

tos ó fuera de ellos, á menos que obtengan licencia para ello, en cuyo caso pueden testar del quinto ¹ (*).

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 Constantiense 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 ², 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 ³.

28. Los clérigos seculares pueden testar de sus bienes *patrimoniales, cuasi 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 ⁴, 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.

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 ⁵. Pero pueden testar de los patrimoniales, ó adventicios en la forma que quisieren ⁶. 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 (**).

¹ 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 Maestro de la orden de San Juan por lo relativo á los dominios de España.

² Gom. ley 5 de Toro, num. 15. — ³ Perez in tit. *Qui testamentum facere poss.* num. 14. — ⁴ Ley 12, tit. 20, lib. 10, Nov. Rec. — ⁵ Ley fin., tit. 21, Part. 1. — ⁶ Leyes 2 y 3, tit. 21, Part. 1.

(**) En el artículo 8 del último concordato se obligó 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*.

30. Los peregrinos y romeros tienen facultad de testar como quisieren ¹; 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 ².

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 y 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 Leyes 50, tit. 1, Part. 6, y 2, tit. 50, lib. 1, Nov. Rec. — ² Leyes 51, tit. 1, Part. 6, y 3, tit. 50, 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 tendrán presentes las juiciosas observaciones del 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 prescritas 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 viagero lo hace y envia válido á su pais con arreglo 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,

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 recopilada¹. Pero si los hijos de familia fallecieren en pais extranjero se procederá en órden 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 pueden testar aun cuando sean hijos de familia, igual facultad gozarán los españoles que tengan la misma calidad; mas esto solo se entiende de los bienes que allí 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 testador, 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 testigo².

34. Para que el testamento solemne se considere tal y produzca todos sus efectos, son precisas cuatro cosas. 1ª Que el testador tenga capacidad natural y legal de testar al tiempo de otorgarle, y voluntad libre para disponer de sus bienes³. Si perdiese esta

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 calidad de ciudadano. Permaneciendo el extranjero ciudadano de su patria, siempre está ligado por estas últimas 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 testa y muere 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. Así 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. 20, lib. 10, Nov. Rec. — ² Ley 5, tit. 1, Part. 6. — ³ Ley 15, tit. 1, Part. 6.

capacidad, ó se inhabilitase por alguna de las causas que expresa el derecho, no tendrá fuerza el testamento á menos que rehabilitado el testador lo confirme de nuevo. 2ª Que nombre heredero hábil 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 órden 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 caso¹. 3ª Que conste de las solemnidades prescritas por la ley como forma sustancial² y que quedan expresadas, pues sin su observancia todo es nulo. 4ª 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 este³. Estas cuatro cosas constituyen la perfeccion legal del testamento y su validez perpetua é indestructible.

35. Ademas 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, etc. En órden á sepultura dispondrá el heredero ó los 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 ellas⁴. 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

¹ Ley 1, tit. 18, lib. 10, Nov. Rec. — ² Matienz. en la ley 1, tit. 4, lib. 5, Rec.; glos. 4 y 14, ley 2, tit. 18, lib. 10, Nov. Rec. — ³ Ley 1, tit. 18, lib. 10, Nov. Rec.; Matienz. en ella, l. 14, num. 2, y sig. — ⁴ Cor. l. 1, ses. 22, cap. 8, de reformatione.

aunque lo hubiese, pues uno y otro deben cumplirse en cuanto no esté el primero en contradicción con el último, en cuyo caso se ha de observar este. Si en ambos hay institución 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 vinculos, memorias, capellanías, patronatos, agregación de bienes á los mismos, mejoras, declaraciones, consignaciones, sustitución de herederos y legatarios, nombramiento de tutores con relevación 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 también 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 quiera¹, á cuya disposición 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 formación 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 correspondientes 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, pródigo declarado, loco furioso ó mentecato, ó tiene otra prohibición de las que dejo explicadas; pues concurriendo en él alguno de 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 prohibición 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 él²; lo cual no sucedía por derecho comun

