

galmente concedido para su admision, si el coheredero antes ó despues de la muerte del otro repudia la suya, ó por otro motivo falta, se acrece á los herederos del muerto. Lo primero, porque las razones inductivas del derecho de acrecer expresadas en el párrafo 13, versan y tienen lugar en este caso para que el testador no muera en parte testado y en parte intestado; lo segundo, porque este derecho tiene su tendencia á la parte admitida y á su cualidad; y así la defectuosa la sigue, y se le acrece, consolidándose entrambas y constituyéndose de igual naturaleza; y lo tercero, porque cuando la porcion ó lucro se defiere inmediatamente á alguno por la ley, se trasfiere á sus herederos, aunque no la haya aceptado ⁴.

CAPITULO XIII.

DE LOS DESHEREDAMIENTOS.

¿Qué es desheredar? — Causas que autorizan la desheredacion de los hijos: poner manos airadas en sus padres, maquinarse contra su vida, ó acusarlos de crimen capital. — Infamarlos, abusar de su madrastra ó de la manceba pública de su padre, usar de hechicerías. — No dar fianzas por el padre preso, impedirle testar ó hacer legados. — Hacerse juglar por dinero no siendo su padre, ó lidiar con hombre ó fiera contra su voluntad. Otro caso relativo á la desheredacion de la hija. — No recoger ni alimentar al ascendiente loco. — No redimirle de cautiverio ó andar omiso en procurarlo. — Volverse judío, moro ó herege. Doctrina legal sobre el clérigo herege. — Para la desheredacion han de probar la causa el desheredante ó su heredero. Si consiente en aquella el desheredado no puede reclamar. — Causas porque pueden ser desheredados los ascendientes. — Causas porque se pierde la herencia sin desheredamiento. — De la desheredacion de los hermanos del testador.

1. DESPUES de hablar de los que deben ser instituidos herederos, trataremos de las causas porque pueden ser desposeidos de la herencia, aun despues de haber entrado en ella. Desheredar á un individuo es privarle del derecho que tenia de heredar á alguno de sus ascendientes ó descendientes legitimos; de lo cual aparece

⁴ Gom. ibi, num. 33; Gutierr. in leg. unic. Cod. *Quando non potentium partes.*

que con respecto á los herederos extraños no puede haber desheredacion. Esta debe hacerse nombrando el testador al desheredado por su nombre y apellido, ó con otras palabras que no dejen duda de la persona que quiere designar ¹, siendo ademas indispensable que sea total y absoluta, pues si mediere condicion, ó fuere solo de una porcion de la herencia será nula, por el antiguo principio de que ninguno puede ser en parte heredado y en parte desheredado ² (*).

2. Por varias causas pueden los padres desheredar á sus hijos, á saber: por poner en ellos las manos airadas para prenderlos ó herirlos, por maquinarse contra su vida por cualquier medio que fuere, por causarles grave daño en su hacienda, y por acusarlos del crimen que merezca pena de muerte ó destierro. Exceptuase el caso en que el crimen sea de lesa Magestad, y lo justifique el acusador ³.

3. Por infamarlos en términos que quede menoscabada su reputacion, por tener acceso carnal con su madrastra ó con otra muger que su padre tuviere paladinamente por amiga, por ser hechiceros ó encantadores ó vivir con los que lo fueren ⁴.

4. Por resistirse á fiar en cuanto pudieren á su padre preso por deudas; lo que no se entiende con las mugeres, estándoles, como les está, prohibido el ser fiadoras; por impedirle que haga testamento, ó bien que deje á otro algun legado, en cuyo caso podrá acusarle el legatario, y probado el delito, perderá el primero su herencia, y será del Rey. El legatario percibirá el legado, como si realmente hubiera estado expreso en el testamento, así que pruebe la violencia que se hizo al testador, y voluntad que tenia de mandarle el legado ⁵.

