

fac poss., donde se halla el fundamento de esta doctrina (1).

§. DXX. Resta hablar de algunos, á quienes por castigo se ha prohibido hacer testamento, si bien la mayor parte de estas prohibiciones se derivan de las leyes posteriores. No pueden testar, 1º *los reos de estado*, porque todos sus bienes se aplican al fisco, *L. 5. C. Ad leg. jul. maj.* 2º *Los apóstatas y herejes* por la *L. 3. De apost. y L. 4. De hæret*; mas en este punto no toca á los teólogos declarar quienes son herejes, sino á las leyes nacionales, pues á ninguno se prohíbe testar, si su religion se permite en el Estado. 3º *Los que contraen nupcias incestuosas*; pero habiéndose inventa 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.* 4º *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. 5º 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 (2). Y si bien es cierto que

(1) En España para que valga el testamento del ciego, se necesitan cinco testigos, segun la *L. 2. tit. 18. lib. 10. Nov. Recop.* (3.ª de Toro.)

(2) Por Derecho español se concede á los condenados por

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.

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

delito á muerte civil ó natural, que puedan hacer testamento y codicilo, ú otra cualquier última voluntad, disponiendo de sus bienes, escepto 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.

doctrina espone Justiniano en este título. Ya hemos manifestado arriba suficientemente, cuán estensa era entre los romanos la patria potestad, que tambien se extendía á poder desheredar al hijo á su antojo, y sin motivo alguno. Así es que espresamente dice Paulo en la *L. 44. fin. ff. De lib. et posthum.*, que se permitía desheredar absolutamente á los hijos, así como tambien podían sus padres matarlos. Se conserva la memoria de algunos ejemplos, que hoy día 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 permitía no obstante el rigor de la patria potestad. No hai duda en que los legisladores concedieron esta libertad á los padres, creyendo que apénas podría suceder que cometieran una injusticia contra su misma sangre. Pero habiendo enseñado con el tiempo la experiencia, que atraídos los padres por los halagos de las madrastras, se desprendían de los afectos paternales; 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 tenía mayor ó menor facultad para desheredar á los hijos. Á saber, los hijos se distinguían 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 instituídos herederos, ó se habian de desheredar espresamente. Y así es que si el padre los pretería en el testamento, ó decía: *no quiero que mi hijo sea mi heredero*; era nulo el testamento, porque ni habia aquel instituído heredero á su hijo, ni le habia desheredado espresamente. Por lo demas si uno tenía 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 debían ser desheredados espresamente, y las hijas y nietos podían serlo entre otros; por ejemplo: *sean herederos Pedro y Juan mis hijos: á los demas los 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 acrecían en iguales porciones.

§. DXXIV. Siguen los *póstumos*, cuya condicion era antiguamente mui dura, no pudiendo ser instituídos 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 (1); de 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 ingratitud, 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*

(1) Para que en España el póstumo preterido rompa el testamento, 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 arribá dichas, *L. 2. tit. 5. lib. 10. de la Nov. Recop.* (13 de Toro.) Cuál sea este tiempo hábil ó legítimo, 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 ó ilegítimos, es arbitraria é injusta, segun lo prueba el doctor Palacios, al *tit. 1. lib. 1. pág. 3. Instituciones del Derecho civil de Castilla*, por los señores Aso y de Manuel.

un año útil, y que pasado ya no hai remedio. Véase la *L. 5. ff. De success. edict.* (1)

§. 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

(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 si 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 los hijos deben considerarse instituidos y pagar los legados, en cuanto no se disminuya su legítima; 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 al §. 5.*

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, §. 486.

§. 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 día 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. De inoffic. test. L. 34. C. eod.*, y en *Paul. Recep. sent. lib. 4. tit. 5. §. 5.* Mas hoy día ya no es la cuarta parte de los bienes, pues Justiniano estableció en la *Nov. XVIII. c. 4.*, 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. 4. §. 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. 10º *Si el hijo acusase al padre de crimen que merezca pena de muerte,* es-

cepto 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.* 41° *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. 42° *Si el hijo se ha- cia mimo ó farsante contra la voluntad de su padre:* lo cual hoi dia se aplica malamente á los cómicos, pues los mimos eran infames, *L. 4. 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. 43° *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. §. 42. ff. De Scto. vellei.* 44° *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 hones-

idad, con razon se la considera digna de ser desheredada (1).

§. DXXXI. Ménos 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 ménos 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 ne-

(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 que haya contraído matrimonio, sin obtener primero el consentimiento de su padre, lo mismo que aquellos que contrajeran 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.

cesaria 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 sobremasera 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 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 Ulr. Hubero en sus *Præl. ad. Inst. h. t.*

TITULO 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 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.*

(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. 10. Nov. Recop.*