

madre en los bienes, que debe reservar para su hijo del primer matrimonio, como manifestamos en el *lib. 2. tit. 7. n. 16.*

13. La segunda especie de servidumbres personales, llamada uso, es: *Derecho de usar de cosa aiena fructifera, aprovechándose de solos aquellos frutos, que necesita para sí, su familia ó dispensa.* Tiene lugar en él cuanto hemos dicho del usufruto, á excepción de las diferencias siguientes: I. Que al usuario no pertenecen todos los frutos como al fructuario, sino solamente los que necesita para su familia; y de ahí es, que nada de ellos puede tomar para dar ni vender, *d. l. 20. tit. 31. (1)*; y de consiguiente si muriere, teniendo algunos percibidos y no consumidos, no serian de su heredero, sino del propietario. II. Que el usuario de bestias puede usar de ellas para sus labores, ú otro su servicio solamente; pero no las puede alquilar ó prestar á otro, *l. 21. d. tit. 31. (2)*. III. Que el usuario no debe pagar las expensas del reparo de la casa ó cultivo de la heredad, ni los

(1) *L. 18. eod.* (2) *L. 5. §. 2. quib. mod. usuf. v. us. amit.*

DE LAS SERVIDUMBRES REALES. &c. 263.
tributos ó pechos sobre ella impuestos, sino es que diese tan cortos frutos, que todos fuesen del mismo usuario (1). La tercera servidumbre personal se llama habitacion ó morada: es *Derecho de habitar en casa aiena con la compañía que tuviere.* Solo en dos cosas se diferencia del uso de la casa, y son, que la puede arrendar ó alquilar á otro, con tal que sea á personas que hagan buena vecindad; y que no se extingue sino por la muerte ó remision. Si se dexa para tiempo determinado, claro está, que se acaba pasado este, *l. 27. d. tit. 31.*

TITULO IV.

DE LOS TESTAMENTOS.

Tit. 1. Partida 6. y tit. 4. lib. 5. de la Recopilacion (2).

1. *Qué es herencia. y de qué partes consta su adquisicion.*
2. *Qué cosa sea testamento, y su division en abierto y cerrado.*

(1) *L. 56. de usuf. et quæmad.*

(2) *Tit. 10. lib. 2. Inst.*

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 coticilos.
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 para testar; y lo que hay que advertir sobre el comisario.
14. Qué cosas deben observarse para las aberturas de los testamentos cerrados.

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, qual 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 defiera, esto es, se le deba por ser llamado á ella. Se defiere por testamento, y faltando este, ab intestato, *princ. y l. 3. tit. 13. P. 6. (1)*.

2 Testamento, dice la ley *1. tit. 1. d. P. 6.* es una de las cosas del mundo en que mas deben los omes haber cordura, cuando lo facen, por dos razones. La una porque en ellos muestran qual es su postrimera voluntad. E 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, o departe lo suyo en aquella manera, que quiere quede lo suyo despues de su muerte, l. 2. d. tit. 1.* Son dos sus especies. Los de la una se llaman *nuncupativos ó abiertos*, y los de la otra *escritos ó cerrados, d. l. 1. ll. 1. y 2. tit. 4.*

(1) *L. 1. cum duab. seqq. de her. per.*
Tom. I. 37

lib. 5. de la Recop. (1). 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 los pudiere haber; y sino 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 testamento, *d. l. 1. tit. 4. lib. 5. de la Recop.* la cual manda valga tambien en cuanto á las mandas y otras cosas que contiene, aunque el testador no haya hecho heredero alguno, y entónces herede aquel,

(1) §. 14. *Inst. de test. ord.*

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 substituyere en la herencia ó manda, y el tal heredero ó legatario no quisiere aceptar, el substitute ó substitutos lo puedan haber 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. de *d. tit. 4.* 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 sino 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, sino tuvierén 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. del tit. 4. lib. 5. de la Recop. por lo muy interesantes que son. Y para la mas completa explicacion 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 legitimos, deben observarse las mismas solemnidades que en los que testan entre extraños, establecidas en dichas leyes; y lo mismo ha de guardarse en los que se otorgaren en tiempo de peste, como prueba

