

rias en los testamentos, así de parte del testador, como del heredero, por cuyo defecto se pueden viciar, de lo cual se tratará en los títulos siguientes.

ADICION.

1. Sobre ab intestato, albaceas, y quien deba conocer sobre la validacion de los testamentos, se pueden ver en los autos acordados de esta audiencia recopilados por Montemayor y Beleña, los números 8, 9, 23 y 727 del último foliage.

2. Cita el autor dos leyes, una de la Recopilacion de Castilla, y otra de la de Indias (que es la 18. tit. 23. lib. 8.) sobre la necesidad que hay de usar el papel sellado en los testamentos; y esta ley trae el reglamento de dicho papel.

En el día está derogada por un decreto del primer congreso de 6 de octubre de 1823 en el que se da un nuevo reglamento de papel sellado. Allí se dice espresamente que se usará del sello primero (que está en un pliego y su valor es seis pesos) en los testamentos en que los herederos no sean ni descendientes ni ascendientes sino colaterales ó extraños. Se usa-

vá del sello tercero (que está en medio pliego y su valor es dos reales,) en los protocolos y registros de los escribanos ó jueces receptores en que se escriban las diversas clases de instrumentos públicos que otorguen las partes por sus contratos ó negocios; y finalmente se usará del sello cuarto (que también está en medio pliego y es su valor una cuartilla) en los testamentos de los notoriamente pobres.

En el artículo 10. cap. 3. de dicho decreto, se dice que no hará fe en juicio cualquiera documento que no estuviere estendido en el referido papel.

TITULO XI.

Del testamento militar.

No hay cosa mas conforme al buen metodo que despues de considerada una regla, se propongan sus escepciones. Hemos visto las reglas que se deben observar en los testamentos: veamos ahora las escepciones que padecen. Los testamentos, ó son solemnes en los cuales no se debe omitir alguna de las solemnidades esplicadas; ó

menos solemnes, es decir, privilegiados cuando por privilegio se dispensan, ó todas, ó algunas solemnidades. De todas está excusado el testamento de los soldados; y de algunas el hecho *ad pias causas*.

Por lo que hace á los soldados, estos por derecho de Partidas, aunque estando en su casa debian ordenar su testamento del mismo modo que los demas hombres, pero hallandose en campaña podian hacerlo con dos testigos: y estando en peligro de muerte por salir heridos de alguna funcion bélica, ó ir á entrar en ella, como quisiesen ó pudiesen, por escrito ó de palabra, escribiendolo con su sangre en escudo, armas, ó en donde les parezca, y de cualquier suerte era válido pudiendo probarse con dos testigos presenciales, y no de otra manera. Todo lo cual se les ha concedido en atencion á la critica situacion en que están y peligro á que se esponen por defensa de la pátria. (1)

Por las reales ordenanzas del

(1) L. 4. tit. 1. P. 6.

ejército impresas el año de 1768. se declara: que todo individuo que gozare fuero militar, le gozará tambien en punto de testamentos en cualquiera parte que teste dentro ó fuera de la campaña. (1) Que en el conflicto de un combate, ó sobre el inmediato caso de empezarle, ó en naufragio, ú otro inminente riesgo militar en que se halle, pueda testar como quisiere ó pudiere, por escrito sin testigos, y que sea válida la declaracion de su voluntad como conste ser suya la letra: ó de palabra ante dos testigos que conformes depongan haberles manifestado su última voluntad. (2) Que será valida la disposicion del militar escrita de su letra en cualquier papel que la haya ejecutado, ya sea en guarnicion, cuartel ó marcha, y que siempre que pudiere testar en parage donde haya escribano lo haga con él segun costumbre. (3)

Pero por haber ocurrido algunas

(1) Ord. del Ejerc. de 1768. trat. 8. tit. 11. de testamentos art. 1.

(2) Art. 2. y 3. del mismo tit.

