales de los testamentos.

Aun hay mas: Molina, Gonzalez y los que á falta de leyes especiales sobre los testamentos ad pias causas creen que deben observarse las disposiciones canónicas que hay sobre ellos, se apoyan en un principio que no pueden ó no quieren aplicar con rectitud, y ademas olvidan dos cosas.

El principio en que tácitamente se apoyan y cuya recta aplicacion no hacen, es que estos testamentos necesitan leyes á que sujetarse, y como ven que no las tienen especiales, y olvidan que á falta de leyes particulares debe estarse á las generales, infieren con poquísima ò ninguna lógica que deben hacerse estensivas al fuero civil en este caso las disposiciones canónicas. Mas con este modo de raciocinar, en lugar de quitar la dificultad, la aumentan, pues incurren en la segunda de las cosas que olvidan, esto es, en querer hacer por sí y ante sí extensivas las disposiciones del derecho canónico al civil, lo que no puede ser. Para convencernos de esto es indispensable recordar que así como ni la sociedad civil, á pretesto de que falta alguna ley en la eclesiástica, puede hacer estensiva la que tenga, ni los individuos de ésta, los eclesiásticos, pedir y sostener que debe hacerse, tampoco la sociedad eclesiástica ni los individuos de la civil pueden ni deben sostener que porque falta en esta alguna ley y la hay en aquella, deba introducirse la de una en la otra. Esto seria traspasar los límites jurisdiccionales de cualquiera ó de ambas sociedades. Cuando se trate de este caso, lo que debe pedirse es, que se dé por quien corresponda una disposicion cual se necesita, ya sea semejante, igual ó como convenga, á la que sirve de modelo para lo que se desea; y supuesta la exigencia y carencia que haya, y cuando se presente el caso práctico sujetarlo á las leyes generales. Esto está apoyado y va conforme con los principios de régimen, conservacion y perseccion de cada sociedad y los de su independencia y soberanía respectivas. Tambien está conforme con lo que prescriben las relaciones de ambas sociedades, sin usurparse y ) Causarse motivos porque se rompan ó alteren.

Lo mismo decimos en cuanto á la tercera de las solemnidades, esto es en cuanto al papel sellado, pues los argumentos puestos sobre la presencia de testigos son estensivos á ésta.

Respecto á los testamentos militares, el artículo 4º del título 11

tratado 8º de la ordenanza dice: que, "será válida la disposicion del militar escrita en cualquier papel, ya sea en guarnicion, cuartel ó marcha, ménos cuando pudiere testar ante escribano:" y esto confirma lo que hemos dicho hace poco, al hablar sobre la segunda solemnidad. Con las respectivas diferencias deberémos decir lo mismo por lo que vé á los testamentos de los indios, especialmente teniendo como tenemos á la vista la ley 9 tít. 13 lib. 1 de la R. de Indias.

#### CONCORDANCIAS.

Los artículos del 572 al 588 del C/digo español, se ocupan de O marcar las solemnidades de los testamentos especiales, y entienden por éstos el que otorga una persona en peligro inminente por efecto de un ataque 6 accidente repentino que la haga temer la muerte sin testamento, y en este caso lo podrá otorgar ante tres testigos domiciliados en el lugar del otorgamiento, ó ante dos ó el escribano; pero éstos son ineficaces desde el momento en que el testador sale del riesgo, y lo mismo sucederá con una persona que se encuentre en una poblacion incomunicada por peste: con estos artículos que son el 572 y 573 del Código español, están conformes el 987 francés, el 913 napolitano y el 781 sardo. Los artículos 574 del Código español, 981, 982 y 983 del francés, 907, 908 y 909 del napolitano, 972, 973 y 995 del sardo, 993 del holandés, 1,590 del de la Luisiana, 4 cap. 4 lib. 3 del bávaro, 599 del austriaco y 177 y 183 tít. 12 parte 1ª del prusiano, tienen como testamento especial el de los militares, individuos empleados en el ejército, voluntarios de éste, rehenes y prisioneros; y como á tales los exime de los requisitos exigidos en los demas testamentos comunes. Tambien consideran n como especiales estos códigos el testamento otorgado en alta mar. Así lo vemos del español en sus artículos del 578 al 584; del ho'an dés en su artículo 994; del de la Luisiana en el 1,594; del francés en los del 988 al 997; del sardo en sus artículos del 782 al 791; del napolitano en los 915 y 917; y del de Vaud en el 659. Finalmente, los mismos códigos tienen por testamentos especiales los otorgados por los súbditos de sus respectivas naciones en países

estranjeros y conforme á las leyes de éstos; cuyos testamentos se declaran válidos en España por los artículos del 585 al 588 de su código, en Francia por el 999 del suyo, en la Luisiana por el 1,589, en Vaud por el 659, en Nápoles por el 925, en la Cerdeña por los 797, 798 y 799 y por el 1,000 holandés.

