

rar quiénes son herejes, sino á las leyes nacionales, pues á ninguno se prohíbe testar, si su religion se permite en el Estado. 3° *Los que contraen nupcias incestuosas*; pero habiéndose inventado esta prohibicion en favor de los hijos del primer matrimonio, cesa, si los padres incestuosos instituyen á los hijos legítimos, *L. 6. De incest. nupt.* 4° *Los condenados por libelos infamatorios*, pues la *L. 18. §. 1. ff. h. t.* los declara malvados é incapazes de testar. No obstante no se ha de tener toda injuria escrita por libelo infamante, pues aquella ataca los vicios de los hombres con las sales de la sátira, y este, bajo la salvaguardia del anónimo, echa á otro la culpa de un delito atroz. 5° Antiguamente tampoco se permitia testar á los *condenados á muerte*, pues se hacian siervos de la pena, y estos no tenian la facultad de testar (1). Y si bien es cierto que vulgarmente los doctores sientan que Justiniano abolió la servidumbre de la pena por la *Nov. CXXXIV. c. ult.*, no lo es ménos que leyendo con cuidado aquella Novela, se advertirá que solamente se ha quitado la servidumbre de la pena en favor de los parientes, porque no se confiscasen los bienes, y para que se aplicasen á estos. Luego si hoy dia existen parientes, el sentenciado á muerte no puede hacer testamento segun el Derecho justiniano. Sin embargo domina en el foro el error de los doctores, y nada es hoy dia tan frecuente como el testar sobre sus cosas indistintamente todos los condenados á pena capital.

(1) Por Derecho español se concede á los condenados por delito á muerte civil ó natural, que puedan hacer testamento y codicilo, ú otra cualquier última voluntad, disponiendo de sus bienes, excepto de los que por el tal delito fueren confiscados, *L. 3. tit. 18. lib. 10. Nov. Recop.* Pero como ahora no puede ya imponerse la pena de confiscacion, el condenado á muerte está autorizado para disponer siempre de todos sus bienes.

TÍTULO XIII.

DEL MODO DE DESHEREDAR Á LOS DESCENDIENTES.

§. DXXI y DXXII. Hasta aquí hemos visto cómo, y quiénes hacen testamento. En cuanto á lo primero, dijimos que deben observarse todas las solemnidades, tanto internas como esternas, á saber, la institucion de heredero. Á esta es contraria la *desheredacion*, cuya doctrina espone Justiniano en este título. Ya hemos manifestado arriba suficientemente, cuán estensa era entre los romanos la patria potestad, que tambien se estendia á poder desheredar al hijo á su antojo, y sin motivo alguno. Así es que espresamente dice Paulo en la *L. 11. fin. ff. De lib. et posthum.*, que se permitia desheredar absolutamente á los hijos, así como tambien podian sus padres matarlos. Se conserva la memoria de algunos ejemplos, que hoy dia leemos con asombro. Así vemos en Valerio Máximo, *lib VIII. c. 7. §. 3.*, que el niño C. Tercio fué desheredado por su padre: y ¿cómo un niño pudo haberse mostrado ingrato hácia su padre? Así lo permitia no obstante el rigor de la patria potestad. No hai duda en que los legisladores concedieron esta libertad á los padres, creyendo que apenas podria suceder que cometieran una injusticia contra su misma sangre. Pero habiendo enseñado con el tiempo la esperiencia, que atraidos los padres por los halagos de las madrastras, se desprendian de los afectos paternos; se estableció últimamente por las leyes, que el padre, no omitiese á sus hijos en el testamento, sino que los instituyese herederos ó los desheredase.

§. DXXIII. Así como los hijos eran de distintas condiciones, así tambien el padre tenia mayor ó menor

facultad para desheredar á los hijos. Á saber, los hijos se distinguian en *suyos* y *emancipados*, en *legítimos* é *ilegítimos*, en *naturales* y *adoptivos*, en hijos *varones* y *hembras*, en hijos de *primer grado* y de *ulteriores grados*, y últimamente, en *nacidos* y *póstumos*. Los de mejor condicion entre todos eran *los hijos varones suyos naturales y de primer grado*; pues ó habian de ser instituidos herederos, ó se habian de desheredar espresamente. Y así es que si el padre los preteria en el testamento, ó decia: *no quiero que mi hijo sea mi heredero*; era nulo el testamento, porque ni habia aquel instituido heredero á su hijo, ni le habia desheredado espresamente. Por lo demas si uno tenia solamente un hijo, es claro que no era preciso nombrarle, por constar de cierto la intencion del testador, *pr. Inst. h. t.* Estaban en segundo lugar las *hijas suyas y naturales*, y tambien los *nietos*. Se diferenciaban de los hijos varones, 1º en que estos debian ser desheredados espresamente, y las hijas y nietos podian serlo entre otros; por ejemplo: *sean herederos Pedro y Juan mis hijos: á los demas desheredo*. 2º El hijo preterido anulaba el testamento; mas siendo preteridos la hija y nietos, no por eso se hacia nulo el testamento, sino que los preteridos acrecian en iguales porciones.