5. Por lidiar por dinero con hombre ó bestia contra la voluntad de su padre: ó hacerse juglar, no siéndolo este; por resistirse (siendo hija) á casarse en conformidad con la voluntad de su padre, á pesar de dotarla segun sus posibles y su clase, si despues se hace ramera; pero si no repugna el casamiento, y por diferirlo su padre hasta pasar de los veinticinco años, se hace despues ramera, ó se casa contra su voluntad, no podrá desheredarla. Por la ley 9, tit. 2, lib. 10, Nov. Rec. se impusieron varias penas

¹ Ley 3, tit. 7, Part. 6. — ² Ley 3 al fin, tit. 7, Part. 6.

(*) El reformador de Febrero opina que estando modificada por nuestras leyes la referida máxima, no hay ninguna imposibilidad en que la exheredacion pueda ser parcial; pero por plausibles que sean sus razones, nuestros jurisconsultos de mayor crédito estan conformes en la doctrina del autor.

³ Ley 4, tit. 7, Part. 6. — ⁴ Ley 4, tit. 7, Part. 6. — ⁵ Ley 4, tit. 7, Part. 6.

á los hijos que se casaren contra la voluntad de sus padres, reputando este exceso por justa causa de desheredacion, quedando ademas privados los contrayentes y sus hijos de todos los efectos civiles, como el derecho de pedir dote ó legitima, suceder como herederos forzosos así en los bienes libres como en las vinculaciones y patronatos. Posteriormente se publicó la pragmática sancion de 28 de abril de 1803, que queda referida en el capítulo del matrimonio; pero como nada habla de penas á los contraventores, se supone que dejó en pie las impuestas por la ley antecedente.

6. Por no recoger y alimentar al ascendiente que perdió el juicio y anda vagando, y por no querer encargarse de su cuidado, cuando un extraño que le ha recogido por caridad, le ruega que lo haga, y él no quiere hacerlo. En este último caso, si el ascendiente muere intestado, debe llevar el extraño todos sus bienes, perdiéndolos el descendiente, quedando nulo el testamento anterior hecho antes de la demencia, en que dejaba á este por heredero, y valiendo únicamente las mandas que contenga ¹.

7. Por no redimir á su ascendiente cautivo, ó ser descuidado en proporcionar, pudiendo, su redención. En este caso puede desheredarle en su testamento hecho despues del cautiverio, y si muere en él intestado, se apoderará de sus bienes el obispo de su diócesis, inventariándolos y distribuyendo su producto en la redencion de cautivos. Si antes de ser cautivo el ascendiente dejó otorgado testamento, en que nombraba heredero al descendiente que despues rehusó rescatarle, será nula la institucion y válidas las demas disposiciones. Mas para incurrir el heredero en esta pena ha de ser mayor de diez y ocho años; sin que le sirva de disculpa que el cautivo no le hubiese autorizado para disponer de sus bienes á fin de rescatarle, porque esta es accion y obligacion que tiene por derecho ². Los demas parientes del cautivo estan sujetos á la misma pena.

8. Por volverse judío el descendiente cristiano, ó bien moro ó herege, siendo su ascendiente católico; pero no podrá desheredar el ascendiente que profese alguna secta al descendiente católico, por la sola razon de serlo. Si tuviese el ascendiente varios hijos, de los cuales unos fueren católicos y otros no, heredarán estos únicamente, debiendo entregar á los otros su legitima en el solo caso de convertirse á nuestra santa fe, pero reteniendo

¹ Ley 5, tit. 7, Part. 6. — ² Ley 6, tit. 7, Part. 6.

como propios los productos de la misma. Si alguno fuere clérigo y herege, siendo tambien hereges todos sus parientes por línea recta y trasversal hasta el décimo grado, heredará la iglesia sus bienes, con tal que los demande dentro del año siguiente al dia en que se hizo tal declaracion. Pero si aquel fuere lego, ó dejare la iglesia pasar el año sin pedir sus bienes, los heredará el Rey ⁴ (*).

9. Para que valga el desheredamiento de los descendientes, no solo han de expresar sus ascendientes las causas, sino probarlas los mismos ó bien el heredero que instituyeren; pues de otro modo no es válido ⁵. Pero si el desheredado consiente en la desheredacion en cualquier manera, no puede reclamar despues ni tiene accion á ser oido en juicio sobre este asunto ⁵. Si el testamento en que hay desheredacion es revocado por el testador, ó se rescinde y anula por cualquiera causa, es nula tambien la desheredacion en él contenida ⁴. Para ser desheredado es necesario ademas tener por lo menos diez años y medio de edad; por lo mismo nunca puede serlo el póstumo ⁵.

