

Leg. Cuadernot
Testamentifacion, lei sorteuible

no 86
~~*no 88*~~
505

DISCURSO

LEIDO

EN EL ACTO DE RECIBIR LA INVESTIDURA

DE

DOCTOR EN JURISPRUDENCIA,

POR

D. Jose Maria Diaz Martin Cuchera,

ABOGADO DE LOS TRIBUNALES NACIONALES, OFICIAL DE ADMINISTRACION
CIVIL, CABALLERO DE LA ORDEN MILITAR DE SAN JUAN, ETC., ETC.



MADRID:

IMPRESA DE GABRIEL ALHAMBRA,

TRAVESIA DE LA BALLESTA, NUM. 7.

1859.

UVA. BHSC. LEG. 06-1

Testamentum...

DECEASED

WILL

IN THE COUNTY OF ... STATE OF ...

... OF ...

88



... OF ...

UVA. BHSC. LEG.06-1 n°0505

Testamentaria

DISCURSO

LEIDO

EN EL ACTO DE RECIBIR LA INVESTIDURA

DE

DOCTOR EN JURISPRUDENCIA,

POR

D. Jose Maria Diaz Martin Carneria,

Abogado de los Tribunales Nacionales, Oficial de Administracion Civil,
Caballero de la Orden Militar de San Juan, etc., etc.



MADRID:

IMPRENTA DE GABRIEL ALHAMBRA,
TRAVESIA DE LA BALLESTA, 7.
1859.

UVA. BHSC. LEG.06-1 n°0505

U/Bc LEG 6-1 n°505 HTCA



1>0 0 0 0 2 8 1 9 2 2

DISCURSO

LEIDO

EN EL ACTO DE RECIBIR LA INVESTIDURA

de

DOCTOR EN JURISPRUDENCIA

de

D. José María José María García

Abogado de las Diputaciones Provinciales, Obediente de Administración Civil, Catedrático de la Orden Militar de San Juan, etc., etc.



MADRID:

IMPRESA DE GABRIEL ALANBIA,

PLAZA DE LA UNIVERSIDAD, 7.

1822.

UVA. BHSC. LEG.06-1 n°0505

EXCMO. SEÑOR.

Al tener que hablar ante los ilustrados Doctores que componen el claustro de esta Universidad Central, al dirigir la palabra á mis antiguos maestros, aspirando á que dentro de poco me concedan el distinguido honor de tomar asiento entre ellos, he elegido, cumpliendo con las prescripciones de los programas, el tema que dice así : ¿El derecho de testar está apoyado en razones sólidas, ó seria preferible que la ley marcara siempre al sucesor?

Todos los días vuestros discípulos vienen á esta Cátedra á hacer un justo alarde de los conocimientos que de vosotros han recibido. Desde aquí se repiten vuestras lecciones en los diversos ramos que abarca la ciencia del derecho ; por consiguiente nada hay mas lejos de mí que la petulante presuncion de aspirar, ni tan siquiera á presentar con alguna novedad lo que os habeis dignado enseñarme, pues por lo demas seria necesario estar demue para creer que os podia decir nada original, nada que no

UVA. BHSC. LEG.06-1 n°0505

hubiera oído de vuestros labios, nada que no me hubieran enseñado vuestros desvelos, vuestras vigias, nada que no debiera á vuestro respetable sacerdocio. Permitidme que comience por daros gracias con toda la efusion de mi corazon por los desvelos que os he debido, por el inmenso bien que me habeis dispensado, no solamente enseñándome á aprender, sino es presentándome en vosotros tipos envidiables de lo que solo se alcanza con meditado estudio. ¿Y cómo me habeis de negar la indulgencia que hoy imploro, cuando uno de los atributos de los sábios es el ser indulgentes, y cuando tantas pruebas tengo recibidas de vuestra benevolencia? Con cumplida confianza pues, entro á hablaros, señores, del modo de adquirir por testamento, de ese modo de transmitir legítimamente la propiedad y de asegurarla: medio, cuyo origen se pierde en la oscuridad de los tiempos; porque efectivamente, desde la mas remota antigüedad los pueblos, bien salvages, bien civilizados, han dispuesto de sus bienes, aunque con variedad de fórmulas, y creo que solo los Germanos fueron extraños á estas disposiciones, conocidas hoy con el nombre de testamentos. La historia pues, hace imposible toda cuestion sobre este hecho; no asi acerca de si el origen é invencion de los testamentos, ó séase la testamentación activa, que es el poder que tenemos de disponer de nuestros bienes por testamento, ó por causa de muerte, es de derecho natural, proviene del derecho de gentes secundario, ó es en su origen y á la vez en su forma de derecho civil. Vosotros sabeis mejor que yo las empeñadas cuestiones, las respetabilísimas opiniones y trascendentales doctrinas que sobre esta materia vienen debatiendo las escuelas que mantienen tan encontradas teorías, y los argumentos con que cada cual quiere hacer triunfar la suya.