§. DXXIV. Siguen los *póstumos*, cuya condicion era antiguamente mui dura, no pudiendo ser instituidos herederos, por ser personas inciertas, §. 26, 27. *Inst. De legat.*, mas habiéndose establecido despues el principio, de que *el póstumo se tiene por nacido, cuando se trata de su beneficio*, sucedió que tambien para los póstumos valiese la regla, que ó se habia de instituirlos herederos, ó desheredarlos, §. 4. *Inst. h. t.* Por lo cual, si son preteridos, y despues nacen vivos, rompen el testamento, y se admiten á la sucesion abintestado como los demas hijos (4); de

(4) Para que en España el póstumo preterido rompa el testamento,

manera, que hoi dia no puede verificarse el que se desherede á un póstumo; pues desde que Justiniano señaló en la *Nov. CXV.* ciertas causas de desheredacion, v. gr., la ingratitude, que no cabe en un póstumo, no puede este ser desheredado.

§. DXXV. Siguen los hijos *emancipados*; los cuales considerándose estraños respecto del padre, impunemente podian ser preteridos por él; y por tanto, ni tenian que ser instituidos ni desheredados. Mas pareciendo esto injusto al pretor, los llamó á *la posesion de los bienes contra el testamento*; y por tanto, si piden este beneficio al pretor, pueden tomar su parte de herencia, á no ser que hayan sido espresamente desheredados, §. 3. *Inst. h. t.* Por lo demas se ha de tener presente, que se ha de pedir aquel beneficio *dentro de un año útil*, y que pasado ya no hai remedio. Véase la *L. 5. ff. De success. edict.* (1).

es preciso que nazca todo vivo, que ademas viva veinte y cuatro horas, y que sea bautizado; de otra manera el parto se tiene por abortivo, así como lo es cuando el hijo nace en tiempo en que naturalmente no puede vivir, aún cuando en este caso concurren las tres circunstancias arriba dichas, *L. 2. tit. 5. lib. 10. de la Nov. Recop.* (13 de Toro.) Cuál sea este tiempo hábil ó legitimo, lo dice la *L. 4. tit. 23. Part. 4.*, fijándolo en el 7º, 9º ó 10º mes. Esta distincion de meses para tener los partos por legítimos, es arbitraria é injusta, segun lo prueba el doctor Palacios, al *tit. 4. lib. 1. pág. 3. Instituciones del Derecho civil* de Castilla, por los señores Aso y de Manuel.

(1) En España deben ser substituidos ó espresamente desheredados los descendientes ó hijos del testador, ya estén bajo su potestad, ya fuera de ella, *L. 3. tit. 7. Part. 6. L. 1. tit. 8. de la misma Part.*; y i son preteridos, será nulo el testamento. *L. 1. L. 10. tit. 7. Part. 7.* Y tambien los ascendientes deben ser del mismo modo instituidos ó desheredados, *dicha L. 1.*, con tal sin embargo que no haya descendientes, *L. 1. tit. 20. lib. 10. Nov. Recop.* (6. de Toro.) No obstante despues de la *L. 1. tit. 18. lib. 10. Nov. Recop.*, en que se declara válido el testamento, aunque no contenga institucion de heredero, parece mas probable que debe serlo el testamento en que el testador que muere con hijos, no señala ningun heredero, pues en este caso

§. DXXVI. Últimamente, por lo que toca á los hijos *ilegítimos* y *adoptivos*, aquellos se entiende que no tienen padre, y estos son de la misma condicion que los naturales. De donde se sigue, 1º *que el padre no está obligado á instituir herederos ni á desheredar los hijos ilegítimos, sino que puede preterirlos sin peligro*. En lo cual son de peor condicion que los emancipados; los cuales, segun dijimos, pueden pedir la posesion de los bienes contra el testamento; á lo cual no tienen derecho los ilegítimos. 2º Que los adoptivos, miéntras dure la patria potestad, ó han de ser instituidos, ó desheredados espresamente, De lo cual inferimos, 3º que á los no adoptados plenamente no hai que instituirlos ni desheredarlos, porque es claro que no están bajo la patria potestad, §. 186.

§. DXXVII, DXXVIII y DXXIX. En tantos embrollos y rodeos está envuelta la doctrina de la desheredacion en las *Inst. Pand.* y *Cód.* Pero Justiniano reformó en la *Nov. CXV.* toda esta doctrina, de manera que puede reducirse á pocos axiomas. 1º *Hoi dia han de ser instituidas ó desheredadas por su nombre todas las personas á quienes se les debe una porcion legitima*: y esta se debe á los hijos, á los padres y á los hermanos uterinos y consanguíneos, cuando se prefiere á estos alguna persona torpe; todos sin distincion de sexos. Aquí ocurre una pregunta; á saber, ¿de dónde tiene origen esta porcion legitima? Lo mas probable es que la haya introducido algun jurisconsulto á ejemplo de la Cuarta falcidia; pues ademas de que en lo antiguo siempre fué la cuarta parte de los bienes, claramente se la llama Cuarta falcidia en las *L. 8, 9 y 14. ff.*

los hijos deben considerarse instituidos y pagar los legados, en cuanto no se disminuya su legitima; y por tanto valdrán las mejoras de tercio y quinto que en él se hagan á alguno de los descendientes, segun espresamente lo dispone la *L. 8. tit. 6. lib. 10. Nov. Recop.* (24. de Toro.) Véase á Sala *Inst. rom. hisp. lib. 2. tit. 13. nota at §. 5.*