10. Tambien pueden los descendientes desheredar á sus ascendientes legitimos por las siguientes causas: 1^a por acusarlos de delito que los exponga á muerte ó mutilacion, excepto que sea de lesa Magestad; 2^a por maquinari su muerte en cualquiera forma; 3^a por acceso carnal con su muger ó su amiga; 4^a por impedirles disponer de sus bienes segun derecho; 5^a por maquinari su padre la muerte de su madre, ó esta la de aquel; 6^a por no proporcionar alimentos á su descendiente loco ó desmemoriado; 7^a por no redimirlos de cautiverio, pudiendo, en la forma misma que se dijo del descendiente; 8^a cuando el ascendiente es herege y el descendiente católico ⁶. Estas causas, y no mas, probadas legalmente, son las que reconoce el derecho por suficientes para la desheredacion de los padres y abuelos ⁷.

11. Aun cuando no intervenga desheredacion, hay varias causas por las cuales se pierde tambien la herencia. 1^a Cuando el testador ha sido muerto por obra ó consejo de alguno de los com-

⁴ Ley 7, tit. 7, Part. 6.

(*) Aunque la pragmática sancion de 25 de marzo de 1776, en que se impuso entre otras la pena de exheredacion á los hijos que se casasen sin licencia de sus padres, fue en parte derogada por otra de 28 de abril de 1803, nada declara en orden á penas á los contraventores, de lo cual se deduce que subsisten las de la primera. Sin embargo se reservó á los hijos el derecho de pedir las causas en juicio sumario, y el juez debe decidir si son ó no justas. *Febrero adicionado.*

² Leyes 8 y 10, tit. 7, Part. 6; Gom. lib. 1, Var. cap. 11, num. 15. — ³ Ley 6, tit. 8, Part. 6; Greg. Lop. en ella, glos. 2. — ⁴ Ley 2, tit. 7, Part. 6. — ⁵ Ley 2, tit. 7, Part. 6. — ⁶ Ley 11, tit. 7, Part. 6. — ⁷ Ley 8, tit. 7, Part. 6.

pañeros del heredero, y este sabiéndolo entra en la herencia antes de quejarse judicialmente del agresor; pero si le mataron gentes extrañas, no perderá la herencia aunque entre en ella antes de querrellarse, con tal que lo verifique dentro de cinco años después de ocurrida la muerte: en cualquiera de los dos casos pasa la herencia al Rey. 2ª Si abre el testamento antes de acusar á los que mataron al testador, estando cierto de conocerlos: mas si no tiene certeza de que sean ellos los que cometieron el delito, ó aunque la tenga, si es hombre rústico, en quien debe suponerse ignorancia del derecho, no la perderá por dicha causa. 3ª Si el testador ha muerto por obra, culpa ó consejo de su heredero. 4ª. Por haber tenido este acceso con la muger de aquel. 5ª Si el hijo dice de falsedad del testamento en que es instituido, y por sentencia final resulta ser legitimo, y lo mismo sucederá si fuere personero ó abogado en la instancia que se fallare del modo referido, á menos que lo haga por precepto del Rey, ó como curador de algun huérfano. 6ª Si á ruego ó mandato del testador entrega la herencia á un incapaz de heredar sabiendo que lo es. En todos los casos enunciados pasará al Rey la herencia, y si versaren respecto del legatario perderá este su legado¹.

12. Como los hermanos no son herederos forzosos, no es menester causa alguna para que sean desheredados; pero hay caso en que tienen derecho á la herencia, que es cuando el hermano testador instituye por heredero á un hombre de mala vida, ó que sea legalmente infamado. En este caso podrán los hermanos anular el testamento y tomar la herencia, si el testador no ha desheredado á alguno de ellos por las tres causas que expresa la ley 12, tit. 7, de la Part. 6, segun se dijo en el capítulo de los herederos extraños.