(3) Art. 4.

dudas sobre la inteligencia de este artículo, se espidió una cédula (1) en la que á consulta del supremo consejo de guerra se declara por punto general que todos los individuos del fuero de guerra pueden en fuerza de sus privilegios otorgar por sí su testamento en papel simple firmado de su mano, ó de otro cualquier modo en que conste su voluntad, ó hacerlo ante escribano con las fórmulas y cláusulas de estilo; y que en la parte dispositiva puedan usar á su arbitrio del privilegio y facultades que les dá la misma ley militar, la civil ó municipal. En virtud de esta real cédula hoy no solo los militares, sino todos los que gozan del fuero de guerra por sus destinos ó empleos pueden testar sin las solemnidades prescritas por derecho comun. De suerte que si hacen por sí su testamento no son necesarios los dos testigos que antes se requerian, respecto á no mandar que presencién ni hablar de solemnidad alguna, aunque algunos autores opinan que por este silencio no se deroga

(1) Real cédula de 24 de octubre de 1778.

la establecida, por ser necesaria derogacion especial. Pero si lo otorgan ante escribano deben concurrir los testigos que la ley manda (1) respecto á usar de ella y no del fuero de guerra. Algunos tambien juzgan que la disposicion de esta cédula no debe ampliarse á los hijos de los soldados y demas, por no gozar del fuero por razon de sus personas: por lo cual para quitar dudas seria conveniente nueva declaracion.

Los testamentos en que se hallan dispensadas muchas de las solemnidades pueden ser el que se hace en presencia del rey y el hecho *ad pias causas*. En el primer caso está dispuesto, (2) que si algun caballero ú otro noble pidiere al rey la merced de que presencié el otorgamiento de su testamento, concediendoselo el rey, y estando presente cuando se otorgase, será valido aunque no haya otro testigo.

Aunque no hay disposicion alguna por derecho civil sobre el testa-

(1) L. 1. tit. 4. lib. 5. Rec. de Cast.

(2) L. 5. tit. 1. P. 6.

mento hecho *ad pias causas*; por derecho canonico basta para que sea valido el que se otorgue ante dos testigos, (1) y esto segun muchos autores se debe observar no solo en el fuero eclesiastico, sino tambien en el secular. (2)

ADICION.

Hay varias cédulas y disposiciones sobre los testamentos de los militares: veanse los números 728, 729, 730, 731 y 732 del último foliage del primer tomo de los Autos acordados recopilados por Montemayor y Beleña.

TITULO XII.

De los que no pueden hacer testamento.

EN los titulos anteriores se ha explicado el modo de hacer los testamentos asi solemnes como privilegia-

(1) Cap. 11. de Test.

(2) Covarrub. en el cap. 11. de Test. Molina de just. et jure tr. 2. disp. 134. Gonzales en el cap. 10. y 11. de test.

dos: veamos ahora que personas pueden ó no hacerlo. Por lo que hace á las personas de los testadores se puede dar esta regla general: *pueden hacer testamento todos aquellos á quienes no está espresamente prohibido*. Pero para no hacer un circulo vicioso, enumeraremos los que estan prohibidos de testar por nuestras leyes.

Con solo atender á la definicion que hemos dado arriba del testamento, se viene facilmente en conocimiento de la mayor parte de los que no pueden hacerlo. Dijimos que el testamento es *una legitima disposicion de nuestra voluntad*. De donde se deduce claramente que no pueden testar 1.º los furiosos y mentecatos, pues no saben ni entienden lo que quieren. (1) Pero no solo vale el testamento que hizo el loco antes de su demencia, sino tambien el que hace durante sus lucidos interválos, si los tiene, perfeccionandolo en ellos, pues si antes de concluirlo le vuelve el frenesí no

(1) L. 13. en el med. tit. I. P. 6.

valdrá; (1) y así, para anular el testamento del loco que tiene lucidos intervalos, es necesario probar concluyentemente con el escribano y testigos instrumentales, que al tiempo de su otorgamiento estaba demente.

Lo que se debe practicar cuando un loco que tiene lucidos intervalos quiere hacer testamento para evitar dudas es, que algun hijo suyo ó pariente acuda al juez, relacionando la enfermedad del paciente, y que suele estar en su acuerdo, y pidiendo dé facultad al escribano para que del mejor modo que pueda explore su voluntad con asistencia de medico y cirujano, que previamente declare con juramento, si está ó no capaz; y estando, ordene su testamento ante ellos y el competente número de testigos; y obtenida la facultad del juez, declararán el medico y cirujano si está ó no en su juicio, y constandingo estarlo, y pareciendo lo mismo al escribano, á su presencia, y á la de los testigos prevenidos por la ley. pregun-

(1) Dicha. l. 13.

