

lebrar por su alma, en dónde, y su limosna: luego las mandas forzosas y pías: en otras cláusulas las graciosas ó profanas: consiguientemente las mejoras, fundaciones, remisiones, declaraciones, y nombramiento de tutores: en otra la elección de testamentarios: en otra la institución de herederos y substitutos; y en la última la revocación de otras disposiciones anteriores; pero se previene que este orden no es preciso para la validación del Testamento.

42 He instruido al Escribano en los números anteriores de lo que es Testamento y sus diferencias, del modo y forma de otorgarle, y de todo lo que es necesario para su validación: resta decir ahora por qué causas se podrá declarar nulo en el todo, ó solamente en parte, aunque el Testador no lo revoque. El Testamento se puede anular por diez causas, que se incluyen en las ocho siguientes. La primera, *por defecto del mismo Testador*, v. gr. Si es pupilo, siervo, Monge profeso, pródigo declarado, loco furioso ó mentecato, ó tiene otra prohibición de las que dexo explicadas, pues concurriendo en él alguno de estos defectos ó impedimentos, no puede testar, ni por consiguiente vale el Testamento que ordene, ni tampoco los legados, ni fideicomisos que contenga, porque el que tiene prohibición de testar, la tiene para disponer de sus bienes de qualquier modo que sea (1). Pero es de advertir que si el hijo llega á la pubertad, puede testar con arreglo á la ley sexta de Toro de la tercera parte de lo que posea, y tenga suyo en perjuicio de sus ascendientes, no obstante que exista en poder de su padre, como si estuviera fuera de él (2), según queda expuesto; lo qual no sucedia por derecho Común, ni por el de las Partidas, pues estando baxo de la patria potestad, le prohibian testar y hacer codicilos (3). La segunda, *por error del mismo Testador*, que es quando el que puede testar, y testó, erró, ó se equivocó en la persona nombrada, v. gr. si instituyó á uno en el concepto de ser su hijo legítimo, adoptivo ó legítimo: ó á otro en el de ser su consanguíneo, no siendolo realmente; en cuyos casos y otros semejan-

(1) Ley Sciendum, ff. de Legat. (2) Ley 5. de Toro, que es la 4. t. 18. l. 10. N. R. (3) Ley Qui in potestate, ff. Qui testament. facere pos. ley 3. §. 1. Cod. eod. tit. ley Tam is, §. 1. ff. de Donation. caus. mort. ley 13. tit. 1. P. 6. y §. 1. Institut. Quibus non est permissum facere Testam.

tes no vale la institución, porque falta la voluntad y consentimiento del mismo Testador, por haber errado en la causa eficiente y final, que es la institución de heredero (1); pero los legados y fideicomisos que el Testamento contenga, serán válidos, respecto presumirse no haber padecido error en ellos (2): lo qual no sucederá si yerra el nombre del Legatario, como se dirá en su lugar. La tercera, *por voluntad imperfecta y no consumada del Testador*; para cuya inteligencia es de advertir que el Testamento puede ser imperfecto por razón de su voluntad, por falta de solemnidad de testigos, ó por no haberse hecho publicación de él. Se dice imperfecto por razón de voluntad, quando el Testador no la explicó, v. gr. quando consta que quiso testar por escrito, á cuyo fin hizo llamar al Escribano, y habiendo principiado á dictarlo por sí, falleció sin concluirlo, ó sin que se publicase ante los testigos (3); y por la de solemnidad, quando lo tiene estendido enteramente, y muere antes que se lea, ó que se concluya su lectura á presencia de todos los testigos, y por consiguiente antes de decir, *que así lo otorga* (4); ó quando á su publicación no interviene el número de testigos prescriptos por la ley; en cuyos casos serán nulos el Testamento, los legados, los fideicomisos, y demas disposiciones que contenga (5): lo primero, porque su lectura ó publicación ante los testigos es de substancia (6), y del todo necesaria en qualquiera instrumento para que se estime válido (7). Lo segundo, porque antes de su publicación no se acredita la constante y última voluntad del Testador, respecto no poder probarse, ni saberse, á causa de que al tiempo de publicarse puede mudar, qui-

