

316
TITULO II.

De las sucesiones hereditarias.



CAPITULO PRIMERO.

Del testamento, de sus diversas especies y requisitos.

1. ¿Que es testamento?
2. Facultad de otorgarle, y su importancia.
3. Es de dos maneras, solemne y privilegiado.
4. El solemne puede ser nuncupativo ó abierto, y escrito ó cerrado.
5. El abierto puede otorgarse ante escribano, ó sin él, y en qué forma.
6. Calidades requeridas en los testigos.
7. ¿Como ha de entenderse la vecindad?
8. ¿Cuando se dirá vecino el extranjero?
9. Los legatarios pueden ser testigos del testamento en que se les dejan legados.
10. El escribano debe ser de los del número del pueblo en que se otorgue el testamento.
11. ¿Que es testamento escrito ó cerrado, y cuantos testigos ha de haber en él?
12. ¿Que deberá hacerse cuando el testador no sabe ó no puede firmar?
13. Cuando ninguno de los testigos sabe firmar es nulo este testamento.
14. Circunstancias que se requieren para la validez del testamento otorgado ante escribano.
15. En los testamentos simultáneos de marido y mujer no son menester mayor número de testigos que para el de uno solo.
16. Requisitos necesarios para el testamento del ciego.
17. ¿Cuales necesita el testamento privilegiado?
18. ¿Qué debe hacerse para elevar un testamento á instrumento público?
19. El que no tiene prohibicion de testar puede hacer cuantos testamentos quiera.
20. Tienen esta prohibicion los impúberos, mas no por eso se dirá que mueren intestados.
21. La tienen el loco y el desmemoriado.
22. El pródigo, el sordo y mudo por naturaleza.
23. El condenado á muerte ó deportacion, en lo que prohiba la sentencia, los dados en rehenes, los condenados por autores de libelos, y los hereges declarados.

24. Los hereges tolerados no están inhibidos de testar.
25. Lo están los siervos y los usureros públicos.
26. Los canónigos reglares, los religiosos profesos y caballeros de San Juan que no han obtenido licencia.
27. Los excomulgados vitandos.
28. Los clérigos pueden testar de todos sus bienes.
29. No pueden hacerlo los obispos de los emolumentos de su obispado.
30. Los peregrinos pueden hacer testamento.
31. También los extranjeros con arreglo á los convenios vigentes.
32. Los hijos de familia que se hallan bajo la patria potestad no pueden testar sin licencia de sus padres, sino con limitacion.
33. La licencia del Rey habilita á los que no pueden testar, y la presencia del mismo excusa de otros testigos.
34. Para que el testamento solemne produzca sus efectos son precisas cuatro cosas.
35. Otros requisitos que debe tener, aun cuando su falta no lo invalide.
36. De otras varias cosas que puede contener un testamento.
37. Causas porque un testamento puede declararse nulo.

1. **T**estamento es „un testimonio en que se encierra é se pone ordenadamente la voluntad de aquel que lo hace, estableciendo en él su heredero, ó repartiéndolo 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 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 prescriptas por el derecho para su firmeza, y cuya observan-

(1) Ley 1. tit. 1. Part. 6.

* Es de derecho público y no privado ya porque nadie puede testar sino se lo permite la ley, ya por el testamento ha de otorgarse siempre con las solemnida-

des que previenen las leyes, y no segun el arbitrio y capricho de los testadores, aun cuando no pueda dudarse de su voluntad. *Febrero reformado.*

cia obliga 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 los militares otorgan en campaña.

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, o 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 estén presentes.

5. Este testamento puede otorgarse ante escribano público ó sin él. Si se otorgare ante escribano deben estar presentes á lo menos 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 menos cinco vecinos del lugar. Si no pudieren 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 (1).

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 canciones injuriosas, libelos ó pasquines infamatorios, ó por ladrones, homicidas, traidores al Rey, 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 cómo testigo en un testamento, y luego se verifica que es esclavo, no por esto se habrá de anular (2). Además de estas tachas que son generales para todos los casos, hay otras

1 Ley 1, tit, 13, lib. 10. de la Nov. Rec.

2 Leyes 17. tit, 18, Part. 3. y 9 y 10. tit, 1. Part. 6.

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 consanguinidad (1). Disputan los jurisconsultos, 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 preveniene 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 presenciar.

7. Por vecino se entiende el natural de estos reinos que tuviere casa en el pueblo propia ó alquilada y la habita con su familia; que está en ánimo de permanecer en él por algun tiempo, aunque no sea el de diez años, ni posea bienes raíces, con tal que sufra las cargas de los demas que lo son. Asi 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 amos (2); pero no es lo mismo cuando viven fuera de ella, ocupando habitacion en su nombre, pues en tal caso se tienen por verdaderos vecinos.