¹ Leyes 15, tit. 7, Part. 6, y 11, tit. 20, lib. 10, Nov. Rec.; Greg. Lop. en dicha ley 15.

CAPITULO XIV.

DE LOS QUE TIENEN PROHIBICION DE HEREDAR.

No pueden heredar los deportados, condenados perpetuamente á las minas, etc. — Los traidores, sus cómplices, y los hijos varones de los primeros. — Los religiosos de San Francisco, el que no ayudó á su señor pudiendo, el confesor del testador, y otros. Entre los imposibilitados de heredar, unos se llaman indignos y otros incapaces.

1. No deben heredar ni ser instituidos por herederos los desterrados para siempre, que llaman *deportados*: los condenados á servir perpetuamente en las minas ó labores del Rey; aunque muchos con Antonio Gomez juzgan que pueden ser instituidos herederos, y heredar abintestato, á menos que en la sentencia se les prive de esta capacidad, á pesar de las leyes de Partida que solo les permiten ser legatarios: el herege declarado por tal en juicio: el que con cierta ciencia se hace bautizar dos veces: los cristianos que apostatan de nuestra santa religion: la cofradía ó ayuntamiento erigidos contra derecho, ó contra la Real voluntad: el nacido de dañado ayuntamiento, que es de parientes dentro del cuarto grado, sabiendo sus padres el impedimento; ó de clérigo ordenado de orden sacro, fraile ó monja profesos, ó de muger casada con otro¹.

2. Tampoco deben serlo el traidor declarado ni sus hijos varones, y estos no solo estan privados de heredar á sus padres, sino á cualquiera otro pariente ó extraño, y de ser legatarios; pero las hijas pueden heredar la cuarta parte de los bienes de sus padres² (*). En la misma pena incurren los que dan consejo ó ayudan á hacer la traicion: los bienes de todos estos recaen en

¹ Leyes 4, tit. 5, Part. 6, y 4 y 5, tit. 20, lib. 10, Nov. Rec. — ² Leyes 1, tit. 2, Part. 7, y 1 y 2, tit. 7, lib. 12, Nov. Rec.

(*) En las precedentes ediciones de Febrero, dice *de sus madres*; pero la ley 2, tit. 2, Part. 7, (edición de la Academia de la Historia) dice terminantemente: *pero las hijas de los traidores bien pueden heredar hasta la cuarta parte de los bienes de sus padres*: sobre cuyo punto nada hablan las leyes 1, 2 y 5, tit. 7, lib. 12, Nov. Rec., que igualmente se citan en algunas ediciones del autor.

el fisco, excepto que toquen á tercero, v. g. muger ú otro acreedor; y sus hijos quedan infamados para siempre¹.

3. Los religiosos de San Francisco, así de observancia como de reforma, y sus conventos no pueden ser herederos²: sobre lo cual véase el capítulo 26, párrafo 23: asimismo no puede serlo el que vió herir, matar ó cautivar á su señor, y no lo socorrió pudiendo, ni tampoco el alevoso³. El confesor que asiste al testador en su última enfermedad no puede heredarle ni haber manda, fideicomiso ni otra cosa suya, ni su iglesia, convento ni deudo, ni vale lo que estando en la enfermedad les deja; y el escribano que autoriza semejante disposicion incurre por la primera vez en la pena de doscientos ducados y suspension de oficio por dos años, y por la segunda en doble multa y privacion de oficio, y cada uno de los testigos instrumentales en la de veinte ducados⁴. A los eclesiásticos é iglesias está prohibido adquirir bienes raices por testamento, compra ó en otra manera, sin licencia del Rey, ó retener sin ella los que llegaren á sus manos por testamentos, aniversarios y capellanías⁵; pero esto no está en observancia. Infiérese de todo lo dicho, que de los que tienen prohibicion de heredar, unos se llaman *incapaces* y otros *indignos*. Los indignos son aquellos que aunque por derecho no se les prohíbe ser instituidos, se les quita la herencia y se aplica al fisco ó á los parientes ab intestato, como son los nacidos de dañado ayuntamiento. Y de los incapaces, unos lo son absolutos, y otros limitada ó respectivamente: los que lo son absolutamente, son los que tienen prohibicion de testar por delito que cometieron; y los otros, los que en ciertos casos no pueden ser instituidos⁶.

