

TITULO IV.

DE LOS TESTAMENTOS.

Tít. 4. Partida 6. y tít. 48. lib. 40. de la Nov. Rec. (1).

1. Qué es herencia, y de qué partes consta su adquisición.
2. Qué cosa sea testamento, y su division en abierto y cerrado.
3. Solemnidades que deben observarse en el testamento abierto ó nuncupativo.
4. Solemnidades del testamento cerrado ó escrito, del testamento del ciego, y de los codicilos.
5. Advertencias útiles sobre las solemnidades de los testamentos.
6. Otras divisiones de testamentos.
7. Los que no pueden ser testigos en ningun testamento.
8. Quiénes son los que solo están prohibidos de ser testigos en algunos testamentos, y de los legatarios.
9. Quiénes tienen prohibicion de testar.
10. 11. 12. 13. Se puede dar á otro poder de testar, y lo que hay que advertir sobre el comisario.
14. Qué cosas deben observarse para las aberturas de los testamentos cerrados.

4 Los modos de adquirir, de que hasta aquí hemos tratado, son singulares, esto es, destinados por su naturaleza á la adquisicion de cosas singulares ó particulares. Vamos ahora á tratar de los universales, por los cuales se adquiere de un golpe, y por un solo acto una universalidad de bienes, cual es la herencia, que no es otra cosa que *Universal patrimonio de alguno con sus cargas*. Su adquisicion consta de dos partes, delacion, y suscepcion ó admision. La delacion es el título para adquirirla, y la admision el modo; y por ello ninguno puede adquirir herencia, sin que primero se le desiera, esto es, se le deba por ser llamado á ella.

(1) Tit. 40. lib. 2. Instf.

Se desiere por testamento, y faltando este, abintestato, *princ. y l. 3. tit. 13. P. 6. (1)*.

2 Testamento, dice la ley 1. tit. 4. d. P. 6. es una de las cosas del mundo en que mas deben los homes haber cordura, cuando lo facen, por dos razones. La una porque en ellos muestran cuál es su postrimera voluntad, é la otra porque despues que los han fecho si murieren, no pueden tornar otra vez á enderezarlos: y no es otra cosa, que *Voluntad ordenada en que uno establece su heredero, ó departe lo suyo en aquella manera que quiere quede lo suyo despues de su muerte, l. 2. d. tit. 4*. Son dos sus especies. Los de la una se llaman *nuncupativos ó abiertos*, y los de la otra, *escritos ó cerrados, d. l. 4. y l. 1. y 2. tit. 18. lib. 10. de la Nov. Rec. (2)*. Cada cual requiere sus solemnidades, que copiaremos de estas leyes 1. y 2. que las establecen, variando en parte las que habian establecido las leyes 2. y 3. P. 6.

3 Si el nuncupativo ó abierto se ordenare con escribano público, deben ser presentes á verlo otorgar tres testigos á lo ménos, vecinos del lugar donde el testamento se hiciere; y si se hiciere sin escribano público, ha de haber á lo ménos cinco testigos, vecinos, segun dicho es, si fuere lugar donde lo pudiere haber; y si no pudieren ser habidos cinco testigos ni escribano en el dicho lugar, á lo ménos han de ser presentes tres testigos, vecinos del tal lugar; pero si el testamento fuere hecho ante siete testigos, aunque no sean vecinos, ni pase ante escribano, teniendo las otras calidades que el Derecho requiere, vale el tal testamento, *d. l. 4. tit. 18. lib. 10. de la Nov. Rec.*, la cual ordena valga tambien en cuanto á las mandas y otras cosas que contiene, aunque el testador no haya hecho heredero alguno, y entónces herede aquel, que segun derecho y costumbre de la tierra, habia de heredar en caso que el testador no hiciera testamento, y que se cumpla el testamento. Y que lo mismo suceda si el testador instituyere heredero en el testamento, y este no quisiere heredar. Y ordena últimamente, que si el testador nombrase á alguno por heredero, ó le legare ó mandare alguna cosa para que la dé á otro á quien sustituyere en la herencia ó manda, y el tal heredero ó legatario

(1) L. 1. cum duab. seqq. de her. pet. (2) § 14. Inst. de test. ord.

no quisiere aceptar, el sustituto ó sustitutos lo puedan hacer todo. Segun esta famosa ley, para que valga en nuestra España el testamento, no es necesario que contenga institucion de heredero, ni que en el caso de haberla, ada ó admita este la herencia; cuya proposicion en el Derecho romano, fundado en este particular en escrupulosidades, era un desatino de primera clase.