8. Tambien es vecino el extranjero que habiendo obtenido privilegio de naturaleza en estos reinos, ó convirtiendose á nuestra santa fe, establece su domicilio en ellos; ó bien obtiene vecindad por peticion propia en algun pueblo fijando en él su residencia, ó se arraiga adquiriendo en él bienes raíces, ó viene á ejercer de asiento algun oficio mecánico ó de industria, ó en el consejo obtiene oficios públicos ó cargos que solo pueden tener los naturales, ó goza de los pastos y demas provechos propios de los vecinos, ó habita casa por espacio de diez años, abierta y en su nombre. En fin cualquiera que segun derecho y Reales órdenes haya adquirido naturaleza, si en él concurren

1 Leyes 9 y 11. tit. 1. Part. 6.

2 Matienz. en la ley 1. tit. 4, lib. 5, Nov, Rec.

las demas circunstancias que constituyen vecindad en los mismos naturales (1). La vecindad de los testigos debe probarla el interesado en la validez del testamento, si alguno se la negare (2).

9. Los legatarios pueden ser testigos en los testamentos en que se les dejan legados (3), 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 herencia (4). 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 lo prohíba, mas en todo caso será conveniente excusar, siempre que se pueda, valerse de ellos para evitar controversias y cavilaciones voluntarias.

10. Cuando en el testamento interviene escribano deberá ser de los del número del pueblo en que se otorgue, pena de nulidad (á exepcion de la Corte y chancillerias), pues asi lo previenen las leyes 3 y 7. tit. 15 y 23. lib. 7 y 10. Nov. Rec. prohibiéndolo á los escribanos Reales; 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 Real, 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 asi se practica.

11. 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 (5). 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 tam-

1 Ley 3. tit. 11. lib. 6. Nov. Rec.

2 Matienz á la ley 1. glos. 5. nùm. 13. tit. 4. lib. 5. Rec.

3 Matienz. en la ley 1. tit. 4. lib 5. Rec. glos. 8. nùm. 9 al 11.

4 Florez de Men. *Var.* lib. 1. cuæst. 1. nùm. 25.

5 Ley 2. tit. 18. lib. 10. Nov. Rec. Mat. en ella, glos 2 y 3.

poco el que esté en papel blanco ó sellado: 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 ley 2. tit. 18. lib. 10. Nov. Rec., que es la que puntualmente se observa.

12. Si el testador no supiere escribir, firmará por él un testigo, 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 demas (1). 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, de modo que sean ocho las firmas, y ademas la suya y su signo. Autorizado el otorgamiento lo entregará al testador para que lo guarde ó dé aguardar 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 entonces carece.

13. 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 pudiese el testador, y tambien firmáre el escribano en nombre de este, porque ninguna ley le autoriza para tales casos (2). Y aunque es verdad que si lo hiciera 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 ignorante (3).

1 Greg. Lop. ley 1. tit. 1. Part. 6. glos.
11. Mat. ley. 2. tit. 4. lib. 5. Rec.

2 Ley 2. tit. 1, Part. 6, Ley 103. tit. 18.

Part. 3.

3 Gom. ley 3 de Toro, núm. 31.

14. Tres circunstancias deben concurrir precisa y simultáneamente en el otorgamiento ante escribano, y en la publicación 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 disposición, si el testamento es abierto; y la fórmula del otorgamiento, si fuere cerrado. Y la tercera, que mientras se lee, otorga y publica, estén 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 restante, ni que el testador manifieste á cada uno de ellos con separación su voluntad en diferentes días 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 testamento (1); y esta es la razón porque el escribano debe cuidar de no omitir la menor formalidad, pues la falta de cualquiera de ellas anularia el acto (2). Es también indispensable que el testador hasta concluir el otorgamiento no se ocupe en negocio diferente, pena de invalidar el primero, á menos de obtener privilegio especial para hacerlo así (3). Tampoco deben separarse los testigos por ser un acto solo é indivisible, que no admite semejantes intermisiones (4). Finalmente tanta importancia tienen las solemnidades del testamento, que bien observadas no puede ser rescindido; aunque para ello intervenga rescripto del Príncipe; y si el testador quiere despues mudar en él la menor cosa, debe guardarlas todas otra vez como si de nuevo testase (5).

15. 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 formación las respectivas solemnidades y número de testigos que corresponde, sin que por ser dos ó mas los otorgantes se necesite número mayor (6).

16. El ciego no puede hacer testamento cerrado (7), sino precisamente nuncupativo ó abierto, y en él eran necesarios por la

1. Ley 1. tit. 18. lib. 10. Nov. Rec. Matienz en la misma glos. 4. Gom. 3 de Toro.

2. Gom. 3 de Toro, núm. 32.

3. Ley 3. tit. 1. Part. 6.

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

5. Mat. en la 2. citada, glos. 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 núm. 1230. Cast. ibi. verb. *Siete testigos*.