De inoffic. test. L. 31. C. eod., y en Paul. *Recep. sent. lib. 4. tit. 5. §. 5.* Mas hoy dia ya no es la cuarta parte de los bienes, pues Justiniano estableció en la *Nov. XVIII. c. 1.*, que si las personas eran cuatro ó ménos, la porcion legitima fuese la *tercera parte* de la herencia, y si eran mas de cuatro, la *mitad*. IIº *Toda desheredacion debe hacerse puramente*. Por tanto no parece desheredado aquel, de quien dice el padre: *desheredo á mi hijo, si es verdad que me ha injuriado*, *L. 3. §. 4. ff. De lib. et posth.* IIIº *La desheredacion debe hacerse de toda la herencia*; pues si alguno es instituido heredero, aunque solo sea en mui pequeña cantidad, no es desheredado, sino que tiene la accion *in factum expletoria* para completar la legitima. IVº *Toda desheredacion debe hacerse con justa causa, que se espresé en el mismo testamento*, por ejemplo: desheredo á mi hijo por haberme golpeado.

§. DXXX. *Causas justas* son, no cualesquiera que parezcan tales al testador, sino las que están determinadas por las leyes. Justiniano las señaló en la espresada *Nov. CXV. c. 3.* fijando catorce, por las que pueden ser desheredados los hijos. 1º *Injuria grave*, á saber, *de palabra*; por ejemplo, si el hijo dijese al padre que era un malvado. 2º *Injuria de hecho*, si el hijo pusiese las manos en su padre, golpeándole ó azotándole etc. 3º *Si pusiese asechanzas á su vida*. 4º Si delatase al padre ante el magistrado, por ejemplo, por haber defraudado al fisco, y el padre sufriese por ello algun daño. 5º *Si el hijo tratase con los hechiceros para seguir su profesion*. 6º *Si impide al padre testar*; lo cual es tan odioso, que aún por eso á los estraños se les quita la herencia como indignos de ella, *L. 1. §. 12, y L. 4. ff. Si quis aliqu. test. proh.* 7º *Si alguno desatiende á su padre furioso*, y no le toma bajo su cuidado. 8º *Si no le saca del poder de los enemigos pagando el rescate*. 9º *Si el hijo se hace hereje*, cual lo hemos descrito en el §. 520.

10° Si el hijo acusase al padre de crimen que merezca pena de muerte, escepto el delito de lesa majestad; pues estando ordenado que se castigue este crimen aún en los que callan, no se puede atribuir á vicio que prefiera el hijo su bien al de su padre. Por lo demas se deja conocer que esta causa solo se entiende respecto de los hijos varones, porque las mujeres no pueden acusar por la *L. 8. ff. De accus.* 11° Si el hijo tuviese trato ilícito con su madrastra; cuya causa parece la tomó Justiniano de la misma sagrada Escritura, *Gen. c. 49. v. 34*, donde Jacob escluyó por este delito á su hijo primogénito Ruben del reinado y del sacerdocio. 12° Si el hijo se hacia mimo ó farsante contra la voluntad de su padre: lo cual hoy dia se aplica malamente á los cómicos, pues los mimos eran infames, *L. 1. ff. De his qui not. infam.*; y nuestros cómicos frecuentemente viven con estimacion, y muchas vezes no se envilece el honor de los padres, porque sus hijos escojan este género de vida. 13° Si el hijo teniendo á su padre en la cárcel, no quiere libertarle afianzando por él. Tambien esta causa es propia solamente de los hijos varones, pues las hijas, como mujeres, no pueden afianzar por otros, impidiéndoselo el senadoconsulto veleyano. Véase la *L. 11. §. 12. ff. De SCto. vellei.* 14° Si la hija se hace ramera; mas no basta que haya sido estuprada, sino que se requiere que comercie con su cuerpo. Y aún no basta esto, sino que tambien exigen las leyes que sea menor de edad, y que el padre le haya ofrecido dote y haya querido colocarla. Entónces no cabe duda en que si prefiere ella la disolucion á la honestidad, con razon se la considera digna de ser desheredada (1).

(1) Las catorce causas que Justiniano señaló para desheredar, fueron aprobadas por Don Alonso el Sabio en las *leyes 5. 6. y 7. del tit. 7. Part. 6.*, añadiéndose otra por la real pragmática del año de 1776, corroborada en 1803, por la cual puede ser desheredado el hijo menor

§. DXXXI. Méenos son las causas, por las cuales pueden ser privados los padres de la herencia, *Nov. CXV. c. 4*, pues solo son ocho, y la razon está á la vista; porque siendo mayor la obligacion de los hijos para con los padres, que no la de estos para con aquellos, tambien deben ser méenos los casos, en que pueden mostrarse ingratos los padres respecto de sus hijos. Estas ocho causas son equivalentes á la 3ª, 6ª, 7ª, 8ª, 9ª, 10ª y 11ª del párrafo anterior; solo la octava es singular, pues por justa venganza puede el hijo desheredar al padre que dió veneno á la madre de aquel, ó viceversa, desheredar á la madre que haya atentado contra la vida de su padre.