4 En el testamento cerrado, llamado en latin *in scriptis*, manda la ley 2. tit. 8. 2. de d. tit. 48., que intervengan á lo ménos siete testigos con un escribano, los cuales hayan de firmar encima de la escritura del testamento, ellos y el testador, si supieren y pudieren firmar; y si no supieren, y el testador no pudiere firmar, que los unos firmen por los otros, de manera que sean ocho firmas, y mas el signo del escribano. Y que en el testamento del ciego intervengan cinco testigos á lo ménos, y en los codicilos intervenga la misma solemnidad que en el testamento nuncupativo ó abierto: los cuales dichos testamentos y codicilos, si no tuvieren la dicha solemnidad de testigos, no hagan fe ni prueba en juicio ni fuera de él.

5 Nos ha parecido copiar á la letra estas dos célebres leyes 1. y 2. tit. 48. lib. 40. de la Nov. Rec. por lo muy interesantes que son. Y para la mas completa esplicacion de su preciosa doctrina, y satisfaccion de las dudas que sobre ella pueden suscitarse, nos parece del caso tener presentes las advertencias que se siguen. I. Que no solo en los testamentos abiertos, sino tambien en los cerrados, que hacen los padres entre sus hijos ó descendientes legítimos, deben observarse las mismas solemnidades que en los que testan entre estraños, establecidas en dichas leyes; y lo mismo ha de guardarse en los que se otorgaren en tiempo de peste, como prueba Gómez en la ley 3. de Toro (es d. l. 2.) n. 48. II. Que la disposicion de d. l. 2. en cuanto dice, que en los codicilos debe intervenir la misma solemnidad que en el testamento abierto, ha de entenderse en los codicilos abiertos ó nuncupativos, pero no en los que se otorgaren cerrados; porque en estos deben necesariamente intervenir cinco testigos con sus firmas, como lo estableció la ley 3. tit. 12. P. 6., y lo prueba lata y fundadamente Gregor. Lóp. en su glosa 2., y lo mismo sienta Góm. en d. l. 3. de Toro, n. 69. III. Que asimismo, lo

que dice del testamento del ciego d. l. 2. se entiende del abierto, como que este no lo puede otorgar cerrado, como lo enseñan Gregorio Lóp. en d. glosa 2., Gómez en d. l. 3. n. 51. y Azevedo en d. l. 2. n. 25. IV. Que nos parece bien por las buenas razones en que se funda, la opinion del mismo Azevedo en d. l. 2. n. 25. y siguientes, de ser necesario intervenga escribano en el testamento del ciego; pero no que sean vecinos del lugar los testigos, aunque Antonio Góm. en d. l. 3. n. 52. se esfuerza en probar no ser tampoco necesaria la asistencia del escribano. V. Que ni en el testamento abierto ni en el cerrado es necesario que los testigos sean rogados, porque dichas leyes 1. y 2., que espresan las solemnidades que deben observarse en uno y otro, no hacen mencion de esta, que era la mas escrupulosa de todas. Así lo prueba Antonio Gómez en dicha ley 3. de Toro n. 29., cuyas razones nos parecen mucho mas sólidas, que las que alega por la contraria, que defiende Azevedo en d. l. 1. n. 48. y siguientes, y en d. l. 2. n. 5. VI. Que en nuestras Instituciones Romano-Hispanas, lib. 2. tit. 40. §. 44. n. 6. rechazarán con razones, al parecer de mucho peso, la opinion de Antonio Gómez en d. l. 3. n. 47. de que bastarán tres testigos para el testamento abierto, aunque no interviniere escribano, pudiendo haberle; y en el n. 7. la del Señor Covar., que en el cap. 40. de testament. n. 3. pretende probar, que bastan dos testigos con el escribano, si en el lugar no se pueden encontrar mas con facilidad.

6 Que ademas de la division referida de testamentos en abiertos y cerrados, que es la mas frecuente, hay otras dos. La una en pagánicos y militares, y la otra en los que se otorgan con fe privada, y los otorgados con fe pública. Pagánicos se llaman los de los paisanos. En ellos se deben observar todas las solemnidades establecidas en dichas leyes 1. y 2. tit. 48. lib. 40. de la Nov. Rec., segun fueren abiertos ó cerrados. Militares son llamados los que hacen los soldados (las leyes de las Partidas les suelen apellidar Caballeros) estando en hueste, en cuyo caso, y no en otro, les hacia exentos de toda solemnidad la ley 4. tit. 4. P. 6., imitando en esto las leyes romanas (1); de suerte,

(1) Princ. Inst. de milit. testam.