tará al testador todo lo concerniente á su ultima disposicion, y especialmente al nombramiento de heredero y otras cosas concernientes, aunque sean contrarias á sus mismas respuestas para cerciorarse de la sanidad actual de su entendimiento, é irá estendiendo lo que le responda, y las declaraciones del medico y cirujano á continuacion de la providencia judicial, sin pasar á estender otra clausula antes de satisfacer á la anterior. Si sabe y puede firmar, lo firmará con todos los testigos que supieren, y autorizado por el escribano y evacuado todo, se presentará al juez á fin de que lo apruebe para su mayor validacion. (1)

De la misma condicion son 2.º los *prodigos*, porque en todo el derecho se equiparan á los dementes: (2) lo cual se ha de entender cuando ya por el juez se les ha prohibido la administracion de sus bienes. 3.º Los infantes y todos los que no han llegado

(1) Febrero Libr. de escr. part. 1. cap. 1. 4. 1. núm. 10.

(2) L. tit. 1. P. 6.

á la pubertad, esto es, los hombres á los catorce años y las mugeres á los doce; (1) por que carecen del uso competente de la razon para declarar su voluntad. Pero cumplida dicha edad, pueden testar sin licencia de sus ascendientes del tercio de sus bienes adventicios, castrenses y cuasi castrenses aunque estén bajo la pátria potestad. (2) 4.º Tambien el sordo y mudo á *nativitate* está impedido de testar; pero si fuere por enfermedad y sabe escribir, podrá hacerlo, y tambien el sordo total si es hábil para ello lo escribirá por sí mismo y valdrá publicandolo á presencia del escribano y testigos. (3) Al ciego no se puede impedir la facultad de testar; pero para que valga su testamento ha de ser hecho por escribano real y cinco testigos. (4) Para que lo sea tambien el del condenado á muerte, se requiere precisamente que sus bienes no hayan sido confiscados ni

(1) D. l. 13. cit.

(2) L. 4. tit. 4. lib. 5. Rec. de Cast. y es la 5. de Toro.

(3) L. 13. citada.

(4) L. 2. tit. 4. lib. 5. Rec.

comprendidos en la sentencia de su condenacion. (1)

Hay algunos á quienes no se permite hacer testamento por razon de que los bienes que gozan no son suyos sino de la iglesia y de los pobres: tales son los obispos, quienes de los bienes adquiridos por sus obispados, dignidades y demas beneficios eclesiásticos, á los cuales llaman profecticios, no pueden testar, aunque si se les permite en vida donar á sus parientes pobres, amigos, criados y á otros que los hayan servido.

(2) A los clérigos seculares aunque por derecho canónico solo les es permitido testar en favor de la iglesia de los bienes adquiridos *intuitu ecclesie*, en España por la costumbre muy anigua que ha habido de disponer libremente aun de estos bienes, se sostiene el testamento que hicieren. (3)

Los canonigos reglares, y demas religiosos profesos están privados tambien de testar, porque para este efec-

(1) L. tit. 4. lib. 5. Recop. de Cast.

(2) L. 8. tit. 21. P. 1.

(3) L. 13. tit. 8. lib. 5. Rec. de C. y 6. tit. 12. lib. 1. Rec. de Ind.

to, y el de contraer se les tiene por muertos. (1)

Finalmente hay otros á quienes por algun delito en pena se les prohíbe hacer testamento: tales son los condenados por libelos infamatorios, los apóstatas y hereges declarados tales por sentencia; (2) pero no estan impedidos los que por otros cualesquier delitos son condenados á muerte civil ó natural, si no es que se les hayan confiscado los bienes por el tal delito, pues entonces no podran testar. (3)

Tampoco los siervos se deben tener en el dia por incapaces de testar como lo eran antiguamente, pues permitiéndoles nuestro derecho trabajar para sí algunas horas, (4) y tener peculio, se infiere que pueden disponer de él por testamento; fuera de que en todo se les trata como á criados asalariados. Por lo que hace á los peregrinos ó extranjeros, lejos de serles entre nosotros prohibido el testar, está mandado que se les per-

(1) L. 8. tit. 21. Part. 1. y 17. tit. 1. Part. 6.

(2) L. 16. dicho tit. y P.

(3) L. 3. tit. 4. lib. 5. Rec. de Cast.

(4) Real céd. de 31. de mayo de 1789. art. 3.

mita con toda libertad, imponiendo penas á los que se lo impidan. (1)

TITULO XIII.

De la desheredacion.

HABIENDO visto ya quien puede hacer testamento é instituir heredero, se sigue ver quien puede desheredar, á quien, y por que causa.

La desheredacion es un acto por el qual los descendientes ó ascendientes son privados del derecho que tienen á ser herederos.