Gomez 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 Greg. Lopez en su glosa 2., y lo mismo siente Gom. 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 Lop. en d. glosa 2. Gomez en d. l. 3. n. 51. y Azeved. en d. l. 2. n. 25. IV. Que nos parece bien, por las buenas razones en que se funda, la opinion del mismo Azev. 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 Gom. en d. l. 3. n. 52. se esfuerza en probar no ser tampoco necesaria la asistencia del escribano. V. Que ni en el tes-

tamento abierto ni en el cerrado es necesario que los testigos sean rogados; porque dichas leyes 1. y 2, que expresan 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 Gomez 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. 10. §. 14. n. 6. rechazamos con razones, al parecer de mucho peso, la opinion de Antonio Gomez en d. l. 3. n. 47. de que bastarán tres testigos para el testamento abierto, aunque no intervenga escribano, pudiendo haberle; y en el n. 7. la del Señor Covar., que en el cap. 10. 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 paysanos. En ellos se deben observar todas las solemnidades establecidas en dichas leyes 1. y 2. tit. 4. lib. 5. de la *Recop.* 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. 1. P. 6., imitando en esto las leyes romanas (1); de suerte, 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 paysanos. Pero en las *ordenanzas generales del ejército*, artículo 4. *tratad.* 8. tit. 11., y despues mas completamente en *cédula de 24. de octubre del año de 1778.* 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

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

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. tit. 1. 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 cuando deben ser vecinos del lugar del otorgamiento, hemos de ver quienes 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. tit. 1.* según se sigue. I. Los condenados por cançiones injuriosas, libelos ó pasquines con intencion de infamar, por hurto, homicidio, ú otro delito semejante á estos, ó mas grave. II. Los apóstatas, que habiendo dexado nuestra religion católica, pasaron á ser moros ó judíos, aunque volviesen despues á la nuestra. III. Las mugeres. 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. Lop. en la *glosa 2. de d. l. 9.*, que se comprehenden todos los infames con infamia de derecho, de los que hablaremos en el *lib. 2. tit. 27*: Y en los del n. V. añade la misma *ley 9.* al vers. *Pero*, que si algún 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 absoluta y general; pero hay otra respectiva ó particular, que solo obra en algunos testamentos, siendo los que la tienen hábiles ó idonéos para los otros. De esta clase son los hijos para los testamentos de sus ascendientes, y estos para los de sus descendientes, *l. 14. tit. 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. 11.*

(1) §. 6. *Iyst. de test. ordin.* (2) § 7. *eod.*
Tom. I, 38

d. tit. 1. P. 6. Pero los legatarios ó fideicomisarios particulares no tienen inhabilidad alguna para ser testigos en los testamentos, en que se les dexan las mandas, *d. l. 11 (1)*. Lo demas perteneciente á testigos en pleytos y contratos, lo trataremos cuando hablémos de pruebas en los juicios.

9 Testar pueden todos los que no tienen prohibicion, *l. 13. d. tit. 1. 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 naciencia; 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. tit. 1.*

(1) §. 3. eod. (2) §. 1. *Inst. quib. non est perm.* (3) *d. §. 1.* (4) §. 2. eod.

y en su glosa 1. Greg. Lop. Segun las leyes de las *Partidas* tampoco podian testar los condenados á muerte ó deportacion, ni los hijos que están baxo el poder de su padre; pero á los primeros les habilita la *ley 3. y á los hijos la 4. tit. 4. lib. 5. de la Recop.*; bien que de los condenados exceptúa *d. l. 3.* los bienes, que por razon del delito fueren confiscados, ó se hubieren de confiscar á favor del Rey ú otro.

10 En España tenemos la singularidad de que la facultad de testar se puede cometer á otro: de cuyo asunto hablan la *ley 5. y siguientes, d. tit. 4. lib. 5. de la Recop.* Se previene en *d. l. 5.* que el Comisario, en virtud del poder para testar que se le diere, no puede hacer heredero en los bienes del testador, ni mejorías del tercio ni del quinto, ni desheredar á ninguno de los hijos ó descendientes del testador, ni los puede substituir vulgar, pupilar ni exemplarmente, ni hacerles substitucion 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, rombrándolo el que da el 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.

II Cuando el testador no hizo heredero, ni dió poder al comisario para que lo hiciese por él, ni para hacer alguna de las cosas que hemos expresado 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 ab intestato; y si parientes tales no tuviere el testador, estará obligado el comisario, dexando á la muger 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. 6. d. tit. 4.* 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 Reynos de España, dentro de 6. meses, y si estuviere fuera de estos, 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 ab intestato; 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. 7. d. tit. 4.* Matienzo en esta *l. 7. glosa 2. n. 3.* citando muchas, y Antonio Gomez en la 33. *de Toro* (es la misma *ley 7.*) prueban tener arbitrio el testador para coartar ó alargar dichos términos.