Unos dicen que cuando el hombre deja de existir pierde por necesidad toda especie de derechos sobre los bienes terrenales,

destinados esclusivamente por la bondad divina á la conservacion y á los goces de esta vida perecedera, porque en buen hora nos corresponda el uso de ellos del modo que queramos, mientras podamos retenerlos y conservarlos para nosotros mismos; pero que es preternatural el que dispongamos de ellos para un tiempo en que no existimos, y en el que carecemos de voluntad y de sentimientos, dejando aquí solo de nuestros despojos unos pocos de polvos mortuorios confundidos con la inmensidad de la materia, y que es menester toda la ilusion que produce la costumbre para no admirar cómo en las disposiciones *mortis-cause* subordinamos un ser vivo, obrador y pensador, á una voluntad extraña, que nada tiene de real, pues que solo es la facultad de un ser que ya no existe, usurpando de esta manera, cuando no la existencia misma, al menos los privilegios de la vida de los que nos sobreviven, ó de los que vendrán despues de nosotros, por lo que concluyen, que sin disputa es al legislador á quien pertenece en el estado social ordenar y arreglar la trasmision, aun cuando seria grandemente doloroso sujetar únicamente al curso y al órden de la naturaleza los bienes de que el hombre no se desprende viviendo, y que han de recaer por solo la fuerza de las cosas á la disposicion de las leyes, que por esto el legislador para ejercer este grande acto de la soberania ha consultado los deseos mas comunes de los moribundos, pero ha equilibrado esos deseos mas frecuentes y ordinarios de ellos con lo que exige el mayor bien de la sociedad, que se determina por la naturaleza de su gobierno, de las costumbres, uso y genio de toda la nacion, y aquí ven ellos esa famosa variacion que se observa en esta parte de la legislacion en diferentes pueblos y en diferentes siglos, pues ya se encuentra la igualdad perfecta entre los parientes del difunto sin distincion, ya el llamamiento de los parientes por varones, escluyéndose los parientes por líneas femeninas;

aquí los varones escluyen á las hembras, allí los primogénitos teniendo sobre los demas hermanos privilegios mas ó menos extensos, sin que falten países en que no se hace distincion alguna entre el origen y naturaleza de los bienes para operar su trasmision; encuentran tambien sucesiones que se distinguen bajo las denominaciones de propias y gananciales, de manera que mientras los gananciales se devuelven segun la proximidad del grado, las propias ó antiguas solo pertenecen á los parientes de donde provienen, aunque lejano del difunto.

Para hablar de la diversidad y confusion de las propias seria necesario mas tiempo de aquel de que puedo disponer para trazar su cuadro, y no habia de menester menos para formar el que pertenece al derecho de representacion, desconocido absolutamente en sus principios, admitido en seguida en línea recta, introducido despues en la colateral con distinciones, restricciones y modificaciones infinitas, que parecerian extravagantes á los espíritus ligeros y superficiales que ignoran la causa y el origen, y que no descubren su armonía primitiva en la política y en el genio de los pueblos que las han adoptado.