§. DXXXII. Restan las causas, por las que pueden ser desheredados los hermanos y hermanas. Á la verdad pueden ser preteridos sin riesgo, y ni aún es necesaria la desheredacion, con tal que no se instituya en su lugar á persona torpe. Mas si alguno, por ejemplo, instituye heredera á una mujer pública ó alcahueta, pueden los hermanos y hermanas rescindir el testamento por la queja de inoficioso, á no ser que fuesen desheredados con justa causa. Tales causas justas se hallan en número de tres en la *Nov. XXII. c. 47.* 1ª si el hermano asechase contra su vida; 2ª si le acusase de algun crimen, y 3ª si le perjudicase sobremanera en sus bienes.

§. DXXXIII. Estas son las causas justas de desheredacion, y se pregunta: si se admiten otras mas atrozes? Lo cual parece debe negarse, porque Justiniano quiso que

que haya contraído matrimonio, sin obtener primero el consentimiento de su padre, lo mismo que aquellos que contrajeren matrimonio clandestino. El hijo emancipado no pierde la accion de queja, porque por este acto no ha perdido el derecho á la herencia de su padre respecto del hijo emancipado. Sin embargo el padre no puede desheredar por ninguna de estas justas escusas al hijo menor de diez años y medio, porque se le cree incapaz de dolo.

solamente estas bastasen. Así, por ejemplo, no valdria la desheredacion del hijo, porque hubiese cometido un homicidio; pues aunque estos delitos sean atrozes, sin embargo no se hallan entre las causas de desheredacion. Se ha de distinguir pues entre las causas *diversas*, aunque mas atrozes, y causas del *mismo género*: estas se admiten; aquellas de ningun modo. Así, por ejemplo, si puedo desheredar á mi padre por haber dado veneno á mi madre, claro está que valdria lo mismo la desheredacion, si fuese por haberla muerto con una espada. De este asunto trató diligentemente Ulp. Hubero en sus *Præl. ad. Inst. h. t.*

TÍTULO XIV.

DE LA INSTITUCION DE HEREDERO.

§. DXXXIV. Dijimos que á la desheredacion era contraria la *institucion de heredero*, de la cual se trata en este titulo. Manifestaremos, 1º quiénes pueden ser instituidos herederos; 2º cómo se divide el *as hereditario*; 3º de cuántos modos puede hacerse la institucion de heredero.

§. DXXXV y DXXXVI. Supuesto que la solemnidad interna del testamento consiste en la institucion de heredero, de suerte que es como el principio y fundamento del testamento, §. 34. *Inst. de legat.*, (1) se pregunta ante todas cosas, qué es heredero? Heredero es *el sucesor en todos los derechos que tuvo el difunto*. En cuya definicion se distingue el heredero del *legatario* y *fideicomisario singular*, pues ninguno de estos sucede en todo el derecho del difunto, sino en una cosa singular, por ejemplo, en

(1) En España, segun ya queda dicho, no es necesaria la institucion de heredero para que valga el testamento, segun la *L. 1. tit. 18. lib. 40. Nov. Recop.*

una casa, un prado, una biblioteca, etc. Por lo cual, no pagando el legatario y fideicomisario ninguna deuda contraída por el difunto, incumbe esta carga solamente al heredero, porque es el sucesor en todos los derechos del difunto, *L. 24. ff. De verb. sign.* Supuesta esta definicion, fácilmente se entenderá la primera cuestion de nuestro titulo, *quiénes pueden ser instituidos herederos*; lo cual esplicamos con un axioma general derivado de la definicion: *puede ser instituido heredero todo aquel que puede suceder en los derechos de ciudadano romano al tiempo de hacerse el testamento, de la muerte del testador y de la admision de la herencia*. Nada hai mas claro que este axioma, pues el hacer testamento es derecho quirritario, esto es, propio de los ciudadanos romanos, y por tanto ninguno puede percibir algo del testamento, sino el que puede suceder en los derechos del testador como ciudadano romano. Mas deben tenerse presentes tres tiempos para saber si uno puede ser instituido heredero; pues conviene que sea capaz 1º *al tiempo de hacerse el testamento*, 2º *al morir el testador*, 3º *al adir ó admitir la herencia*. No importa que en los tiempos intermedios sea inhábil, *L. 49. §. 1. ff. h. t.*; por ejemplo, mientras Ciceron estuvo desterrado por Clodio, era incapaz de la herencia, ya le instituyese alguno heredero, ya muriese el testador estando él desterrado, ya que en calidad de tal entrase en la herencia. Y en nada hubiera perjudicado á Ciceron su destierro, si en las tres épocas mencionadas se hubiese hallado en la ciudad.