¹ Dichas leyes citadas. — ² Clementin. *Exivi*, vers. *Quia igitur, de verbor. significat.* Concil. Trid. sess. 25, cap. 5, de *regularib.* — ³ Ley 11, tit. 5, lib. 5, del Fuero Real. — ⁴ Ley 15, tit. 20, lib. 10, Nov. Rec. y nota 1 de la ley 16, dicho tit. — ⁵ Auto 2, tit. 10, lib. 5, Rec. — ⁶ Murillo, lib. 5, tit. 26, de *testam.* num. 244.

CAPITULO XV.

DE LA REVOCACION DEL TESTAMENTO.

De las causas porque el testamento se desata ó invalida. — Se revoca por testamento posterior. — Hay casos en que vale el primero: y cuáles sean éstos? — ¿En qué términos debe expresarse la revocacion para evitar toda duda? — No debe el escribano insertar la cláusula revocatoria sin enterar de sus defectos al testador.

1. EL testamento puede revocarse ó desatarse. *Se revoca* cuando el testador manda en otro testamento perfecto y posterior que no valga el precedente. *Se desata* por varias causas, á saber: cuando no instituye heredero; cuando despues del testamento ó de la muerte del testador, le sobreviene algun hijo; por decaer del estado que antes tenia; y otras que expresan las leyes 18, 19, 20, 21 y 22, tit. 4, Part. 6. La mudanza de estado de que hablan es lo que se llama por derecho romano *capitis diminutio*, la cual era de tres clases, *máxima*, *media* y *minima*. El que quiera puede leer las leyes citadas, pues teniendo entre nosotros poca ó ninguna aplicacion esta doctrina, no hay para qué detenernos en ella.

2. El testamento no se invalida ni revoca por largo tiempo que haya trascurrido desde que se otorgó; pero la mudanza de voluntad del testador le autoriza para revocarle, lo cual podrá hacer cuantas veces quisiere, aun cuando se obligue á no hacerlo, pues en esto no puede imponerse á sí mismo ley alguna¹. Así deberá cumplirse el último que hiciere, pues dos testamentos perfectos no pueden subsistir. Esto no solo tiene lugar cuando una persona testa por sí sola, sino cuando testan dos de conformidad, como marido y muger, pudiendo el que sobrevive revocar su testamento, lo mismo que si hubiere testado solo². Si en el que otorgaron de conformidad marido y muger se nombran mutuamente usufructuarios, instituyendo á otro por heredero de los bienes de entrambos, y muerto uno de los cónyuges re-

¹ Ley 25, tit. 4, Part. 6; Com. en la ley 5 de Toro, num. 89. — ² Burg. de Paz, cons. 2; Ferrar. ibi, num. 8.

voca el viudo su testamento instituyendo nuevo heredero, estará obligado á devolver al que heredó los bienes del cónyuge difunto el usufructo que de ellos tenga percibido.

3. Mas aunque lo general es que el testamento posterior revoca el anterior, hay dos casos en que este prevalece. El uno, cuando se otorga el segundo por creer el testador que el heredero instituido en el primero ha fallecido, expresando que su creencia es la que le impele á otorgar aquel; pues la herencia será del primer heredero si realmente vive, y solo valdrán del testamento último las mandas y demas disposiciones que contenga ⁴. El otro caso es cuando el primer testamento tiene cláusulas derogatorias generales ó particulares, de que no se hace mencion en el segundo. Las generales son estas, por ejemplo: *quiero que este testamento sea válido, y no otro que antes tenga hecho ni el que haga despues de él, pues los revoco y anulo todos enteramente excepto el presente*. Las particulares son, v. gr. *quiero que este testamento, y no otro que antes ó despues haya otorgado, sea válido, excepto que el posterior á este contenga á la letra tales palabras* (las cuales deben individualizarse), *pues si las contuviere, ha de ser subsistente el último, y no este ni los precedentes*. Con esta prevencion será ineficaz el último, si carece de las palabras, á menos que en él instituya herederos legítimos, y en el primero un extraño, como se prueba de la ley 22, tit. 1, Part. 6, que en su segunda parte dice: « la otra es cuando el testador dice así: este mio testamento que ahora fago, quiero que vala para siempre, é non quiero que vala otro testamento, que fuese fallado que oviese fecho ante de este nin despues. Cá si acaeciese que este á tal mudase su voluntad, é ficiese otro testamento, non quebrantaria por ende el otro que oviese ante fecho. »