De esta relacion esencial, aunque á veces invisible entre el orden de las sucesiones legítimas y el carácter de cada gobierno, hacen derivar ellos el principio fundamental de que las leyes sobre sucesiones, son mas bien, de derecho público que de derecho privado, y dicen: *El testamento no es mas que una derogacion de la ley general y política, y de aquí que en los principios debia hacerse con las formas y las solemnidades de la ley misma*: asi es que en Roma, que puede considerarse como la fuente de la legislacion universal, los testamentos se hacian lo mismo que las leyes en la asamblea del pueblo, *Calatis comitis*, se hacian en presencia del pueblo reunido por *Centurias* y por su consentimiento, de modo que cada testamento era en cierta manera un acto del poder legislativo; pero como los Co-

micios se celebraban dos veces al año y el número de los testamentos iba creciendo con el de los ciudadanos, fué necesario crear una forma mas simple de disposiciones que estuviera siempre al alcance de estos. Se permitió pues, á todo padre de familia, hacer su testamento ante cinco testigos romanos que representaban las cinco primeras clases del pueblo, porque no se contaba la sesta compuesta de proletarios y de personas que nada poseían.—El disponente parecia vender su patrimonio á una persona interpuesta y encargada de transmitirlo al heredero que se nombraba: habia el *antestado* y además otro individuo teniendo una balanza que parecia pesar el precio fijo de la venta *Libripende*.

Estos dos individuos hacian subir á siete el número de los testigos del testamento que fué llamado *per aes et libram* y su uso se conservó durante los mas bellos siglos de Roma. De aquí concluyen que los testamentos eran actos del poder soberano, y dicen que el legislador haciendo de padre de familias delegó su autoridad, aunque reservándose el derecho de regularizar y dirigir su uso sin abandonarle al capricho, á la ignorancia, y á la fantasia de cada individuo.

La escuela comunista no podia dejar de apoderarse y de utilizar esas doctrinas, y los defensores de la propiedad y de la familia tampoco pudieron permanecer pasivos sin venir en defensa de los buenos principios y de un derecho que tan hermanado está con el de la propiedad y la familia. Sostienen pues, que la testamentifaccion activa es de derecho de gentes secundario, y en manera alguna debe su origen al civil, que solo puede disponer las formas y solemnidades con que debe ejecutarse. Para ello demuestran que la propiedad es perpétua y trasmisible, que el derecho de testar es un elemento constitutivo y necesario de la propiedad, la cual recibe el sello de la perpetuidad de manos de la naturaleza, que las leyes no pueden despojarle de él, y por

último, presentan la grande utilidad de la testamentifaccion. He apuntado las diferentes doctrinas que sostienen escuelas tan encontradas, porque si la facultad de testar proviene de un origen distinto que el derecho civil, claro es que no puede preferirse al ejercicio de este derecho el que la ley marcasse sucesor ni limitase en manera alguna lo que por nuestro derecho pátrio viene establecido.

El legislador ha previsto, como no podia menos de prever, el caso de que no se quisiera, ó no se pudiera usar del derecho de testar y ha dispuesto el orden de sucesion intestada. Para ello ha consultado los deseos y las impresiones mas comunes de los moribundos. Designa primero como herederos necesarios á los descendientes, que son la causa impulsiva de los anhelos, de los afanes y de los esfuerzos de los padres. Este cariño que los hace, puede decirse con gran propiedad y exactitud, la victima de sus hijos, quiere satisfacerlo la ley haciéndose su intérprete fiel; por eso es que los descendientes son los primeros en el orden de las sucesiones, como los mas predilectos, como los mas entrañablemente queridos, hasta el punto que el supremo legislador implícitamente nos dijo que la naturaleza bastaba para imponer este estremado amor, este inefable cariño.

Despues llama la ley de la sucesion á los ascendientes, y últimamente á los colaterales; pero al legislador no se ocultó que no conociendo las leyes á los individuos no podian acomodarse á la diversidad de sus necesidades y que era preciso reconocer en la facultad de testar.

1.º Un instrumento que se pone en manos del individuo para prevenir las calamidades privadas.

2.º Un instrumento de autoridad que se confia á los individuos para fomentar la virtud y reprimir el vicio en el seno de las familias.