7. Ley 14. tit. 1. Part. 6.

ley 14. tit. 1. Part. 6. siete testigos y escribano público; pero esta ley se haya moderada por la ley 2. tit. 8. lib. 10. Nov. Rec., la cual previene que hay cinco testigos por lo menos; 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 ley (1), pero no es preciso que lo firmen los demas testigos, pues este requisito solo es esencial en 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 general (2). 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.

17. 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 legislacion 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 1778 (3), 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, ú 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,

1 Mat. ley 2. tit. 1. Part. 6. glos. 8. y final.
num. 3. y final.

2 Mat. en dicha ley 2. glos. 8 num. 3.

3 Ley 8, tit. 18. lib. 10, Nov. Rec.

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 Partida (1) 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 retificar el punto: pues la informacion de peritos no constituye prueba en razon de que solo pueden deponer de la semejanza y no de la indentidad de la firma.

18. Para dar á cualquier testamento la calidad de instrumento público deben comparecer los testigos á presencia del juez, y deponer acerca de la voluntad del testador, si se trata de un testamento nuncupativo; pero si se trata del cerrado solo testificarán de su otorgamiento, pues se ignoran sus disposiciones. El privilegiado no necesita otro requisito que el reconocimiento del juez.

19. Cualquiera persona de ambos sexos, que no esté comprendida en las excepciones de la ley positiva ni imposibilitada por la natural, puede hacer cuantos testamentos quisiere hasta su muerte (2), y no menos dar poder y comision á otra ú otras personas á fin de que en su nombre ordenen su testamento, ó concluyan el que hubiere empezado á hacer, como tambien revocar los anteriores, y mandar que algunas cláusulas de él no se publiquen sino en dia determinado.

20. Estan privados de testar los impúberos; es decir, los varones que no han cumplido catorce años de edad, y las hembras que no han cumplido doce (3). Pero si murieren antes, no se dirá por eso que murieron intestados, pues hablando con propiedad solo corresponde esta denominacion á los que fallecen sin hacer testamento pudiendo, ó á los que le hicieron y fue de-

1 Ley 4. tit. 1. Part. 6.
2 Ley 25. tit. 1. Part. 6.

3 Ley 13. tit. 1. Part 6.

clarado nulo por alguno de los defectos que invalidan tales actos: los impúberos para este efecto se consideran como si no existiesen.

21. Tampoco pueden testar el loco y el desmemoriado mientras lo fueren; pero es válido el testamento que otorgaron completamente antes de contraer la referida dolencia (1), y también el que el loco hiciere en sus lúcidos intervalos. Si alguno tachare de nulidad este testamento, deberá probar que el otorgante estaba á la sazón falto de juicio, por medio del escribano y testigos que se hallaban presentes.

22. El pródigo, contra quien ha recaído prohibición judicial de manejar sus bienes: el mudo y sordo por naturaleza, á menos de que sepa escribir y en efecto lo escriba, dándolo á leer al escribano, ó á alguno de los testigos si no le hubiere (2). Tampoco puede testar el hermafrodita, si en él no prevalece claramente el sexo varonil.

23. Los condenados á muerte ó deportación solo pueden testar por sí, ó por apoderado, de aquellos bienes que permite la sentencia (3); y lo mismo sucede con el traidor declarado (4). A los que se dan en rehenes (*), á los condenados por libelos infamatorios, y á los que han sido declarados por hereges, no se les permite testar.

24. Pero respecto de los hereges tolerados y sobre los cuales no haya recaído sentencia judicial declaratoria, no hay prohibición alguna. Así el escribano y testigos deberán prestarse sin reparo á los testamentos de los hereges tolerados en virtud de convenciones solemnes, como sucede con los ingleses, holandeses y americanos de los Estados Unidos, que tienen asegurado este derecho en los tratados celebrados con España; otro tanto debe decirse, y con mayor razón, respecto de los extranjeros no católicos habilitados para residir y establecerse en España por fines de utilidad pública. Sobre lo cual se expidió una Real orden en 8 de setiembre de 1797.

1 Ley 13. tit. 1. Part. 6.

2 Ibidem.

3 Ley 3. tit. 18. lib. 10. Nov. Rec.

4 Ley 16. al fin, tit. 1. Part. 6.

* En el día los rehenes así como los prisioneros conservan todos los derechos de iudadanos, y por consiguiente la facultad de testar. Lo mismo debe decirse de los cautivos mayormente cuando la ley 3. tit. 21. Part. 2. prohíbe que ninguno de otra creencia pueda tener siervo cristiano,

Este es el parecer del reformador del Febrero: mas no se sabe en qué lo funda, cuando las leyes que mandan lo contrario no han sido derogadas, y la que él cita no habla del asunto. La razón porque se prohíbe testar á los cautivos es la falta de libertad. Así en constando que obraron libremente, es válida su disposición, y no de otro modo. Esta es la regla que debe seguirse, y la misma que con mucho juicio establece la ley 6. tit. 29. Part. 2.