§. DXXXVII. Veamos las conclusiones que se derivan de este axioma; á saber de aquí se sigue, 1º que *tambien los siervos pueden ser instituidos herederos*. Se ha de distinguir no obstante entre los siervos propios y ajenos. Los *propios* no son herederos sino con la libertad, porque de otro modo no pueden suceder en el derecho de ciuda-

dano romano, mas los *ajenos* tambien pueden instituirse aún sin libertad. Se objetará que el siervo no puede suceder en el derecho de ciudadano romano; pero es fácil la respuesta: los siervos no se instituyen por su persona, sino por la de su dueño, *L. 31. pr. ff. h. t.*; por tanto no adquieren para sí, sino para sus señores, y por eso hasta que estos puedan suceder en todos los derechos de ciudadano romano. No obstante de ser corriente en las leyes, que pueden instituirse los siervos, debe tenerse presente una escepcion que se halla en el rescripto de Severo y Antonino, *pr. Inst. h. t.* á saber, *si se sospechase que el siervo habia cometido adulterio con su señora, y esta le nombra heredero, no valdria esta institucion, hasta que se diese sentencia en la causa de adulterio.* La razon está á la vista; pues así se haria libre el siervo heredero, y no podria ser atormentado, esto es, puesto en rigurosa cuestion de tormento, y el delito quedaria impune.

§. DXXXVIII. Del mismo axioma inferimos, IIº que solamente los ciudadanos romanos, y no los extranjeros, pueden ser instituidos herederos, *L. 6. §. 2. ff. h. t.* Porque ¿ cómo podria suceder un extranjero en el derecho de ciudadano romano? Se cree sin embargo vulgarmente que está derogado este derecho por la *Auth. Oannes peregrini. C. Communia de success.* Mas en esta Auténtica no establece Federico II que los extranjeros puedan ser instituidos herederos, sino que puedan solamente hacer testamento y dejar sus bienes abintestato á los próximos parientes. Entretanto, habiendo Eschiltero, en la *Diss. de jure peregrinor.*, observado mui bien, que hai poca diferencia hoi dia entre los extranjeros y nacionales, no es de admirar que tambien aquellos puedan ser instituidos herederos.

§. DXXXIX. Sigue IIIº la cuestion de *si pueden ó no las personas inciertas ser instituidas herederas.* Ya observámos

en el §. 523, que antiguamente no podian serlo, pues la institucion de heredero era un *título de honor*; y ¿ quién, pregunto, querria honrar á una persona desconocida, de la que no tiene formada ninguna idea? A la verdad así se observaba en tiempo de Plinio, bajo Trajano, como se manifiesta en su *lib. V. Ep. 7.* donde espresa, *que era nulo lo que se dejaba á los municipios, no por otra razon que la de ser personas inciertas.* Sin embargo esta legislacion fué variando poco á poco, y por Derecho nuevo se distingue, *si la persona desconocida puede hacerse cierta despues de la institucion, ó no.* Si de ningun modo puede venirse en conocimiento de ella, es evidente que no vale la institucion de heredero; por ejemplo, si uno nombrase heredero á Juan, y entre tantos miles de Juanes no se sabe de quién hablaba el testador: mas si despues de hecha la institucion puede averiguarse la persona, vale aquella; por ejemplo: *instituyo heredero al que salga cónsul en el año próximo, §. 26, 27. Inst. De legat.* Con esto se da fácilmente la razon de por qué puede dejarse hoi dia la herencia á los pobres, iglesias, ciudades y cualesquiera corporaciones permitidas, esto es, confirmadas por el príncipe; lo cual no podia hacerse antiguamente, segun demostrámos claramente en nuestras *Ant. rom. h. t. §. 3.*

§. DXL y DXLI. Habiendo mostrado hasta aquí quiénes pueden ser instituidos herederos, toca ahora hacer ver quiénes no pueden serlo. De estos hai dos clases; los unos están prohibidos *simpliciter*, de suerte que no pueden ser instituidos por nadie y en ningun caso; y los otros están prohibidos *secundum quid*, de manera que solo en ciertos casos son incapazes. Están prohibidos *simpliciter* 1º los hijos varones de los reos de Estado, los cuales redujo á tan miserable condicion la terrible *L. 5. C. ad L. jul. maj.*, por la cual no solo se les privaba de la herencia paterna y materna, sino que no podian recibir