que segun ella pueden testar como quisieren y pudieren, de palabra ó por escrito, bastando para la prueba dos testigos llamados y rogados. Y si no estaban en la hueste, debian testar como los paisanos. Pero en las *Ordenanzas generales del ejército*, artículo 4. *tratad.* 8. *tít.* 11., y despues mas completamente en *cédula de 24 de octubre del año 1778*, que es la *ley* 8. *tít.* 18. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.*, declara y manda el rey, que todos los que gozan del fuero de guerra puedan testar sin limitacion alguna, de cualquier modo en que conste su voluntad. Y en quanto á la otra division solo hay que advertir, decirse testamento con fe pública el que se hiciere delante del rey, en cuyo caso rarísimo valdria aunque no hubiese otro testigo sino el rey, *l.* 5. *d. tít.* 4. *P.* 6. El otro hecho con fe privada, es el que ordinariamente se hace.

7 Visto el número de testigos necesario en los testamentos, y cuándo deban ser vecinos del lugar del otorgamiento, hemos de ver quiénes pueden serlo. A cuya pregunta se suele responder, que lo pueden ser todos aquellos que no están prohibidos de serlo. Refiriendo pues los que lo están, sabremos que podrán serlo todos los demas. Los cuenta la *ley* 9. *de d. tít.* 4. segun se sigue: I. Los condenados por cauciones injuriosas, libelos ó pasquines con intencion de infamar, por hurto, homicidio, ú otro delito semejante á estos, ó mas grave. II. Los apóstotas, que habiendo dejado nuestra religion católica, pasaron á ser moros ó judíos, aunque volviesen despues á la nuestra. III. Las mujeres. IV. Los menores de 14 años. V. Los esclavos. VI. Los mudos. VII. Los sordos. VIII. Los locos, miéntras estuviesen en la locura. IX. Los pródigos (1). En los del n. I. juzga Gregor. Lóp. en la *glosa* 2. *de d. l.* 9. que se comprenden todos los infames con infamia de Derecho, de los que hablaremos en el *lib.* 2. *tít.* 27. Y en los del n. V. añade la misma *ley* 9. al verso *Pero*, que si algun esclavo andaba ó estaba reputado por libre en aquella sazón, esto es, al tiempo del otorgamiento del testamento, valdria el testamento, aunque despues se averiguase ser esclavo (2).

8 Los testigos inhábiles que acabamos de referir, lo son para todos los testamentos, por ser su inhabilidad abso-

(1) § 6. Inst. de test. ordin. (2) § 7. eod.

luta y general; pero hay otra respectiva ó particular, que solo obra en algunos testamentos, siendo los que la tienen, hábiles ó idóneos para los otros. De esta clase son los hijos para los testamentos de sus ascendientes, y estos para los de sus descendientes, *l.* 14. *tít.* 16. *P.* 3., que solo exceptúa de esta regla los testamentos militares. Y á la misma clase pertenece el heredero, y todos sus parientes hasta el cuarto grado, en el testamento en que fuere instituido, *l.* 14. *d. tít.* 4. *P.* 6. Pero los legatarios ó fideicomisarios particulares no tienen inhabilidad alguna para ser testigos en los testamentos en que se les dejan las mandas, *d. l.* 14. (1). Los demas pertenecientes á testigos en pleitos y contratos, los trataremos euando hablemos de pruebas en los juicios.

9 Testar pueden todos los que no tienen prohibicion, *l.* 13. *d. tít.* 4. *P.* 6. Están prohibidos los siguientes: I. Los menores de 14 años si son varones, y de 12, si son hembras, á quienes con un nombre comun llamamos impúberes (2). II. El desmemoriado, por cuyo nombre entienden las leyes de la Partida al loco ó mentecato (3). III. El desgastador ó pródigo (4). IV. Los mudos ó sordos que no saben escribir ni pueden hablar, cuales son los que lo padecen desde su nacenía; pero el que lo fuere por enfermedad ú otra ocasion, si sabe escribir, podrá hacer testamento, escribiéndolo por su mano misma, *d. l.* 13. V. Los religiosos profesos, *l.* 17. *d. tít.* 1., y en su *glos.* 4. Greg. Lóp. [Segun el *art.* 38 *del decreto de las Cortes de 29 de julio de 1837* sobre estincion de regulares, gozan de la testamentifaccion, de la capacidad para adquirir entre vivos, ó *ex-testamento*, ó abintestato, y de los demas derechos civiles que corresponden á los eclesiásticos seculares, los religiosos secularizados y esclaustrados de ambos sexos, desde que salieron de los conventos, y las monjas que continúen en los que queden abiertos, desde el 8 de marzo de 1836.] Segun las leyes de las *Partidas*, tampoco podran testar los condenados á muerte ó deportacion, ni los hijos que están bajo el poder de su padre; pero á los primeros les habilita la *ley* 3., y á los hijos la 4. *tít.* 18. *lib.* 40. *de la Nov. Rec.*, bien que de los condenados, es-

(1) § 5. eod. (2) § 1. Inst. quib. non est perm. (3) D. §. 1. (4) § 2. eod.

ceptúa *d. l. 3.* los bienes que por razon del delito fueren confiscados ó se hubieren de confiscar á favor del rey ú otro. [Como esta pena de confiscacion no puede ya imponerse, segun el *art. 10. de la Constitucion de 1837*, el condenado á muerte está autorizado para disponer siempre de todos sus bienes.]