25. Tampoco pueden testar los siervos, aunque al tiempo de hacerlo gozasen del concepto de libres; si en realidad se averigua despues que no lo eran (1). Igualmente estan imposibilitados de testar los usureros públicos, á menos que restituyan ó den fianza de restituir las usuras, pues de no hacerlo asi la ley los declara infames y los priva hasta de sepultura eclesiástica (2).

26. Los canónigos reglares y demas religiosos profesos tampoco pueden testar, ni los ermitaños que viven bajo regla aprobada (3). Lo mismo sucede á los religiosos, baiños, comendadores y capellanes de encomiendas de la orden de San Juan de Jerusalem, ó sean caballeros de Malta, ora esten en sus conventos ó fuera de ellos, á menos que obtenga licencia para ello, en cuyo caso pueden testar del quinto (4) (*).

27. Los excomulgados vitandos no podrán tampoco testar, especialmente si permanecen mas de un año en la excomunion; pero sí podrán hacerlo los tolerados, por cuanto el concilio Constanciense y la extravagante de Martino V. que empieza; *Ad vitanda scandala*.... les concede el privilegio de tratar con los fieles á invitacion de estos, y el de ejercer actos jurisdiccionales. De los primeros hay quien opina que pueden testar por no estar expresamente excluidos por el derecho (5), fundándose en que siendo el testamento un acto puramente civil debemos atenernos á la letra de la misma. Por tanto sienten que si la comunicacion con ellos está prohibida por las leyes eclesiásticas, serán los testigos contraventores de ellas; pero no será nulo el testamento (6).

28. Los clérigos seculares pueden testar de sus bienes *patrimoniales, quasi patrimoniales é industriales*; aunque en los reinos de Castilla testan por costumbre de los que ganan por razon de la iglesia, y como está mandada observar por una ley recopilada (7), disponen de todos sin diferencia alguna. Se extiende esta facultad á los que habiendo sido religiosos profesos han obtenido su competente secularizacion; segun se declaró en 1786 con audiencia fiscal por la primera Sala del Consejo.

1 Ley 16 al fin. tit. 1. Part. 6.

2 Leyes 9. tit. 13. Part. 1, 4. tit. 6. Part. 7; y 4. tit. 22. lib. 12. Nov. Rec. Gom. ley 3. de Toro.

3 Leyes fin. tit. 21. Part. 1; y 17. tit. 1. Part. 6. Sobre esta materia vease á Gom. ley 3 de Toro, num. 12.

4 Pius V. *In motu proprio*, ann. 1568. Greg. XV. dec. 85 y 119,

* Téngase presente en este asunto la Real cédula de 17 de abril de 1802, por la cual el Rey se declaró gran Maestre de la orden de San Juan por lo relativo á los dominios de España.

5 Gom. ley 3 de Toro, num. 15.

6 Perez in tit. *Qui testamentum facere poss.* num. 14.

7 Ley 12. tit. 20. lib. 10. Nov. Rec.

29. Los arzobispos y obispos tampoco pueden testar de los bienes adquiridos por renta ó emolumentos de sus obispados, ni enagenarlos por contrato, aun cuando se les permite donarlos en vida á sus parientes, criados y demas (1). Pero pueden testar de los patrimoniales, ó adventicios en la forma que quisieren (2). Para esto deben los promovidos á obispados hacer inventario de sus bienes propios en el juzgado del colector general de espolios, juez privativo de este ramo, pues alguna vez se han contentado con hacerle ante los corregidores, y se ha declarado nulo (*).

30. Los peregrinos y romeros tienen facultad de testar como quisieren(3); si fallecieren intestados debe la justicia del lugar en que acaezca su muerte, inventariar y depositar sus bienes, gastando lo preciso en su entierro, y dando cuenta al Rey ó á quien ejerza su autoridad, para que disponga del sobrante entre sus consanguíneos si los tuviere, y á falta de ellos en obras pias, pues nunca han de recaer en el fisco (4).

31. Todo extranjero puede igualmente hacer testamento de sus bienes, sin que nuestras leyes les hayan impuesto restriccion alguna. Segun los tratados hechos con Francia estan los súbditos de ambas naciones en aptitud de vender, dar, cambiar, enagenar ó disponer de otra manera, asi por contrato entre vivos como en última voluntad, de los bienes y efectos muebles é inmuebles existentes en unos ú otros dominios. Las mismas estipulaciones han mediado con respecto á los ingleses, holandeses y turcos, estando en algunas de ellas acordado, que los respectivos ministros ó cónsules se encarguen de dar á los bienes de los individuos de su nacion el destino que al morir dejaren mandado en su testamento, y lo mismo en caso de fallecer intestados. De esto se deduce que siendo comprendidos los peregrinos y romeros en los enunciados pactos, se deben entender con ellos todas las franquicias estipuladas en los mismos, y asi solo se observarán las leyes arriba citadas con aquellos que pertenezcan á naciones con quienes no hubiere ningun tratado especial (**).