nada de ningún extraño. Y decimos que la prohibición solo comprendía á los hijos varones, pues la condición de las *hijas* era algo mejor, pudiendo percibir la legítima de sus ascendientes maternos, *L. 5. C. eod.* También están prohibidos simpliciter de tomar nada de la herencia 2º los *apóstatas, herejes y judíos*, habiendo ya visto arriba cómo se debe entender esto. Últimamente, 3º nada perciben *simpliciter los colegios y cuerpos ilícitos*, *L. 12. C. h. t.* Mas aquí no se llaman colegios ilícitos moralmente los que son contra las buenas costumbres, por ejemplo, los de ladrones, asesinos, etc., sino los que no están aprobados por el príncipe. De aquí es que aunque, por ejemplo, un colegio de músicos no está prohibido moralmente, no obstante no puede dejársele ninguna parte de herencia, porque no está aprobado por el príncipe. Estos eran los incapaces de heredar simpliciter. *Secundum quid* no puede ser instituido en ciertos casos, 1º el *príncipe*, si se hace por *causa de pleito*, para oponer un rival muy poderoso á los contrarios; sobre cuyo asunto existe una elegante oración de los emperadores Severo y Antonino, §. 8. *Inst. Quib. mod. test. infirm.*, donde se halla aquella sentencia digna de un príncipe: *aunque las leyes no nos obligan, sin embargo vivimos por ellas.* *Secundum quid* no puede ser instituido, 2º el *cónyuge* que se casa con la viuda ó viudo, si se le deja mas de lo que recibió cada uno de los hijos del primer matrimonio. Es de saber que las segundas nupcias eran odiosas, y por tanto las leyes miraban por los hijos del primer matrimonio, para que no se les privase de los bienes paternos y maternos. 3º Nada pueden percibir entre sí *los padres é hijos incestuosos*; y ni tampoco 4º podían ser instituidos por los padres los hijos *naturales* ó nacidos de concubina, sino á falta de hijos y padres legítimos, *L. 1. 2. C. De liber. nat.* Añadimos 5º que el *adúltero y adúltera* no pueden tomar nada uno de

otro. Por tanto, si recíprocamente se dejaban algo, como que eran indignos de ello, lo percibía el fisco, y aún al presente lo hace así, *L. 13. ff. De his que ut indignis auf.* (1)

§. DXVII. Concluida la primera parte de este título, sigue la otra: *cómo se ha de dividir el as hereditario?* La palabra *as* es griega en su origen, y significa lo mismo que *uno, todo, íntegro é indivisible*. Los romanos solían llamar *as* á toda universalidad; así, por ejemplo, lo que había de pagarse anualmente con el nombre de réditos, se llamaba *as usurario*, y de aquí es que también llamaban *as hereditario* á toda la masa de la herencia. Todo el *as* se dividía por los romanos en doce *onzas*, las cuales desde la primera hasta la última tenían su nombre particular. Pues

1º Si alguno recibía una onza, ó la duodécima parte de la herencia, se llamaba heredero *en una onza*.

2º Si dos onzas, ó $\frac{2}{12}$, se decía heredero en el *sestante*.

3º Si tres onzas, ó $\frac{3}{12}$, era heredero en el *cuadrante*.

4º Si cuatro onzas, ó $\frac{4}{12}$, era heredero en el *triente*.

5º Si cinco onzas, ó $\frac{5}{12}$, era heredero en el *quincunce*.

6º Si seis onzas, ó $\frac{6}{12}$, era heredero en el *semisse*.

7º Si siete onzas, ó $\frac{7}{12}$, era heredero en el *septunce*.

8º Si ocho onzas, ó $\frac{8}{12}$, era heredero en el *bes*.

9º Si nueve onzas, ó $\frac{9}{12}$, era heredero en el *doctrante*.

10º Si diez onzas, ó $\frac{10}{12}$, era heredero en el *decunce* ó *destante*.

(1) En España no pueden ser instituidos herederos, 1º los que han sufrido muerte civil, ya por razón de voto, ya por razón de pena. 2º Los que han abandonado la religión del Estado. 3º Las corporaciones ilegalmente establecidas. 4º Los alevosos y traidores, declarados tales por sentencia, todos los cuales tienen una prohibición absoluta de ser instituidos. La tienen relativa, 1º los hijos de dañado y punible ayuntamiento, y 2º el confesor en la última enfermedad, su iglesia convento y parientes.

11° Si onze onzas, ó $\frac{11}{12}$, era heredero en *scunce*.

12° Si doce onzas, ó $\frac{12}{12}$, se llamaba heredero en el *as*.

Estos son los nombres de las onzas: y ¿qué sucede si uno no toma una onza entera, sino por ejemplo, $\frac{1}{24}$? Entonces se llama heredero en una *semiuncia*. Y si es instituido en la cuarta parte de una onza, y toma $\frac{1}{48}$? Entonces se llama heredero en un *sicilico*. Hai ademas otras palabras del mismo género, pero que se omiten aquí, por ser muy raras en nuestro Derecho; pueden leerse dos autores antiguos, *Volusio Meciano* y *Balbo* acerca del *as*, los cuales reunió en su excelente libro de las antiguas monedas Juan Fed. Gronovio.