4. Pero como estas disposiciones se presumen cautelosas, y de ellas resultan infaustas consecuencias, se duda si la revocacion regular del último testamento es suficiente para anular los precedentes que contengan cláusulas derogatorias, porque muchas personas por miedo, reverencia y eficaz persuasion y suggestion hacen testamento con ellas, instituyendo por sus herederos á los que no quieren que lo sean. Y para que no haya necesidad de especificar las palabras del primer testamento, á fin de que quede revocado, evitar toda duda, y que el testador pueda testar libremente, y explayar su voluntad á satisfaccion, se ordenará

⁴ Ley 24, tit. 1, Part. 6.

la revocacion en estos términos: « y por el presente revoco y anulo todos los testamentos y demas disposiciones testamentarias que antes de ahora haya otorgado por escrito, de palabra ó en otra forma, para que ninguna valga, aunque haya sido formalizada con solemne juramento de no ser revocada, y contenga los mayores vinculos, firmezas, penas, palabras, oraciones y cláusulas derogatorias por derecho permitidas, y cualesquier pretextos y fundamentos para derogar esta (de todo lo cual, por no acordarme ni de su solemnidad y particularidades, no hago especifica mencion, pero lo doy aquí por inserto, como si literalmente lo fuera), ni haga fe judicial ni extrajudicialmente, excepto este testamento, que por ser ordenado con pleno uso de mi libre albedrio, y no los demas, como lo juro en solemne forma legal, quiero y mando que se estime y tenga por tal, y por mi última deliberada voluntad en la via y forma que para su mayor estabilidad y validacion mejor haya lugar en derecho. En cuyo testimonio así lo otorgo ante el presente escribano en esta villa de, etc. »

5. Con esta cláusula me persuado quedará revocado el primero, aunque contenga juramento de no serlo y cláusulas ó palabras derogatorias que no se inserten en el último; pues sin embargo de que la referida ley 22 no dice expresamente que queda revocado aunque no se haga especifica mencion de las palabras, tampoco previene que se inserten: como se reconoce de su contexto: « fueras ende si el testador dijese en el postrimero testamento señaladamente que revocaba el otro, é que non tuviese daño á aquel testamento que agora facia, las palabras que dijera en el primero. » Véase á Ferraris *Bibliothec. verb. Testamentum*, artic. 7, y á los que cita. Se previene al escribano que para ordenar el testamento con dichas cláusulas debe instruir previamente al testador de sus efectos, y ponerlas de su orden y no *de motu proprio*, pues de lo contrario será responsable en el fuero interno de los perjuicios que se causen á los verdaderos interesados. En cuanto á si el testamento que un enfermo otorgue con esta cláusula: *si fallezco de esta enfermedad instituyo á Fulano por mi heredero*, será subsistente en el caso en que convalézca, véase á Gomez en la ley 3 de Toro, número final.

CAPITULO XVI.

DEL PODER PARA TESTAR.

¿Qué es poder para testar? — ¿Quiénes pueden darle? — Si el apoderado no testa, el causante muere intestado — El comisario debe ceñirse á las facultades que le confiera el testador. — Sin embargo puede mejorar y sustituir á personas inciertas entre ciertas. — No es delegable el poder para testar. — Si el testador no nombra heredero, ¿qué puede hacer el comisario? — Hecho una vez el testamento el comisario no puede alterarle. — Puede darse poder para concluir un testamento empezado. — El comisario debe concluir su comision en término perentorio. — Puede el testador conceder próroga del término legal. — Siendo varios los apoderados se hará lo que disponga la mayoría de ellos. — El poder para testar requiere las mismas solemnidades que el testamento nuncupativo.