(1) Leyes Si pater 4. Ne apud 10. y Quotiens 13. Cod. de Hæredib. Instituend. ley Nec professio 5. Cod. de Testam. y ley 12. tit. 3. P. 6. (2) Ley Eam quam, Cod. de Fideicommiss. Gom. en la 24. de Toro, n. 1. vers. Decimo, & finaliter. Mat. en la 8. tit. 6. lib. 5. R. glos 1. n. 3. (3) Ley Si is qui, ff. y ley Hac consultissima 8. vers. At cum humana, Cod. Qui in testam. facere pos. y ley Fideicommissa 11. §. Quotiens, ff. de Legat. 3. (4) Ley Hac consultissima 21. §. Ex imperfecto, Cod. de Testam. (5) Ley Si is qui 25. cit. ley Ex ea scriptura 29. ff. Qui testamenta facere pos. y ley Fideicommissa, cit. Gom. en la 3. de Toro, n. 107. Flores de Mena, lib. 1. Var. quæst. 1. n. 38. al 42. (6) Dicha ley Fideicommissa y leyes 103. tit. 18. P. 3. ibi. *debe ser leído, y fecho ante siete testigos*:: y 23. tit. 1. P. 6. (7) Ley 1. t. 23. l. 10. N. R.

tar, añadir y alterar lo que le parezca, como varias veces sucede (1). Lo tercero, porque aunque esté estendido, puede contener algunas cosas diversas de las que el Testador quiso, ó quiera quando lo otorga. Y lo quarto, porque no hay perfeccion de voluntad, si ésta no se halla explicada del modo que la ley ordena y apetece. La quarta, por incapacidad del heredero instituido, v. gr. quando estaba muerto natural ó civilmente, ó por otro motivo se hallaba imposibilitado, inhábil, é incapaz de percibir la herencia. En este caso, aunque por caducar la institucion, se rompía en todo el Testamento segun derecho comun, y no valian los legados, ni fideicomisos (2); lo mismo que en el que carecia de institucion (3), no sucede así por el nuestro que lo ha corregido en esta parte (4); y así aunque el Testador no nombre heredero, ó éste por su incapacidad y prohibicion legal no lo sea, valdrán los legados, fideicomisos, tutelas, y todo lo demas que el Testamento contenga, siendo arreglado á derecho, si á su otorgamiento interviene la solemnidad de testigos que legalmente se requiere, y el Testador está capaz para testar, y no de otra suerte, rompiéndose y anulándose solamente en quanto á la institucion (a). La quinta, por pretericion, ó exheredacion, que es quando el Testador dexa de nombrar por su heredero á un hijo ó descendiente legítimo suyo, ó le exhereda sin causa legal; en cuyos casos sin embargo de que por derecho Comun antiquísimo (5), tampoco valian los legados, ni fideicomisos, hoy son válidos, é igualmente lo es la mejora de tercio y quinto, y quanto incluya el Testamento, si consta de la solemnidad referida. Solo se irrita en lo concerniente á la ins-

(1) Gom. ibi. n. 18. y 19. (2) Ley 3. & per tot. tit. ff. De His, qui pro non scriptis habent. ley 1. Cod. de Hæredib. instituend. y ley unic. §. Et cum triplici: §. In primo: y §. Pro secundo: Co. l. de Caduc. tollend. (3) Ley final, §. Illud. Cod. de Codicil. ley 1. ff. de Jure codicillor y ley Cohæredi, §. Cum filia, ff. de Vulgar. & pupillar. substitution. (4) Ley 1. t. 18. l. 10. N. R. y en ella M. glos. 14. n. 81.

(a) En virtud de la ley 1. tit. 18. lib. 10. N. R. si fuese instituido heredero un incapaz, como dice el Autor, valdrán las mandas y demas disposiciones del testamento. Para la debida inteligencia de dicha ley, debe leerse la unica tit. 19. de los testamentos del Ordenamiento de Alcalá, pues no se recopiló entera segun se halla en el.