§. DXLIII y DXLIV. Con estos antecedentes fácilmente se entenderá cómo se ha de dividir la herencia, especialmente si el testador ha errado en la distribucion del *as*. Es un axioma general, que la herencia se ha de dividir de modo que no sobre nada del *as*; pues no pudiendo morir ninguno parte testado y parte intestado, §. 491. 3., y habiendo entre estas dos cosas una repugnancia natural, *L. 7. ff. de R. J.*, es consiguiente que se distribuya entre los herederos todo el *as* hereditario; por quanto de otro modo la parte sobrante iria á los herederos abintestato, y el testador moriria parte testado y parte intestado (1). De este axioma se sigue, 1° que si un heredero ha sido instituido en parte, percibe todo el *as*. Por ejemplo, el testador deja treinta mil, é instituye á Pedro en la mitad, sin nombrar mas heredero; entonces Pedro en lugar de la mitad percibe los treinta mil. *L. 1. §. 4. ff. h. t.* 2° Se

(1) Como en España no se necesita la institucion de heredero para la validez del testamento, parece consiguiente que entre nosotros cese el derecho de acrecer, de que se habla mas abajo en el testo, y por lo mismo se deben entender corregidas las leyes de Partida que tratan de esta materia. Con todo habrá derecho de acrecer, si el testador manifestó su voluntad de que lo hubiese.

sigue que si son muchos los herederos, y no se les ha señalado porcion á ninguno, todos perciben partes iguales. Por tanto si el testador instituye seis herederos sin añadir cuánto deben llevar, tomará cada uno cinco mil. Por lo demas se ha de tener presente, que muchas personas que están juntas, siempre se tienen por una, *L. 11. 13. ff. h. t.* Por ejemplo, si el testador dejase así: el primero sea heredero, el segundo y el tercero sean herederos, el cuarto, quinto, sexto y sétimo sean herederos; se harán tres partes, y el primero llevará diez mil, el segundo y tercero cada uno cinco mil, y cada uno de los restantes cinco mil quinientos. De esto se infiere, 3° que si sobra algo del *as*, acrece á cada heredero á prorata; por ejemplo, el testador deja cuarenta mil, é instituye al primero en la mitad, y á otro en el cuadrante; restan diez mil que se dividirán entre los dos coherederos, de modo que el primero lleve el doble que el otro. 4° Dedúcese, que si se distribuyen mas onzas que corresponden, lo que falta, se saca á prorata de cada uno de los herederos. Por ejemplo, el testador deja doce mil, é instituye al primero en la mitad, y al segundo, tercero y cuarto, á cada uno en el cuadrante: como falta un cuadrante, debe disminuirse á prorata la parte de los herederos; y por tanto el primero llevará seis mil, el segundo dos mil, el tercero dos mil, el cuarto dos mil, lo mismo que si hubiesen sido instituidos en el sextante. De aquí dimana, que si algunos herederos tienen señalada su parte, y otros no, estos tomarán lo restante; y si no sobra nada del *as*, se hará un *dupondio* del *as*, esto es, se dividirá la herencia en 24 onzas. Por ejemplo, el testador instituyó al primero en el cuadrante, al segundo en la tercera parte de la herencia, al cuarto y quinto sin porcion espresa, y la masa hereditaria es doce mil: el primero tomará tres mil, el segundo cuatro mil, y sobrando cinco mil, se dividirán en porciones iguales entre los demas

herederos que no tenían parte señalada. Al contrario, si el testador hubiera dicho : el primero sea heredero en cuatro onzas, el segundo en otras cuatro, el tercero en otras cuatro, y además el cuarto sea heredero : entónces tomará el primero dos mil, el segundo dos mil, el tercero dos mil, y el cuarto seis mil.

§. DXLV y DXLVI. Resta la tercera parte de este título, de los modos de instituir heredero. Hácese pues la institucion ó puramente, ó bajo condicion. Y no se hace tambien hasta cierto dia, ó desde tal dia? No, porque en este caso moriria el testador parte testado y parte intestado (1). Si uno dijese : *Juan sea heredero despues de diez años*; deberia entónces permanecer la herencia hasta aquel tiempo en los herederos abintestato, lo que no permiten nuestras leyes. Sin embargo otra cosa se diria, si fuese incierto el dia que se señalase, de manera que pueda suceder el que acaso nunca llegue. Pues semejante dia incierto se tiene por condicion, y por tanto vale la institucion hecha : *serás mi heredero el dia que te hagan consul*. Pudiéndose hacer bajo condicion la institucion de heredero, se pregunta : *qué es condicion y de cuántas maneras puede ser*? Condicion es la circunstancia por la que se suspende una cosa hasta algun acontecimiento incierto.

(1) No siendo esto de temer en España, segun la *L. 1. tit. 18. lib. 10. Nov. Recop.*, parece no haber ningun inconveniente en que el heredero se instituya desde cierto tiempo, ó hasta cierto tiempo, sucediendo en este caso que despues pasa la herencia á los herederos abintestato.

Es doctrina mui esencial en el Derecho español, que el testador puede distribuir como quiera todos sus bienes, si no tiene ascendientes ni descendientes, pues si tiene hijos, nietos etc., solo podrá disponer libremente del quinto; y si no tiene descendientes, pero viven sus padres, abuelos etc., tansolo podrá disponer del tercio. Sin embargo el que tenga descendientes, podrá disponer de tercio y quinto en favor de ellos.

De donde claramente se manifiesta, que no es condicion la que se refiere á cosa pasada, pues ¿ cómo ha de ser incierto lo que ya sucedió? No obstante á veces surte el efecto de condicion, si respecto de nuestra noticia la cosa es incierta; lo cual se verifica frecuentemente en las promesas; por ejemplo : ¿ me das ciento, si esta ocupado el puerto de Santander? Dividen los doctores en seguida la condicion en *posible é imposible* : pero esta division es poco cómoda, y ni aún es conforme á la naturaleza de las divisiones, pues condicion es la que suspende el negocio hasta un acontecimiento incierto, constando ya que nunca ha de verificarse; por lo demas, prestando alguna utilidad esta division, con razon se la tolera en el Derecho.