1. EL poder para testar es un acto, por el cual da comision el testador á alguna persona para ordenar y declarar su voluntad última, y disponer á su arbitrio de sus bienes. El comisario (pues así se llama la persona apoderada) puede tambien obtener del testador la facultad de llevar á ejecucion sus disposiciones testamentarias, y en este caso será *comisario y executor testamentario* al mismo tiempo¹. Confieren poder para testar los que no quieren ó no pueden disponer circunstanciadamente de sus cosas, y lo hacen así por no morir intestados.

2. Todo el que tiene facultad de testar puede dar dicho poder á cualquier individuo, varon ó hembra, que no tenga imposibilidad de ser apoderado de otro, á fin de que en su nombre ordene su testamento con arreglo á las prevenciones que allí se expresen ó le tenga comunicadas².

3. Como el poder no es testamento, ni por tal se estima, si el comisario muere sin haberle otorgado, el poderdante habrá muerto abintestato, y le heredarán aquellos á quienes en este concepto corresponda. Lo mismo sucederá si dos sujetos se han dado poder mutuamente para testar el uno por el otro, y muere

¹ Carpio de *executorib.* lib. 1, cap. 1, num. 44. — ² Ley 6, tit. 5, lib. 5 del Fuero Real.

en tal estado cualquiera de los dos. La herencia del muerto no se hará abintestato, si usando del poder testa en su nombre el que queda vivo; pero este morirá intestado si no hace nueva disposicion.

4. El comisario y apoderado debe ceñirse á las expresas facultades que el testador le ha conferido, y así no puede hacer legados, fundaciones, mejoras, sustituciones, desheredamientos ni demas, sin que le conceda en el poder facultad especifica é individual para cada una de estas cosas. Respecto de las personas, tampoco podrá nombrar por sí la del heredero ó herederos, aun cuando exprese el poderdante, que puede instituir á quien le parezca, pues esta designacion la debe hacer por sí mismo el testador, como se dijo hablando de la institucion directa en el capitulo 2 de este título¹.

5. Pero respecto de otras personas, como las mejoradas, desheredadas, sustituidas, puede el comisario nombrar á quien guste entre las designadas colectivamente por el testador, pues no se requiere en este caso la designacion directa; y esto es lo que se llama *designacion genérica*, ó bien *nombrar persona incierta de ciertas*. Así podrá decirle que entre sus hijos mejore al que tenga por conveniente, ó que entre sus deudos elija por tutor de su pupilo al que juzgare mas á propósito para ello².

6. No puede el apoderado delegar su comision en otro, si el testador no lo expresa en el poder, señalándole tambien personas determinadas en que elegir el delegado; pues sin este requisito no ha lugar la delegacion; y lo mismo sucede en orden á nombrar ejecutores testamentarios. Si la comision se da al que obtiene cierta dignidad, en términos que se conozca no ser por consideracion personal del sugeto que la ocupa, se trasfiere al sucesor en caso de muerte ú otro evento: como si dijese, por ejemplo, doy poder para testar en mi nombre al decano del colegio de Abogados de Madrid.

7. Si el testador muere abintestato por haber omitido en el poder la individual designacion de heredero, no podrá hacer mas el comisario que pagar sus deudas, y aplicar en bien de su alma el remanente del quinto de la herencia; pues todo lo demas se ha de repartir entre sus parientes. En caso de no tenerlos se invertirá todo el caudal á beneficio de su alma, sin que el comisario tenga facultad para darle otra aplicacion, á menos que el poderdante deje viuda, á la cual entregará la parte que le corresponda

¹ Ley 1, tit. 19, lib. 10, Nov. Rec. — ² Matienz. en la ley 5, tit. 4, lib. 5, Rec. glos. 5; Com. en la ley 51 de Toro, num. 4.

de derecho⁴. Tampoco la tiene para consignar la mejora, aun cuando en el poder genérico de testar se la conceda el testador, por estarle prohibido por la ley⁵; pero si el poder es especial para el hecho solo de mejorar á alguno de sus descendientes en cantidad determinada, creen varios autores que puede hacerlo⁶.