# CAPITULO TERCERO.

menie teniendo como tenemos ti la vista la ley Orfit 13 jab. 1 de la

## De las personas capaces de otorgar testamento.

Hemos hasta aquí visto qué es propiedad, cuáles y cuántas son sus especies, qué es dominio y de cuántos modos se le considera; qué es testar, y cuál es el orígen de esta facultad; cómo se manifiesta para que en el fuero civil se tenga por válida tal manifestacion, ó qué es testamento, cuáles y cuántas sus especies y cuáles los requisitos para su existencia ó fuerza probatoria. Es, pues, llegado el caso de saber conforme al derecho civil quiénes pueden otorgar testamento. Esto no nos es dificil si recordamos lo que tenemos dicho, á saber: que el que tiene dominio puede otorgar testamento. Mas como puede abusarse del dominio mismo ó no usarse de él como se debe, se hace indispensable saber á quiénes se les prohibe ya absoluta, ya relativamente, usar por medio de la testamentifaccion de su facultad de testar. Y esto lo conseguirémos en los párrafos siguientes.

#### PARRAFO I.

## ¿Quiénes tienen prohibicion absoluta de testar?

La ley prohibe absolutamente hacer testamento á aquellas personas que no tienen la rectitud, criterio y aplomo necesarios para usar y disponer como deben de sus propiedades. Por eso, por las 13 tít

1º de la Part. 6ª, 19 tít. 1º lib. 28 del Dig. y 4 tít. 4º lib. 5º de la R., que es la 4 tít. 18 lib. 10 de la Nov. y 5 de Toro, no pueden testar los hombres menores de catorce años, ni las mujeres menores de doce; pues en unos y en otras supone la ley, y en lo general no se equivoca, que no está bien desarrollado su entendimiento, bien formada su voluntad, ni bien comprendido, sumiso y dirigido por la persuasion, la esperiencia y el conocimiento de la ley el uso de su libertad; pero pueden hacerlo los que pasen de esa edad, y aun cuando estén bajo el patrio poder, dicen las mismas leyes, ménos la romana en cuyo tiempo todo lo del hijo se tenia por del padre.

Igual prohibicion tienen por la misma ley los locos miéntras lo estén, y esto no porque les falta la edad, sino aun teniéndola, puesto que solo les ha servido para tener un largo sufrimiento, y para en este tiempo hacer padecer á los que los rodean. Hemos visto que tal prohibicion está basada en la falta de razon; ántes, pues, de perderla ó despues, si tiene lúcidos intervalos, es claro, y así lo dice la ley, que pueden testar, pues quitada la causa cesan los efectos.

La ley de Partida citada y su concordante romana que es el párrafo 4º de la ley 20 tít. 1º del Digesto, disponen: que cuando el demente tiene lúcidos intervalos, los interesados en que teste deben ocurrir al juez del lugar para que conceda la licencia respectiva para testar; y solo puede otorgarla cuando quede satisfecho por la declaracion del médico ó cirujano que al efecto asociado del escribano y testigos, ó de éstos y el mismo juez si no hubiere escribano, examinarán el estado del enfermo y con vista de él podrán decir si puede ó no otorgar su disposicion testamentaria, todo lo cual se hará constar por el escribano y en su caso por el juez receptor; y cerciorado el juez de la verdad de lo dicho y lo hecho y de que el testador concluyó durante el intervalo lúcido su disposicion, debe declararla válida y tenerse por buena para todos los efectos legales.

De la misma manera y por la misma ley está prohibido testar á los pródigos, á quienes judicialmente se hubiere quitado la administracion de sus bienes; pues si no se tienen amor á sí mismos conservando los medios de su existencia propia, ni á sus familias á quienes