§. DXLVII. La condicion posible se subdivide en *potestativa, casual y mista* : *potestativa* es la que está en nuestra facultad; *casual*, la que pende de la casualidad; *mista*, la que depende en parte de nuestro arbitrio, y en parte de la suerte; mas si hemos de confesar la verdad, ni aún esta division es exacta, pues apénas puede darse ejemplo de la condicion potestativa en que al mismo tiempo no intervenga principalmente la divina Providencia.

§. DXLVIII. Tambien la condicion *imposible* es de tres maneras, pues ó es imposible por las *leyes* ó buenas costumbres, por ejemplo : sé heredero, si matas á tu hermano, ó sales desnudo á la plaza; ó por *naturaleza*, por ejemplo : sé heredero, si te bebes toda el agua del rio; ó por la *ambigüedad de las palabras*, si de tal manera se oponen entre sí, que la cláusula no puede tener efecto, por ejemplo : si el primero es heredero, séalo el segundo : siendo heredero el segundo, séalo el primero. Tantas son las especies que hai de condiciones; y no obstante puede añadirse una nueva division; á saber, que unas son

afirmativas, por ejemplo: sé heredero, si te casas; y otras *negativas*, v. gr. sé heredero, si no mudas de religion. Las últimas tienen de singular que no suspenden la herencia, sino que el instituido puede al punto tomarla, dando caucion de restituirla con los réditos, tan pronto como obre contra la condicion. Esta *caucion* se llama *muciana* por su inventor Q. Mucio Escévola, *L. 7. pr. ff. De condit. et demonstr.*

§. DXLIX y DL. Esplicadas las divisiones de la condiciones, llegamos ya á las reglas mismas. La 1^a es, *que á los herederos suyos no pueden ponerse mas condiciones que las potestativas*, *L. ult. C. De cond. et dem.* La razon es, porque á los herederos suyos la misma lei les ha destinado la herencia, y por tanto no está en el arbitrio del padre hacer mas dura la condicion del hijo. 2^a *El extraño debe cumplir las condiciones posibles cualesquiera que sean*; pues el testador está en lugar de legislador, y por tanto puede dar á su heredero la lei que quiera. Ha de observarse, que si se imponen al heredero muchas condiciones *copulativas*, se han de cumplir todas, y si *disyuntivas*, basta que se cumpla una. Por ejemplo, si el testador dice: serás mi heredero, si te haces doctor en leyes y te casas con mi hija; se ha de llenar una y otra condicion. Al contrario, si uno dice: te instituyo mi heredero, si te casas con mi hermana, ó si te dedicas á la jurisprudencia; no es necesario que haga mas que una de las dos cosas. 3^a *Si la condicion depende de un tercero, y este tiene la culpa de que no se cumpla, se tiene por satisfecha la condicion.* Así en el caso anterior, en que se mandó al heredero casarse con la hermana del testador, si ella le da repulsa, recibirá él la herencia lo mismo que si se hubiese casado. 4^a *La condicion imposible se considera no puesta.* Existe un ejemplo de esto en Petron. *Satyric. p. 157*, donde Eumolpo habia instituido heredero de este modo: *todos aquellos á quienes en*

mi testamento se les deja algo, excepto mis hijos, lo percibirán con la condicion que les impuse, de hacer pedazos mi cuerpo y comérsele á presencia del pueblo. Aquí ciertamente los herederos podian percibir sus porciones, aunque no comiesen bocado tan delicado. Es digno de notarse que no sucede lo mismo en los contratos, en donde puesta una condicion imposible, no se entiende que no la hai, sino que vicia el contrato, §. 10. *Inst. De inutil. stipul.* La razon es obvia, pues el testamento es un acto unilateral, y el heredero nunca consiente en la condicion imposible; lo que no sucede en los contratos, pues como actos bilaterales requieren el consentimiento de ambos. Por tanto los que consienten en la condicion imposible, ó no están en su sano juicio, ó se burlan, y ni en uno ni en otro caso puede valer el contrato. 5^a *La condicion ambigua hace que la institucion será inútil*; pues ya manifestámos arriba en el §. 518. que no puede tener efecto. 6^a *El heredero no transmite la herencia á sus herederos, mientras no se cumpla la condicion del testador*; porque ¿cómo ha de poder transmitir lo que él mismo no tuvo? Sin embargo se observa tambien otra cosa en los contratos, en los que hasta la esperanza pasa á los herederos, §. 4. *Inst. De V. oblig.* Por tanto si uno, por ejemplo, me instituye heredero para el caso de que la nave vuelva del Asia, y yo muero ántes que venga, no recibirán nada mis hijos, aunque llegue felizmente la nave despues de mi muerte. Al contrario si alguno me promete algo bajo esta condicion, despues de mi muerte debe cumplirse á mis hijos, si vuelve la nave.