¹ Leyes 1, tit. 1, 16 y 19, tit. 5, Part. 6. — ² Ley 5 de Toro, que es la 4, tit. 18, lib. 10, Nov. Rec.

ni por el de las Partidas, pues estando bajo de la patria potestad le prohibían testar y hacer codicilos¹. 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 consanguíneo, no siéndolo realmente; en cuyos casos y otros semejantes no vale la institución, porque falta la voluntad y consentimiento del mismo testador, por haber errado en la causa eficiente y final, que es la institución de heredero²; pero los legados y fideicomisos que el testamento contenga serán válidos, respecto presumirse no haber padecido error en ellos³; 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 razón de su voluntad, por falta de solemnidad de testigos, ó por no haberse hecho publicación de él. Se dice imperfecto por razón 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 así lo otorga*; ó cuando á su publicación no interviene el número de testigos prescritos por la ley; en cuyos casos serán nulos el testamento, los legados, los fideicomisos, y demas disposiciones que contenga⁴: lo primero, porque su lectura ó publicación ante los testigos es sustancial⁵, y del todo necesaria en cualquier instrumento para que se estime válido⁶; lo segundo, porque antes de su publicación 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 sucede⁷; 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

¹ Ley 15, tit. 5, Part. 6. — ² Ley 12, tit. 5, Part. 6. — ³ Gom. en la 24 de Toro, num. 1, vers. *Decimo et finaliter*; Matienz. en la 8, tit. 6, lib. 5, Rec., glos. 1, num. 5. — ⁴ Gom. en la 5 de Toro, num. 107; Florez de Mena, lib. 1, Var. quast. 1, num. 58 al 42. — ⁵ Leyes 105, tit. 18, Part. 5, ibi: *Debe ser leído y fecho ante siete testigos*, y 25, tit. 1, Part. 6. — ⁶ Ley 1, tit. 25, lib. 10, Nov. Rec. — ⁷ Gom. ibi, num. 18 y 19.

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, inhábil é incapaz de percibir la herencia. En este caso aunque por caducar la institucion, se rompía en todo el testamento segun derecho comun, y no valian los legados ni fideicomisos ¹, lo mismo que en el que carecia de institucion ², no sucede asi por el nuestro que lo ha corregido en esta parte ³; 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 legitimo 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 (**). Solo se irrita en lo concerniente á la institu-

¹ Ley 5, et per tot. tit. 4, de his qui pro non scriptis habent. ley 1, Cod. de hæredib. instituend. y ley únic., § Et cum triplici, § In primo, y § Pro secundo, Cod. de caduc. tollend. — ² Ley fin., § Illud, Cod. de codicil., ley 1, ff. de jure codicillar., y ley cohæredi, § Cum filie, ff. de vulgar. et pupillar. substitution. — ³ Ley 1, tit. 18, lib. 40, Nov. Rec.; y en ella Matienz. glos. 14, num. 81.

(*) En virtud de la ley 1, tit. 18, lib. 40, 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 romperá 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 podrán 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

cion⁴; 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. 18, lib. 40, Nov. Rec.⁵. La sexta, *por falta de adicion 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 la 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 vulgarmente *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.

CAPITULO II.

DE LOS HEREDEROS EN GENERAL.

Importancia legal de la institucion de heredero. — ¿Qué se entiende por heredero, y quiénes pueden serlo? — La institucion de heredero debe hacerse en testamento y no en codicilo. — En su institucion debe explicarse el testador claramente. — Pero no es precisa la institucion nominal ni se refiere á codicilo. — El testador puede instituir heredero simple y condicionalmente. — Hay condiciones que invalidan la institucion. — Nueva division de las condiciones. — La institucion á dia cierto es válida. — El heredero que se apodera de la herencia sin auto-

demas observaria el testamento, y quedaria en su vigor la letra de dicha ley 21 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*.

⁴ Ley 24 de Toro, que es la 8, tit. 6, lib. 40, Nov. Rec. — ⁵ Matienz. en dicha ley 1, glos. 16, num. 47, y glos. 14, num. 7.