1 Ley fin. tit. 21. Part. 1.

2 Leyes 2 v 3. tit. 21. Part. 1.

* En el artículo 8 del ultimo concordato se obligò su Santidad á no conceder en adelante á ningun prelado por benemérito que fuese, facultad para testar de los frutos ó espolios de sus iglesias episcopales, aun en favor de causas pias. *Febrero reformado.*

3 Leyes 30. tit. 1. Part. 6. y 2. tit. 30 lib. 1. Nov. Rec.

4 Leyes 31. tit. 1. Part. 6. y 5. tit. 30. lib. 1. Nov. Rec.

** Con respecto á los extranjeros pertenecientes á alguna de las naciones, con quienes la nuestra no ha celebrado ningun convenio sobre este particular, se tendran presentes las juiciosas observaciones del

32. Tampoco pueden testar libremente los hijos de familia que se hallan bajo la patria potestad, aun cuando por su edad estuvieren aptos para ello, pues necesitan licencia de sus padres ó abuelos, á menos que sea para disponer de la tercera parte de sus bienes adventicios, castrenses ó cuasi castrenses, segun lo resuelve una ley recopilada (1). Pero si los hijos de familia fallecieren en pais extranjero se procederá en orden á la disposicion testamentaria de sus bienes con arreglo á los pactos celebrados con aquel gobierno: pues si para el efecto de testar se estipula que sean considerados los extranjeros en dicho pais como los mismos naturales, y estos pudieren testar aun cuando sean hijos de familia, igual facultad gozarán los españoles que tenga la misma calidad; mas esto solo se entiende de los bienes que alli posean.

33. Si el que tiene legal prohibicion de testar, pidiere y obtuviere licencia del Rey para hacer testamento, y en su virtud lo otorgare con arreglo á derecho, será válido, aunque la licencia sea posterior al otorgamiento. La razon es porque no considerándose perfecto el testamento sino despues que fallece el testa-

reformador de Febrero, que transcribimos para instruccion del escribano en el caso remoto, que tenga que hacer uso de ellas. Como el extranjero, dice, permanece ciudadano de su pais y miembro de su nacion, los bienes que deje por su fallecimiento en pais extraño, deben naturalmente pasar á quienes sean sus herederos segun las leyes del estado de que es individuo, sin que impida esta regla general que los bienes inmuebles deban seguir las disposiciones legales del territorio en que estan situados. El extranjero pues tiene por derecho natural la libertad de hacer un testamento. En cuanto á la forma ó solemnidades prescriptas para justificar la verdad del acto, parece debe observar el testador las establecidas en el pais donde testa, á menos que ordene otra cosa la ley de su estado, en cuyo caso tendrá precision de seguir las formalidades que le prescriba, si quiere disponer válidamente de los bienes que posee en su patria. Hablo de un testamento que ha de abrirse en el lugar de la muerte, porque si un viajero lo hace y envia válido á su pais con arréglo á las leyes del mismo, es igual que si lo hubiera otorgado en él. Tocante á las disposiciones testamentarias debe decirse, que las concernientes á los bienes raices han de adaptarse á la legislacion del pais en que se hallan, puesto que

segun ellas deben poseerse, y lo mismo sucede respecto de los bienes muebles que el testador tiene en su patria. Pero respecto de los bienes muebles que el extranjero tenga consigo, como dinero y otros efectos, ha de distinguirse entre las leyes locales, cuyo efecto no puede extenderse fuera del territorio, y las leyes que afectan propiamente la cualidad de ciudadano. Permaneciendo el extranjero ciudadano de su patria, siempre está ligado por estas última, leyes en cualquier lugar que se halle, y debe conformarse con ellas en la disposicion de sus bienes libres y de cualesquiera de sus bienes muebles; pero no le obligan las mismas leyes del pais en que reside y de que no es ciudadano. Por lo tanto un hombre que teste y muera en pais extranjero, no podrá privar á su viuda de la parte de sus bienes muebles que le señalan las leyes de su nacion. Todo lo contrario sucede en las leyes locales: estas prescriben lo que puede hacerse en el territorio, y no se extienden á mas, por lo que el testador estando fuera de este no está sometido á ellas, ni los bienes que estan igualmente fuera del tal territorio. Asi el extranjero solo tiene obligacion de observar las leyes del pais donde testa, respecto de los bienes que en él posee.]