(2) Solo aquel que es capaz de testar y á mas de esto tiene herederos forzosos, esto es, descendientes ó ascendientes, puede desheredarlos teniendo causas para ello. (3) Debe pues, hacerse la desheredacion nombrando ó señalando al desheredado por su nombre, ó dando de él otra señal cierta que no deje duda de su persona; sin condicion,

(1) L. 30. tit. 1. P. 6. y 2. tit. 12. lib. 1. Rec. de Cast.

(2) L. 1. tit. 7. P. 6.

(3) L. 2. del mismo tit. y P.

y del total de sus bienes, (1) pues no siendo así no valdrá.

Las causas para que sea válida la desheredación de los descendientes legítimos son. Primera: por poner en ellos las manos airadas, ó maquinár su muerte de cualquier modo, ó procurar que pierdan ó se les menoscabe gran parte de su hacienda, ó acusarlos de delito porque deben morir ó ser desterrados; pero si el crimen es de lesa magestad, y los descendientes lo prueban, entonces no deben ser desheredados. (2)

La segunda por infamarlos de modo que valgan menos, ó tener acceso con su madrastra ó con amiga sabiendo que lo es de sus ascendientes. Tercera: por ser hechiceros ó encantadores, ó vivir con los que lo son. (3)

La cuarta por no fiarlos pudiendo para que salgan de la prisión; pero esta causa no comprende á las mugeres, porque estas no pueden ser fiadoras. (4)
La quinta por impedirles que testen.

(1) L. 3. de dicho tit.

(2) L. 4. tit. 7. P. 6.

(3) Dicha ley 4.

(4) La misma ley 4.

La sesta, por lidiar por dinero con hombre ó con bestia contra la voluntad de su padre, ó hacerse juglares ó representantes de profesión no siendolo este. La séptima, cuando la hija resiste casarse queriendo su padre, y después se hace ramera; pero si intentó casarse y su padre se lo difiere hasta la edad de veinte y cinco años, pasados estos, aunque se prostituya ó case contra su voluntad, no puede desheredarla. (1)

La octava, cuando los descendientes no cuidan de recoger y alimentar á su ascendiente que perdió el juicio y anda vagando, pues si el ascendiente muere intestado, debe llevar el extraño que lo haya recogido, todos sus bienes; y si recobra su juicio puede desheredarlos, y aunque antes de la demencia tenga hecho testamento instituyendolos por herederos, si estando loco muere en casa del extraño, no vale la institución de heredero. (2) La nona, por no redimir, pudiendo á sus ascendientes cautivos; pero para incurrir el heredero

(1) L. 5. tit. 7. P. 6.

(2) Dicha ley 5.

en esta pena ha de ser mayor de diez y ocho años. (1)

La décima, si los descendientes cristianos se pervierten volviéndose judíos, moros ú hereges, siendo sus ascendientes católicos. (2) La undécima, por contraer matrimonio que la iglesia declare clandestino: (3) aunque hoy se duda de esta causa por ser nulo el matrimonio despues del Concilio de Trento cuando se contrae sin presencia del propio párroco y testigos.

Para que valga la desheredacion de los descendientes no solo se ha de espresar la causa, sino que debe probarla el testador ó el heredero instituido, y de otra suerte no vale. (4) Pero si el desheredado consiente en la desheredacion tácita ó espresamente, no puede reclamarla despues, ni debe ser oido en juicio. (5) Y si el testamento en que se hizo, se rompe ó lo revoca el testador,

(1) L. 6. del mismo tit.

(2) L. 7. tit. 7. P. 6.

(3) L. 1. tit. 1. lib. 5. Rec. de Cast.

(4) Ll. 1. tit. 9. lib. 3. del Fuero Real 19. tit. 7. y 7. tit. 8. P. 6.

(5) L. 6. tit. 2. P. 6.

no vale la desheredacion hecha en él. (1)

Los descendientes pueden desheredar á sus ascendientes legitimos por ocho causas. La primera por acusarlos de delito porque deben morir ó perder algun miembro, escepto que el delito sea de lesa magestad. La segunda por maquinar su muerte con yerbas, veneno &c. La tercera por tener acceso carnal con su muger ó amiga. La cuarta por impedirles disponer de sus bienes conforme á derecho. La quinta por solicitar el marido la muerte de su muger ó esta la de su marido. La sesta por no querer dar á sus descendientes locos lo necesario para su conservacion. La séptima por no redimirlos de cautiverio pudiendo. La octava cuando el ascendiente es herege y el descendiente es católico. Por cuyas ocho causas siendo probada alguna de ellas, pueden los descendientes desheredar á sus ascendientes y valdrá la desheredacion. (2)

Aunque los hermanos no son herederos forzosos, y por consiguiente no

(1) L. 2. tit. 7. P. 6.