(5) Ley Filio præterito, ff. de Injust. rupt. testam. y ley Papinianus, §. Si ex causa, ff. de Inofficis. testam.

titudion (1); y si contiene la cláusula codicilar, surtirá los efectos que explicaré quando trate de ella. Por manera que segun nuestro derecho aunque el Testador no haya instituido heredero, no se debe decir que murió intestado, por ser visto estar llamados á su herencia por la ley los que abintestato deben heredarle, como se prueba de las palabras de la 1. t. 18. l. 10. N. R. que dice: *Y mandamos que el Testamento que en la forma susodicha fuere ordenado, valga en quanto á las mandas, y otras cosas que en él se contienen, aunque el Testador no haya hecho heredero alguno, y entonces herede aquel que segun derecho y costumbre de la tierra habia de heredar en caso que el Testador no hiciera Testamento, y cumplase el Testamento.* Los herederos abintestato están obligados á cumplir lo que dispuso, y ordenó el Testador como si específicamente fueran nombrados (a) (2). La sexta, por falta de adiccion, ó admision de la herencia, que es quando el heredero instituido no quiere aceptarla, ó la repudia expresamente. Para instruccion del Escribano debo suponer, que por derecho Comun, y de las Partidas se requeria que el Testamento fuese perfecto de quatro maneras (3). La primera por per-

(1) Authent. Ex causa, Cod. de Liber. præterit. y ley 24. de Toro, que es la 8. t. 6. l. 10. N. R.

(a) Si el testador no hizo mencion de algun hijo, por ignorar que lo tenia, ó que su muger estuviese en cinta, no solo se romperá ó anulará el testamento en quanto á la institucion de heredero, sino tambien en quanto á las mejoras de tercio y quinto, mandas y substitution pupilar, dice Gomez in leg. 24. Tauri n. 3. porque la disposicion de esta ley solo debe tener lugar quando el padre con cierta ciencia omite ó deshereda algun hijo, pero no quando procede con ignorancia. Inferese, segun parece de esta doctrina, que anuladas las mejoras, los demas hijos no mejorados podran percibir á beneficio del derecho del omitido, mas á lo que su padre les dexó, al paso que el mejorado no solo quedará sin aquella porcion de bienes de las mejoras, sino de la que perciban los demas hijos no mejorados. De esta manera puede decirse que se destruye todo el testamento, y se sucede ab intestato. Yo, aun estando por esta opinion, salvaria el derecho del hijo omitido, y en lo demas observaria el testamento, y quedaria en su vigor la letra de dicha ley 24 de Toro. Entiendo tambien la doctrina de Gomez, quando el padre murió sin saber que tenia otro hijo, ó que dexaba su muger preñada; pero no quando lo ignoraba al tiempo de hacer testamento, y sabiendolo despues no lo revocó.

(2) Mat. en dicha ley 1. glos. 10. n. 47. y glos. 14. n. 7. (3) Bald. in leg. 1. ff. Qui testament. facere pos. Guillerm. Benedict. in cap. Raynutius, verb. Testam. 1. al fin.

fección de la voluntad del Testador declarada completamente por el mismo (1), pues si fallecía antes de explicarla plenamente, era imperfecto, y como tal no valía ni aun á favor de causas pías (2). La segunda consistía en el nombramiento de heredero (3). La tercera en la solemnidad. Y la cuarta en el efecto, el qual se verificaba de dos modos, el uno con la muerte del Testador, por la que se confirmaba, y no antes el Testamento (4), y el otro dependía de que el heredero quisiese aceptar, ó dimitir la herencia, pues su admision daba vigor al Testamento, y lo corroboraba y robustecía en todo (5): sino la admitía, se irritaban y anulaban, segun el mismo derecho Comun, no solo la institucion, sino tambien los legados y fideicomisos (6); pero segun el nuestro que está en observancia en estos Reynos de Castilla, aunque el heredero instituido no quiera aceptar la herencia, valen los legados, fideicomisos, y todo lo demás que el Testamento contenga, siendo conforme á derecho, y en su otorgamiento hay la solemnidad, y concurre el número de testigos que la ley (7) ordena y prescribe, como dexo expuesto. La séptima causa porque se puede anular el Testamento, es por la *arrogacion ó legitimacion* del heredero del Testador. Y la octava es por *falta de publicacion del Testamento*, la qual se hace de dos maneras: una despues de la muerte del Testador quando el Testamento se formalizó en escritura, memoria ó cédula privada ante el competente número de testigos, ó verbalmente sin ella ante estos. Y la otra estando vivo, á la que llaman vulgarmente *Otorgamiento*, y ésta segun tres leyes de Partida (8), se reduce á que en el Testamento se expresen (como se previene en otra Recopilada (9) para toda escritura