1 Ley 1, tit, 2o, lib. 1o. Nov. Rec.

dor, el Real permiso subsana cualquier defecto anterior á la muerte. Si alguno consiguiese del Rey la gracia de hallarse presente á la formacion de su testamento, será válido este, aun cuando no le hubiere presenciado ningun otro testigo (1).

34. Para que el testamento solemne se considere tal y produzca todos sus efectos, son precisas cuatro cosas. 1^a. Que el testador tenga capacidad natural y legal de testar al tiempo de otorgarle, y voluntad libre para disponer de sus bienes (2). Si perdiese esta capacidad, ó se inhabilitase por alguna de las causas que expresa el derecho, no tendrá fuerza el testamento á menos que rehabilitado el testador le confirme de nuevo. 2^a. Que nombre heredero habil para serlo, pues si no lo fuere ó si no hubiere aquel instituido á ninguno, no valdrá el testamento sino como última voluntad, y se declarará abintestato en orden á la institucion; pero serán válidas las mandas, mejoras y demas disposiciones que contenga conformes á derecho, y pasarán sus bienes á los que abintestato deben heredarle, ó al fisco en su caso (3). 3^a. Que conste de las solemnidades prescriptas por la ley como forma sustancial (4) y que quedan expresadas, pues sin su observancia todo es nulo. 4^a. Que se confirme con la muerte del testador, y acepte el heredero su herencia, pues si no la aceptare, pasará á los herederos abintestato, á menos de haberle aquel nombrado sustituto, pues en tal caso pertenecerá á este (5). Estas cuatro cosas constituyen la perfeccion legal del testamento y su validez perpetua é indestructible.

35. Además debe tener otros requisitos que contribuyen á su mayor claridad ó que prescribe la ley ó la costumbre; pero su omision no invalida el testamento en manera alguna. Tales son la invocacion divina, la protestacion de la fe, señalamiento de sepultura y hábito, misas y mandas forzosas, filiacion y naturaleza del testador, declaracion de bienes y deudas, matrimonios que contrajo, dotes y arras de sus mugeres, hijos que haya tenido y su estado actual, y anticipaciones que les hubiere hecho, eleccion de testamentarios, revocacion de otras disposiciones anteriores, y por último cuantas declaraciones tenga por oportunas. Las relativas á acreditar la religion, naturaleza y enlaces del testador pueden suplirse con informacion de testigos, párroco &c. En orden á sepultura dispondrá el heredero ó los

1 Ley 5. tit. 1. Part. 6.

2 Ley 13. tit. 1. Part. 6.

3 Ley 1. tit. 13. lib. 10. Nov. Rec.

4 Matienz. en la ley 1. tit. 4. lib. 5. Rec.

glos. 4 y 14. ley 2. tit. 18. lib. 10. Nov. Rec.

5 Ley 1. tit. 18. lib. 10. Nov. Rec. Matienz., en ella, glos. 14. núm. 2. y sig.

testamentarios, y sino se enterrará en su parroquia. El mismo arreglará el funeral conforme á las circunstancias del testador y usos del pais, y hará la parte de los testamentarios, si no los hubiere, cumpliendo las mandas piadosas, á lo cual en caso de omision le apremiará el obispo, como ejecutor legal de todas ellas (1). Las forzosas tampoco importa nada que se hayan omitido en el testamento, pues tienen su cuota determinada y notoria. Tampoco es precisa la revocacion del testamento anterior aunque lo hubiese, pues uno y otro deben cumplirse en cuanto no esté el primero en contradiccion con el último, en cuyo caso se ha de observar este. Si en ambos hay institucion de heredero, se partirá entre ellos la herencia, á menos que alguno de los dos crea tener mejor derecho, y entonces lo ventilará en juicio.

36. Además de las disposiciones referidas pueden contener los testamentos otras varias, como son legados ó mandas gratuitas, fundaciones de vínculos, memorias, capellanías, patronatos, agregacion de bienes á los mismos, mejoras, declaraciones, consignaciones, sustitucion de herederos y legatarios, nombramiento de tutores con relevacion de fianzas ó sin ella, siempre que sea para todo y no para una cosa, no solo á sus hijos pupilos legítimos y naturales, nacidos y póstumos, sino tambien á los extraños que instituyere simple ó condicionalmente, designando el tiempo segun su voluntad, y dar poder para nombrarles tutor. Puede igualmente dividir sus bienes, aplicando á su arbitrio los que quiera y á quien quiera (2), á cuya disposicion deberán conformarse, si no hubiere herederos forzosos ó no fuere en perjuicio de estos, pues la legítima de los mismos debe quedar salva en cantidad y calidad. Los extraños deben contentarse con lo que el testador les deje, y cumplir las honestas y posibles condiciones que les imponga. El modo con que ha de extenderse el testamento y el orden que ha de guardarse en su formacion se expresará en el capítulo que trate de las prevenciones á los escribanos en esta materia, y sobre todo en la plantilla de las escrituras correspondiente á la misma, que se insertan al fin.