5.º Un medio de gobierno; de manera que lo que al legislador toca es el derecho de regularizar y dirigir el uso de este derecho sin abandonarle al capricho, á la ignorancia y á la fantasía de cada individuo. Si el legislador nos privase de él, y marcase siempre al sucesor, nos privaria de los medios de satisfacer nuestras necesidades, nuestros deseos, nuestras impresiones y hasta nuestras debilidades.

¿Qué sería sin esta facultad de los anhelos del anciano para dispensar socorros que lo escaso de su fortuna no le permite dar durante su vida? ¿Qué del padre de familia justo y bueno á quien no quedaria el consuelo de reparar las desigualdades que la naturaleza, la casualidad de las circunstancias, ó que algun acontecimiento desgraciado, llevan frecuentemente sobre la condicion de los hijos que le son igualmente caros? ¿Qué recursos quedaria á la amistad, á la benevolencia, á la caridad si la feliz facilidad de entregarse á sus nobles inclinaciones fuesen anuladas en los medios de satisfacer las necesidades que imponen, y se precisase á que en vida se hubiera de hacer lo que ciertas situaciones no permiten siempre á los corazones francos y generosos? ¿Qué de la magistratura doméstica tan abandonada á sus propios recursos, tan abrumada de obligaciones y de deberes y tan escasa de derechos, y privada en los días lamentables que corremos, en que el corazon de la juventud puede decirse que está metálico y contaminado de aquellas malas pasiones que antes parece se reservaban á la vejez, si no pudiera en la última disposicion premiar las virtudes de los buenos hijos, recompensar los desvelos de la esposa ó de las personas que le hubiesen ayudado á cumplir sus penosas obligaciones? ¿Con qué estímulo se podia hacer respetar?—El interés es uno de los móviles del corazon, y Dios mismo nos enseñó toda la necesidad del premio y del castigo para evitar las malas acciones, para alentar á las buenas.

De otra parte, prescindamos de nuestros deseos de prolongar nuestra existencia mas allá de la tumba, de querer perpetuar nuestra memoria entre nuestros parientes, entre nuestros conciudadanos, entre nuestros amigos dejando monumentos sólidos de nuestra munificencia y nuestra generosidad al hacer uso del derecho de testar; prescindamos de la necesidad de este derecho para el buen orden de las familias, todavía sería útil para conservar el estímulo á fin de adquirir y para evitar los males que traeria consigo la incuria y el abandono. Si no se pudiera transmitir el todo ó parte de los bienes á los objetos mas caros del corazón faltaria el mas poderoso aliciente al trabajo, porque en ciertas épocas de la vida regularmente no se trabaja sino es en favor de determinadas personas, para bien de ellas y para asegurarles un porvenir cómodo, y de la manera que en este mundo se puede, venturoso. Además la prohibicion de testar traeria en pos de sí lo que traen las prohibiciones, á saber, el afán y el deseo de eludir las, el fraude y hasta el crimen, y claro es que se simularian deudas, se fingirian ventas, se cometerian otros excesos á que abririan caminos las afecciones mas fuertes é incontrastables del alma.

El hombre que no se vé subyugado por estas afecciones, que no se considera con obligaciones especiales que cumplir, se aquietta con el orden que han establecido las leyes para la transmisión de sus bienes, renuncia, no hace uso del derecho de testar, que como todo derecho puede renunciarse; empero cuando se vé rodeado de circunstancias especiales tiene necesidad de usar de este derecho.

En España va rodeado de todas las precauciones que exige el bien de la sociedad. El padre no puede testar teniendo hijos en favor de estraños sino en la quinta parte de sus bienes; sus liberalidades no pueden perjudicar á sus legítimos descendientes: para

premiar sus buenas cualidades, las virtudes, acaso servicios importantes de uno ó de alguno de estos puede disponer en favor de ellos del tercio y del remanente del quinto de sus bienes.

Esta facultad de premiar las buenas acciones es necesaria, porque si todo se espera de la disposicion de la ley, nada de la justicia del testador, ni los hijos ni los estraños verian en el padre y en el testador el recompensador de sus merecimientos; y la indiferencia nos privaria de lo que es tan necesario en el órden de las familias y para bien de la sociedad.