40 En España tenemos la singularidad de que la facultad de testar se puede cometer á otro: de cuyo asunto hablan la *ley 1. y siguientes del tit. 19. d. lib.* Se previene en *d. l. 4.* que el comisario, en virtud del poder para testar que se le diere, no puede hacer heredero en los bienes del testador, ni mejoras del tercio ni del quinto, ni desheredar á ninguno de los hijos ó descendientes del testador, ni los puede sustituir vulgar, pupilar ni ejemplarmente, ni hacerles sustitucion de cualquier calidad que sea; ni puede dar tutor á ninguno de los hijos ó descendientes del testador: salvo si el que le dió tal poder para hacer testamento, especialmente le dió para hacer alguna cosa de las susodichas en esta manera: el poder para hacer heredero, nombrándolo el que da poder por su nombre, á quien manda que el comisario haga heredero; y en cuanto á las otras cosas, señalando para qué le da el poder; y en tal caso el comisario puede hacer lo que especialmente señaló y mandó el que dió el poder, y nada mas.

41 Cuando el testador no hizo heredero, ni dió poder al comisario que lo hiciese por él, ni para hacer alguna de las cosas que hemos espresado en el *n. antecedente*, sino solamente para que por él pueda hacer testamento, puede el comisario descargar los cargos de conciencia del testador que le dió el poder, pagando sus deudas, cargos de servicio y otras deudas semejantes, y mandar distribuir por el alma del testador la quinta parte de sus bienes, que pagadas las deudas montare; y el remanente se partirá entre los parientes, á quienes tocare heredarle abintestato; y si parientes tales no tuviere el testador, estará obligado el comisario, dejando á la mujer del que le dió el poder lo que por derecho le corresponde, á disponer de todos los bienes del testador por causas pias y provechosas al alma de este, y no en otra cosa alguna, *l. 2. d. tit. 19.* El comisario debe usar del poder que se le dió dentro de 4 meses, si estuviere en la ciudad, villa ó lugar donde se le dió

el poder, al tiempo en que se le dió; y si entónces estaba ausente, pero dentro de los reinos de España, dentro de 6 meses; y si estuviere fuera de éstos, tendrá el término de un año, y no mas. Pasados dichos términos, que corren tambien contra el comisario ignorante, irán los bienes del testador comitente á sus herederos abintestato; salvo si el testador le mandó señalada y determinadamente, señalando la persona del heredero, ó cierta cosa que habia de hacer el tal comisario, en cuyo caso deberá hacerlo; y si pasado el término no lo hiciere, será habido como si lo hubiese hecho, *l. 3. d. tit. 19.* Matienzo en esta *l. 7. glosa 2. n. 3.* citando á muchos, y Antonio Gómez en la *33. de Toro* (es la misma *ley 3.*) prueban tener arbitrio el testador para coartar ó alargar dichos términos.

42 Si el comisario no hizo testamento, ni dispuso de los bienes del testador, irán, segun queda insinuado, los bienes de este á sus herederos abintestato: los cuales no siendo descendientes ó ascendientes legítimos suyos, estarán obligados á disponer de la quinta parte de ellos por el alma del testador; y si no lo cumplieren dentro de un año, contándole desde la muerte del testador, podrá compelerles la justicia, á peticion de cualquiera del pueblo, *l. 13. tit. 20.* Y en el caso que el testador nombrada y señaladamente hizo heredero, y dió poder á otro para que acabase por él su testamento, no podrá el comisario disponer mas que de la quinta parte de los bienes del testador, despues de pagadas las deudas y cargos de servicio del mismo testador, si no es que este le hubiese dado poder para mas, *l. 6. d. tit. 19.*

43 El comisario no puede revocar el testamento que el testador habia hecho en todo ni en parte, salvo si el testador especialmente le dió poder para ello, *l. 4. d. tit. 19.*: ni tampoco el que él mismo hubiese ya hecho en uso de su poder. Ni despues de haber hecho el testamento puede hacer codicilo, aunque sea para causas piadosas, por mas que se reserve el poder revocar, añadir, menguar, ó hacer codicilo ó declaracion alguna, *l. 5. d. tit. 19.* Si fueren muchos los comisarios, y muriere alguno, su derecho se funda en los sobrevivientes, y siempre se está á lo que hiciere la mayor parte; y en el caso de no haberla, se acude á la justicia para la decision, en los términos que refiere la

ley 7. d. tit. 49. Y para que valga el poder para testar, debe estar otorgado con las mismas solemnidades que hemos visto ser necesarias para los testamentos, l. 8. d. tit. 49.