37. Por varias causas puede declararse nulo el testamento, aun cuando el testador no lo revoque. La primera, *por defecto del mismo testador*: v. gr. si es pupilo, siervo, monge profeso, pródiigo declarado, loco furioso ó mentecato, ó tiene otra prohibicion de las que dejo explicadas; pues concurriendo en él alguno de

1 Conc. Trid. ses. 22. cap. 3. de reformatione,

2 Leyes 1. tit. 1. 16 y 19. tit. 3. Part. 6.

estos defectos ó impedimentos no puede testar, ni por consiguiente vale el testamento que ordene, ni tampoco los legados ni fideicomisos que contenga, porque el que tiene prohibicion de testar, la tiene para disponer de sus bienes de cualquier modo que sea. Pero es de advertir que si el hijo llega á la pubertad, puede testar con arreglo á la ley 6.^a de Toro de la tercera parte de lo que posea y tenga suyo, en perjuicio de sus ascendientes, no obstante que exista en poder de su padre, como si estuviera fuera de él (1); lo cual no sucedia por derecho comun ni por el de las Partidas, pues estando bajo de la patria potestad le prohibian testar y hacer codicilos (2). La segunda, *por error del mismo testador*; que es cuando el que puede testar y testó, erró ó se equivocó en la persona nombrada; v. gr. si instituyó á uno en el concepto de ser su hijo legítimo, adoptivo ó ilegítimo, ó á otro en el de ser su consanguíaco, no siéndolo realmente, en cuyos casos y otros semejantes no vale la institucion, porque falta la voluntad y consentimiento del mismo testador, por haber errado en la causa eficiente y final, que es la institucion de heredero (3); pero los legados y fideicomisos que el testamento contenga serán válidos, respecto presumirse no haber padecido error en ellos (4); lo cual no sucederá si yerra el nombre del legatario, como se dirá en su lugar. La tercera, *por voluntad imperfecta y no consumada del testador*; para cuya inteligencia es de advertir que el testamento puede ser imperfecto por razon de su voluntad, por falta de solemnidad de testigos, ó por no haberse hecho publicacion de él. Se dice imperfecto por razon de voluntad, cuando el testador no la explicó; v. gr. cuando consta que quiso testar por escrito, á cuyo fin hizo llamar al escribano, y habiendo principiado á dictarlo por sí, falleció sin concluirlo y sin que se publicase ante los testigos; y por la de solemnidad, cuando lo tiene extendido enteramente y muere antes que se lea ó que se concluya su lectura á presencia de todos los testigos, y por consiguiente antes de decir, *que asi lo otorga*; ó cuando á su publicacion no interviene el número de testigos prescriptos por la ley; en cuyos casos serán nulos el testamento, los legados, los fideicomisos, y demas disposiciones que contenga (5): lo primero porque su

1 Ley 5 de Toro, que es la 4. tit. 18. lib. 10. Nov. Rec.

2 Ley 13 tit. 1. Part. 6.

3 Ley 12. tit 3. Part. 6.

4 Com. en la 24 de Toro, num. 1, vers.

Decimo el finaliter. Matieuz. en la 8. tit. 6. lib. 5. Rec. glos. 1. num. 3.

5 Com. en la 3 de Toro. num. 107. Florez de Mena, lib. 1. *Var. quæst.* 1. num. 38 al 42.

lectura ó publicacion ante los testigos es sustancial (1), y del todo necesaria en cualquier instrumento para que se catime válido (2); lo segundo, porque antes de la publicacion no se acredita la constante y última voluntad del testador, respecto no poder probarse ni saberse, á causa de que al tiempo de publicarse puede mudar, quitar, añadir y alterar lo que le parezca como varias veces sucede (3); lo tercero, porque aunque esté extendido, puede contener algunas cosas diversas de las que el testador quiso ó quiera cuando lo otorga; y lo cuarto, porque no hay perfeccion de voluntad, si esta no se halla explicada del modo que la ley ordena y apetece. La cuarta, *por incapacidad del heredero instituido*; v. gr. cuando estaba muerto natural ó civilmente, ó por otro motivo se hallaba imposibilitado, inhabil é incapaz de percibir la herencia. En este caso aunque por caducar la institucion, se rompia en todo el testamento segun derecho comun, y no valian los legados ni fideicomisos (4), lo mismo que en el que carecia de institucion (5), no sucede asi por el nuestro que lo ha corregido en esta parte (6); y asi aunque el testador no nombre heredero, ó este por su incapacidad y prohibicion legal no lo sea, valdrán los legados, fideicomisos, tutelas y todo lo demas que el testamento contenga, siendo arreglado á derecho, si á su otorgamiento interviene la solemnidad de testigos que legalmente se requiere y el testador está capaz para testar, y no de otra suerte, rompiéndose y anulándose solamente en cuanto á la institucion (*). La quinta, *por pretericion ó exheredacion*, que es cuando el testador deja de nombrar por su heredero á un hijo ó descendiente legítimo suyo, ó le exhereda sin causa legal, en cuyos casos, sin embargo de que por derecho comun antiquísimo tampoco valian los legados ni fideicomisos, hoy son válidos, é igualmente lo es la mejora de tercio y quinto, y cuanto incluya el testamento, si consta de la solemnidad referida (**).