Es menester que queden al legislador recursos para ocurrir á la ofensa que pudiera causar á la moral y á la sociedad misma un descendiente desnaturalizado, y ha fijado tambien como herencia de los ascendientes los dos tercios de la misma, no permitiendo al testador disponga en daño de ellos mas que de la tercera parte de aquella.

¿Y qué razones harian preferible el que la ley marcasse sucesor? Se dice. « Las leyes sujetan á muchas solemnidades los testamentos » al mismo tiempo se añade « que es facil suplantar la voluntad de un moribundo » ¿cuál de estas dos cosas es la cierta? ¿son muchas las solemnidades que se piden para los testamentos? pues á proporcion de esta es la dificultad de suplantar la voluntad del testador.

En España se puede hacer la declaracion legal de la última voluntad disponiendo de los bienes para despues de la muerte, ya solemne ya privilegiadamente. El testamento solemne, puede ser nuncupativo ó abierto, que es el que se hace ante escribano y testigo, ó solo ante testigo sin escribano; y escrito ó cerrado que es el que el testador escribe por sí ó por medio de otro y lo presenta luego cerrado al escribano ante siete testigos que firman con él mismo la cubierta.

No pueden darse mas facilidades que las que se dan en Es-

paña para testar : puede declararse la última voluntad ante el escribano y tres testigos vecinos del lugar , ó ante cinco testigos sin asistencia del escribano , aunque lo haya en el pueblo , ó ante solo tres testigos vecinos cuando no pudiesen encontrar cinco ni escribano , y finalmente siete testigos vecinos ó forasteros aun cuando haya muchos vecinos y escribano público.

Este modo de testar ofrece todas las facilidades que pueden apetecerse.

El testamento escrito ó cerrado pide la presencia de siete testigos que vean entregar al escribano por el testador y oigan manifestarle que el pliego que le dá contiene su voluntad. Este testamento ofrece la garantía al testador de que nadie se impone de ella antes de su fallecimiento como él no quiera otra cosa.

A los militares les está concedido el privilegio de que puedan manifestar su voluntad de palabra ante dos testigos , ó por escrito sin ellos en papel simple y firmado por el mismo testador.

De modo que no puede decirse que el derecho civil ha creado trabas á la facultad de testar, ni que con gran ligereza ha reducido las solemnidades en términos que pueda suplantarse la voluntad del testador.

La ley no puede abandonarse á una confianza imprudente, prescindiendo de ciertas solemnidades que aseguren la verdad de un instrumento en que se consigna un acto tan solemne y trascendental. Criticad en buen hora las precauciones que la ley ha tomado para hacer imposible ó grandemente difícil los fraudes que regularmente rodean el lecho del moribundo. Una gran necesidad seria abolir solemnidades tan bien meditadas , despues que para casos extremos y en premio de servicios eminentes, para consuelo de los que por razon de la patria se encuentran en angustiada situacion, se ha mostrado tan flexible y consoladora.

¿No pueden cumplirse estas solemnidades? ¿se falsean? ¿y qué sucede? Lo que vosotros deseais: que la herencia vaya á la persona designada por la ley.

Pero los testamentos dan ocasion á grandes y repetidos litigios, ¿y qué transacciones en la vida no dan ocasion á ellos? No, los litigios no surgen de las concesiones de la ley, de sus prescripciones, si del carácter y condicion de las personas. Si por temor de los litigios no debiera reconocerse el derecho de *testamentifaction* activa deberia prohibirse tambien la facultad de vender, la de donar, la de arrendar y la de formar las diversas transacciones y contratos que piden la satisfaccion de otras necesidades y que constituyen la vida de la sociedad.

El temor de los mayorazgos y fundaciones absurdas no deben asaltarnos ya para recomendar como útil la supresion de un derecho cuyo ejercicio tan beneficioso puede ser, mientras que ningun mal puede seguirse de su uso.

Pero no son estos solos los abusos en que se puede incurrir por virtud de la facultad de testar; cierto, para que desaparezca no es necesario acabar con esta facultad, lo que se necesita es moralizar los hombres haciendo para ello lo que es deber de todo gobierno, de todo legislador, é inculcando las máximas de religion, de respeto á las leyes, de amor á la justicia y persuadiendo á los infractores de los preceptos legales que irremisiblemente sigue al querido quebrantamiento de la ley, es decir, al delito, la imposicion de la sancion penal.