(2) L. 11. tit. 7. P. 6.

cae en ellos la desheredacion, con todo tienen accion para anular la institucion de heredero que ha hecho su hermano cuando les ha antepuesto una persona torpe ó infame. De esta accion se les priva en tres casos. 1.º Por procurar la muerte de su hermano. 2.º Por acusarle de delito por el cual merezca pena de muerte ó mutilacion. 3.º Si le han causado la pérdida de todos ó de la mayor parte de sus bienes. En estos casos, aunque una persona de mala vida ó infame sea instituida por heredero, no podrán los hermanos demandar cosa alguna del testamento de su hermano. (1)

Finalmente el heredero extraño pierde la herencia del que le instituyó por tal, en seis casos. 1.º Cuando el testador fue muerto por obra ó consejo de alguno de su compañía, y el heredero sabiendolo entra en la herencia antes de quejarse al juez para que lo castigue; pero si otros le mataron puede entrar en ella, y despues querrellarse hasta cinco años: y si en

(1) L. 12. del mism. tit.

este término no lo hace, debe perderla y llevarla el rey. 2.º Si abre el testamento antes de acusar á los delinquentes estando cerciorado de los que lo son. 3.º Si el testador ha sido muerto por obra, culpa ó consejo del heredero. 4.º Por haber tenido este acceso carnal con la muger de aquel. 5.º Por decir de nulidad del testamento, pues si se declarare legitimo perderá la herencia. El 6.º y último es si á ruego ó mandato del testador entrega la herencia al que por derecho es incapaz de heredar, constandole de su incapacidad. Por cuyas causas debe perder la herencia y pasar al rey, y por las mismas causas perderán los legatorios sus mandas. (1)

ADICION.

Es muy extraño que el autor sencillamente y sin ninguna observacion, ponga entre las causas justas para la desheredacion el ser hechicero ó encantador.

(1) Leyes 13. tit. 7. P. 6. y 11. tit. 8. lib. 5. Rec. de Cast.

El que escribe en un país verdaderamente libre, fuera del temor de las hogueras y calabozos, y que usando de su razón detesta y abomina los monstruosos absurdos inventados por la mas horrorosa superstición, se compadece de los infelices que crédulos y temerosos han recibido y sostienen semejantes barbaridades, hace votos ardientes y sinceros por la completa y pronta ilustración de las naciones, y desea vivamente que su amada patria se vea dichosamente dirigida por códigos en los que la razón, la prudencia, las luces del siglo, y finalmente, la verdadera utilidad de los pueblos, sean las únicas bases que se consulten para su estable y verdadera felicidad.

TITULO XIV.

Quienes pueden ó no ser instituidos por herederos.

Llamamos heredero á aquel que despues de la muerte de alguno le ha de suceder en todos sus bienes, derechos y acciones disponiendo de todo á su arbitrio.

(1) Puede serlo no solo el rey y las ciudades, villas, y comunidades, sino tambien generalmente todo hombre ó muger sea libre ó siervo, como no le esté prohibido por derecho. (2)

No pueden ser herederos por nuestro derecho los apostatas y hereges siendo declarados tales por sentencia; el que á sabiendas se hace bautizar dos veces; y los colegios, cofradias ó ayuntamientos erigidos contra derecho, ó contra la voluntad del rey. (3) Tampoco debe serlo el traidor declarado ni sus hijos varones, y estos no solo están privados de heredar á sus padres, sino tambien á otro cualquiera pariente ó extraño, y de ser legatarios; pero las hijas pueden heredar la cuarta parte de los bienes de sus madres. (4) En la misma pena incurren los que dan consejo ó ayudan á hacer la traicion, pues todos sus bienes recaen

(1) L. 1. t. 3. P. 6.

(2) L. 2. del d. tit.

(3) Ll. 4. tit. 3. P. 6. y 6. y 7. tit. 8. lib. 5. Rec.

(4) Ll. 2. t. 2. P. 7. y 2. 3. y 4. t. 18. lib. 8. Rec. de Cas.