1 Leyes 103. tit. 18. Part. 3. ibi; *Debe ser leído, y fecho ante siete testigos...* y 23 tit. 1 Part. 6.

2 Ley 4. tit. 23. lib. 10. Nov. Rec.

3 Com. ibi, num. 18 y 19.

4 Ley 3. et. per tot. tit. 4. de his, qui pro non scriptis habent, ley 1. Cod. de hæredib. instituend. y ley uníc. §. Et cum triplaci: §. In primis; y §. Pro secundo; Cod. de caduc. tollend.

5 Ley fin. §. Illud. Cod. de codicil. ley 1. ff. de jure codicillar. y ley cohæredi. §. Cum filie; ff. de vulgar. et pupillar. substitutum.

6 Ley 1. tit. 18. lib. 10. Nov. Rec. y en ella Matienz. glos. 14. num. 81.

* En virtud de la ley 1. tit. 18. lib. 10. Nov. Rec. si fuese instituido heredero un incapaz, como dice el autor, valdrán las mandas y demas disposiciones del testamento. Para la debida inteligencia de dicha ley debe leerse la única tit. 10 de los testamentos del ordenamiento de Alcalá, pues no se recopiló entera segun se halla en él.

** Si el testador no hizo mencion de algun hijo, por ignorar que lo tenia, ó que su muger estuviese en cinta, no solo se

Solo se irrita en lo concerniente á la institucion (1); y si contiene la cláusula codicilar surtirá los efectos que explicaré cuando trate de ella. Por manera que segun nuestro derecho, aunque el testador no haya instituido heredero, no se debe decir que murió intestado, por ser visto estar llamados á su herencia por la ley los que abintestato deben heredarle, como se prueba por las palabras de la ley 1. tit. 13. lib. 10. Nov. Rec. (2). La sexta, *por falta de adición ó admision de la herencia*, que es cuando el heredero instituido no quiere aceptarla, ó la repudia expresamente. La séptima causa porque se puede anular el testamento es *por la arrogacion ó legitimacion*: del heredero del testador. Y la octava es *por falta de publicacion del testamento*: la cual se hace de dos maneras: una despues de la muerte del testador cuando el testamento se formalizó en escritura, memoria ó cédula privada ante el competente número de testigos, ó verbalmente sin ella ante estos; y la otra estando vivo, á la que llaman vulgarmete *otorgamiento*, y consiste en que esten expresos el pueblo, dia, mes y año en que se otorgó, y los testigos por sus nombres y apellidos, con todas las solemnidades de que se ha hablado.

romperán ó anulará el testamento en cuanto á la institucion de heredero, sino tambien en cuanto á las mejoras de tercio y quinto, mandas y sustitucion pupilar, dice Gomez en la ley 24 de Toro, num. 3. porque la disposicion de esta ley solo debe tener lugar cuando el padre con cierta ciencia omite ó deshereda algun hijo, pero no cuando procede con ignorancia. Infiérese, segun parece, de esta doctrina, que anuladas las mejoras, los demas hijos no mejorados podran percibir á beneficio del derecho del omitido, mas de lo que su padre les dejó, al paso que el mejorado no solo quedará sin aquella porcion de bienes de las mejoras, sino de la que perciban los demas hijos no mejorados. De esta manera

puede decirse que se destruye todo el testamento, y se sucede abintestato. Yo, aun estando por esta opinion, salvaria el derecho del hijo omitido, y en lo demas observaria el testamento y quedaria en su vigor la letra de dicha ley 24 de Toro. Entiendo tambien la doctrina de Gomez, cuando el padre murió sin saber que tenia otro hijo, ó que dejaba su muger preñada; pero no cuando lo ignoraba al tiempo de hacer testamento, y sabiéndolo despues no lo revocó. *Febrero adicinado.*

1 Ley 24 de Toro, que es la 8. tit. 6. lib. 10. Nov. Rec.

2 Matienz. en dicha ley 1. glos. 16. num. 47. y glos. 14. num. 7.