12 Si el comisario no hizo testamento, ni dispuso de los bienes del testador, irán, segun queda insinuado, los bienes de

este á sus herederos ab intestato: los cuales, no siendo descendientes ó ascendientes legitimos suyos, estarán obligados á disponer de la quinta parte de ellos por el alma del testador; y sino lo cumplieren dentro de un año, contándose desde la muerte del testador, podrá compelerles la Justicia, á petición de cualquiera del Pueblo, *l. 10. d. tit. 4.* 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, sino es que este le hubiese dado poder para mas, *l. 11. d. tit. 4.*

13 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. 8. tit. 4.* Ni tampoco el que el mismo hubiese ya hecho en uso de su poder. Ni despues de haber hecho el testamento, puede hacer codicilo, aunque sea para causas piadosas, aunque se reserve el poder revocar, añadir, menguar, ó hacer codicilo ó declara-

cion alguna, *l. 9. d. tit. 4.* Si fueren muchos los comisarios, y muriere alguno, su derecho se refunde 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 *l. 12. de d. tit. 4.* Y para que valga el poder para testar, debe estar otorgado con las mismas solemnidades, que hemos visto ser necesarias para los testamentos, *l. 13. d. tit. 4.*

14 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. 1. l. 2. tit. 2. P. 6.* y añade Gregor. Lop. en la *glosa 1. de d. l. 1.* citando á otros, que tambien puede pedirlo el que tuviese en ello algun interes, aunque nada se le dexee, 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. 1. (1).* Si el testamento estuviese en el lugar donde se pide que se abra, debe mandar el

(1) *L. 3. C. quemad. test. aper.*

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 dixere 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 (1). Y de esta manera se puede abrir,

(1) *L. 7. test. quemad. aper.*

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 firmáron, 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 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.*

INDIAS. Los Indios por razon de vivir regularmente en poblaciones cortas, pueden hacer sus testamentos con plena libertad, y con solos tres testigos, *l. 9. tit. 13. lib. 1. y l. 32. tit. 1. lib. 6. Recop. ind.* y si murieren intestados, ó hubieren dispuesto de sus bienes en memorias simples ó sin solemnidad, debe cuidarse de que sus hijos ó parientes hayan de heredar conforme á derecho, como se encarga á los Jueces eclesiásticos, y se manda á los seculares en la *Tom. I.*

l. 9. Vease al Señor Beleña último foliag. pag. 69. ab intestatos.

El conocimiento de todas las causas de herencia, tanto por testamento, como ab intestato, toca solamente á los Jueces seculares, aunque los herederos, ó el testador sean eclesiásticos, ó la herencia se déxe para causas pias, ó en favor de la anima del testador, real cédula de 15. de noviembre de 1781. promulgada aquí en 27. de abril de 1784.

Todos los militares de América gozan para sus testamentos de los privilegios expuestos en este título, por declaracion de la real cédula de 24. de octubre de 1778. y no es necesario que el militar esté en expedicion, pues donde quiera puede usar de estos privilegios, y todo el que goce del fuero militar, d. real cédula y la ordenanza general de Ejército. *trat. 8. tit. 11.* pero las milicias urbanas, que no estan en actual exercicio, y que están sin alguna señal ó subordinacion á la disciplina militar, sino que solo estan preparadas para una necesidad muy urgente, no gozan de este privilegio. Mandam. real. de 19. de febrero de 1786. vease tambien la ordenanza citada. *c. 4. n. 1.* y el *8. n. 16.*

Supuesto que á los siervos les es permitido el tener peculio, como es constante, y se comparan en todo con los siervos conducticios, es evidente que tambien se les debe permitir el poder testar como lo ordena la real cédula de 31. de mayo de 1789.

TITULO V.

DE LA INSTITUCION DE HEREDERO,

SUBSTITUCIONES 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 quién vaya la herencia, cuando el testador instituye á los pobres.*
 5. *En qué partes debe dividirse la herencia.*
 6. *Puede morir en cualquiera parte testado, y*
- (1) *Tit. 13. 14. 15. y 16. lib. 2. Inst.*