Vosotros, señores, vereis tambien una implicacion monstruosa cuando se asegura que se quiere hacer prevalecer la voluntad de un ser no viviente á sus sucesores, que tienen una existencia real efectiva: los muertos no tienen voluntad; la voluntad á que se subordina un sucesor es la voluntad de un vivo, de un ser que tiene derecho indisputable á disponer de su propiedad, de lo que

acaso ganó, de lo que realmente es suyo, de lo que podía enagenar ó transmitir por otro contrato bajo una condicion, ¿y qué es el testamento sino la transmision de lo que nos corresponde bajo una condicion en que no puede caber duda? ¿no se puede donar á dia cierto? pues el testador trasmite su propiedad, lo que le pertenece, aquello de que puede disponer en vida y de lo que realmente dispone para el momento en que le sorprenda la muerte.

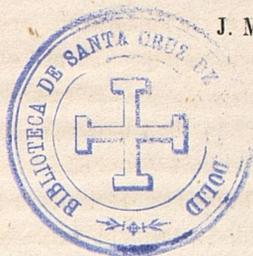
De todos modos, adoptadas por la ley las acertadas precauciones para que un amor inmoderado, una pasion reprehensible no prive ni á los descendientes ni á los ascendientes de lo que tienen derecho de esperar, de aquello mismo que tienen en la vida del testador, porque los hijos tienen derecho á que los padres acudan á sus necesidades, é igual derecho tienen los ascendientes con respecto á los hijos, no hay razon plausible para privar á los hombres de un derecho, que sea cualquiera su origen, su emanacion, su uso tantas ventajas puede proporcionar sin perjuicio ni de la moral, ni de la justicia: de un derecho de que han menester para el buen orden de las familias, para dar aliciente al mérito, para premiar la virtud, para penar el vicio, de un derecho de gran utilidad para el aumento de la riqueza pública manteniendo hasta el borde del sepulcro el deseo de adquirir y alejando el ócio á que se abandonarían los que vieran no podían satisfacer con sus esfuerzos los afectos mas caros del corazon.

He concluido, y si la confianza brilla en este momento en mis ojos y halaga mi corazon, obra es de vuestra benevolencia, de que tantas pruebas he recibido en el discurso de mi larga carrera. Al pedir el alto honor del Doctorado no vengo á pedir el premio de mi saber y de mis estudios; esta honra es muy superior á ello, vengo á pedir si, un estímulo que aliente á un joven que empieza hoy de nuevo su carrera, empero sobre los sóli-

dos cimientos que vosotros habeis echado con vuestras sábias doctrinas. Yo confio en que por mi aplicacion obtendré la aprobacion de los hombres de bien cual obtuve la vuestra, y que en todas las circunstancias de la vida y cualquiera que sea el porvenir que me tenga reservada la Providencia, podré con la voluntad de Dios aplicarme las palabras del Evangelio.

« Y cayó la lluvia , y se desbordaron los torrentes , y soplaron los vientos , y se desplomaron sobre aquella casa ; pero aquella casa no cayó porque estaba fundada sobre una roca firme .

J. M. DIAZ MARTIN.



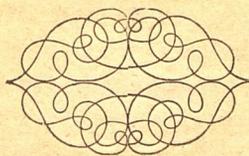
los amigos que vosotros habéis echado en vuestras sabias
 doctrinas. Yo confío en que por mi aplicación obtendré la
 aprobación de los hombres de bien cual obtuve la vuestra y
 que en todas las circunstancias de la vida y en cualquier que
 sea el poderé ser como tengo reservada la Providencia podrá con
 la voluntad de Dios aplicar las palabras del Evangelio.
 Y así lo haré, y se desobedeceré lo contrario, y así como los
 vientos y el desordenar sobre aquella casa; pero aquella casa no es
 porque es de fundado sobre una roca firme.

J. M. Diaz Blanes.





УДА. ВНС. ЛЕГ.06-1 n°0505



UVA. BHSC. LEG.06-1 n°0505