(1) Ley 1. ley Si is qui, y ley Ex ea, ff. Qui testamenta facere pos.
 (2) Guillerm. ibi. n. 71. Bart. in leg. Si is qui: in leg. Pamphilid, §. Propositum: & in leg. Fideicomissa, §. Quoties, ff. de Legat. 3. (3) Ley 1. ff. de Vulgar. & pupillar. substit. y §. Ante hæredis, Institut. de legat.
 (4) Ley 1. ff. Qui testam. facere pos. Cap. cum Marthe de celebrat. Misar. Apostol. ad Hæbreos 9. (5) Bald. in leg. 1. ff. Si quis omis. caus. testamenti. (6) Ley Si nemo 1. ff. de Testamentar. tutel. ley 1. §. 1. ff. de Legat. 3. ley Si nemo, ff. de Regul. jur. y leyes Eam quam 14. y ex testamento 29. Cod. de Fideicomis. (7) Ley 1. tit. 18. lib. 10. N. R. y en ella Mat. glos. 14. y 15. (8) Leyes 54. 103. y 111. tit. 18. P. 3. (9) Ley 1. tit. 23. ley 10. N. R.

pública) el pueblo, día, mes y año en que se otorga y publica, y los testigos que presenciaren su otorgamiento, con el nombre y apellido de cada uno, (pues no es preciso que sean mayores de toda excepcion) ante los quales y el Escribano juntos ha de manifestar el Testador verbal, clara y distintamente su voluntad; de suerte que todos á un mismo tiempo la entiendan, y en caso de duda puedan deponer contextes, siendo sobre ella interrogados. Tan precisa es la solemnidad de testigos, y la publicacion ó manifestacion de la voluntad del Testador á su presencia, que aunque éste por sí solo, y por vía de memoria ordene su Testamento, y haga llamar al Escribano para que lo traslade al papel sellado, ó lo dicte ó se estienda á presencia de él, si antes que se lea ó publique á la de los testigos competentes fallece, será nulo por falta de publicacion, y por imperfeccion de voluntad, como dexo sentado en los números anteriores.

§. II.

De los Herederos.

43 El Testamento por derecho antiquísimo de los Romanos, no tenía otro fin que el de hacer saber al Pueblo la persona que designaba el Testador para sucederle en todos sus bienes. Quando se perdió esta formula tan sencilla de testar, y se establecieron otras que los Jurisconsultos creyeron necesarias, especialmente en tiempo de los Emperadores, una de ellas y la mas principal fué la institucion de heredero que debia preceder á los legados y fideicomisos; de tal manera, que si se variaba el orden, era nulo el Testamento (1). Despues se estableció, que una vez que la contuviese ya fuese en el principio, en el medio ó en el fin no se anulase (2): y últimamente, por derecho Real de España se ordenó, que aunque el Testamento carezca del nombramiento de heredero, si consta de la solemnidad legal que se ha explicado, valgan las mandas, las mejoras, y todo lo demás que contenga

(1) Ley 1. de ff. Hæredib. instituend. y 9. ff. de Testamentar. tutel. y §. 34. Institut. de legat. (2) Ley 24. y 25. Cod. de Testament. y Præmio del tit. 3. P. 6.