8. Tampoco puede revocar en lo mas mínimo el testamento que hizo el poderdante, ni el que en su nombre otorgó el mismo comisario, aunque se reservase expresamente en él la facultad de revocarlo; ni menos hacer despues ningun codicilo, añadir, quitar ni declarar el testamento otorgado: todo lo cual han prohibido las leyes con el fin de evitar fraudes⁴.

9. Cuando habiendo instituido heredero el testador en su testamento, da poder á otro para que lo concluya, no puede este disponer mas que del quinto de los bienes despues de satisfechas las cargas: y si lo hiciere no valdrá, á menos que en el poder conste semejante licencia⁵. Esta disposicion legal convence que un testamento puede empezarse en vida del testador y concluirse despues de su muerte⁶.

10. El comisariò debe despachar su comision en cuatro meses perentorios desde la muerte del testador, si reside en el mismo pueblo; seis si está fuera de él, pero dentro del reino; y un año si se encuentra en pais extranjero. Pasado este término sin haber otorgado el testamento, y practicado lo demas para que se le confirió el poder, no podrá ya usarle ni pedir término, aunque alegue que no habia llegado á su noticia la disposicion del testador, el cual se entenderá haber muerto intestado. Pero si este nombró heredero, ó dispuso específicamente otras cosas en el poder, está obligado el comisario á evacuarlo todo, y si no lo hiciere, se tendrá por hecho⁷ y será válido: de modo que pasado el término solo puede llevar á efecto las disposiciones *especificas* del poder; pero no las *genéricas*, como en el caso de hacerlo dentro de los límites referidos.

11. Como la ley de Toro fue establecida en beneficio del testador, y no prohíbe á este la prorogacion del término, puede hacerla en el poder, tanto para que ejecute sus disposiciones como albacea, cuanto para que disponga y declare lo que le tiene comunicado, otorgando su testamento, á cuyo fin renuncia todo

⁴ Ley 2, tit. 19, lib. 10, Nov. Rec. — ⁵ Ley 3, tit. 6, lib. 10, Nov. Rec. — ⁶ Tello, Castillo y Gomez, en la ley 19 de Toro. — ⁷ Leyes 4 y 5, tit. 19, lib. 10, Nov. Rec.; Matienz. en ella, glos. 3 y 4. — ⁸ Ley 6, tit. 19, lib. 10, Nov. Rec. — ⁹ Cast. lib. 4, *Controp.* cap. 40, num. 40. — ¹⁰ Ley 33 de Toro, que es la 3, tit. 19, lib. 10, Nov. Rec.

lo que ceda en su privativo beneficio⁴. De este modo podrá evitar los perjuicios que la negligencia, ocupaciones ó enfermedad del comisario, irrogarian al heredero y demas interesados, si dejase pasar el término establecido. Asi no deberá detenerse el escribano en ordenar el testamento siempre que contenga el poder cláusula prorogatoria del plazo legal, aunque esté pasado; pero si carece de ella no debe autorizarlo sino para las gestiones arriba dichas.

12. Si el testador nombra dos ó mas comisarios, y no se conforman en el modo de cumplir su voluntad, se observará lo que determine la mayor parte, y en caso de morir, no querer ó no poder alguno evacuar su comision, se refunde su derecho en los que quedan. Si la discordancia es de igual número por cada opinion deberán elegir por tercero al gobernador, corregidor ó alcalde mayor del pueblo, y en su defecto al alcalde ordinarío, decidiendo á la suerte cuál haya de ser en caso de que hubiere dos ó mas de esta última clase; y unidos los comisarios con el juez decidirán á pluralidad de votos lo que deha hacerse⁵.

13. En el otorgamiento del poder para testar ha de intervenir la misma solemnidad, número y calidad de testigos, que en el del testamento nuncupativo⁶; se ha de insertar y relacionar el poder en el testamento que en su virtud ordene para documentarlo; y el comisario declarará no estarle revocado ni limitado, y que el testador falleció sin hacer ninguna disposicion. Véase al fin la plantilla de este instrumento.

⁴ Gom. en la misma, num. 2. — ⁵ Ley 38 de Toro, que es la 7, tit. 19, lib. 10, Nov. Rec. — ⁶ Ley 39 de Toro, que es la 8, tit. 19, lib. 10, Nov. Rec.