44 Muerto el testador que hubiese otorgado testamento cerrado, puede pedir ante el juez, cualquiera á quien se mande, algo en él, que se abra, l. 4. l. 2. tit. 2. P. 6., y añade Gregor. Lóp. en la glosa 1. de d. l. 4. citando á otros, que tambien puede pedirlo el que tuviese en ello algun interes, aunque nada se le deje, como el hijo preterido que quisiere probar ser nulo el testamento; y el que lo pide debe jurar primero, que no lo hace maliciosamente, sino por el interes que tiene, d. l. 4. (1). Si el testamento estuviere en el lugar donde se pide que se abra, debe mandar el juez se lo lleven á su presencia, y que se abra luego. Y si estuviere en otra parte, señalar plazo á los que lo tengan en su poder para que se lo lleven, y mandar abrirle. Y si por ventura el que le tuviese en su poder, fuese rebelde, de manera que no le quisiese mostrar por mandato del juez, debe pagar al que lo demandase, todo cuanto le fuese mandado en el testamento, y todo el perjuicio que le hubiese causado por su resistencia, d. l. 2. Y debe ser abierto delante del juez y los testigos que son escritos en él. Pero ántes que el juez lo mande abrir, debe saber de ellos, si es aquel el testamento en que pusieron sus firmas. Y si la mayor parte dijere ser así, debe ser abierto ante ellos y leído, aunque no estuviesen presentes todos. Y si los testigos no pudiesen ser habidos por estar todos ó la mayor parte en otras tierras, puede el juez, si entendiere que la tardanza habia de causar perjuicio á los interesados, hacer venir ante sí á hombres buenos, y abrir el testamento ante ellos (2). Y de esta manera se puede abrir, aunque no estuviere delante ninguno de los testigos ante quienes fué hecho. Pero despues que vinieren los testigos, se les debe enseñar el testamento para que reconozcan sus firmas, y jurando ellos ser aquel testamento el que firmaron, se debe mandar trasladar el testamento en el registro ó protocolo, l. 3. d. tit. 2., la cual en lugar de firmas dice sellos, porque eran necesarios atendido el derecho de las Partidas. Si el testador mandare que no se abra alguna

(1) l. 5. C. quemad. test. aper. (2) l. 7. quemad. test. aper.

parte del testamento hasta cierto tiempo, deberá hacerse así, l. 5. l. 6. d. tit. 2. De los modos de romperse ó rescindirse los testamentos, tratamos en el título siguiente.

TÍTULO V.

DE LA INSTITUCION DE HEREDERO, SUSTITUCIONES Y DESHEREDACIONES.

Títulos 3. 4. 5. 6. y 7. P. 6. (1).

1. *Qué sea institucion de heredero, y quiénes tienen prohibicion absoluta para ser instituidos herederos.*
2. 3. *Quiénes la tienen respectiva á algunos testadores.*
4. *Cómo debe hacerse la institucion de herederos; y á quien va la herencia cuando el testador instituye á los pobres.*
5. *En qué partes debe dividirse la herencia.*
6. *Puede morir cualquiera parte testado, y parte intestado, y cuándo tiene lugar el derecho de acrecer entre los herederos.*
7. *Qué sea condicion, su division en posible é imposible, con los efectos que esta causa.*
8. 9. 10. *Se esplican latamente algunas divisiones de las condiciones posibles.*
11. *Qué sea sustitucion, sus especies, y se explica la vulgar.*
12. 13. *De la sustitucion pupilar.*
14. *De la sustitucion ejemplar.*
15. *De las sustituciones compendiosa, brevilocua y fideicomisaria.*
16. *Del derecho de deliberar.*
17. 18. *Del inventario.*
19. 20. *De los modos de admitir ó desechar la herencia, y cuándo deben tener capacidad los herederos.*
21. 22. 23. 24. *De las desheredaciones.*
25. 26. *Modos de romperse el testamento, y penas de los que impiden testar.*

(1) Tit. 45. 44. et 46, lib. 2. Inst.