

lea en alta voz, con excepcion de la cláusula ó cláusulas que por disposicion del testador deban quedar reservadas y en secreto hasta cierta época. Leído, pues, el testamento, el juez dictará auto mandando que se protocolice con todas las diligencias originales de la apertura, en los registros del notario que hubiese autorizado su otorgamiento (1).

31. *Testamento nuncupativo*.—En los casos en que el testamento nuncupativo hubiere sido otorgado de palabra, cualquiera que sea parte legítima tiene accion para pedir al juez que mande elevarle á escritura pública. Se entiende ser parte legítima el que tiene interés en el testamento, el que hubiere recibido en él cualquier encargo del testador, y el que con arreglo á las leyes pueda representar sin poder á cualquiera de los que se encuentren en los dos casos expresados (2). El juez, despues de examinar separadamente á los testigos presenciales, y al notario si hubiere concurrido á su otorgamiento, y resultando de las declaraciones clara y terminantemente el propósito deliberado que tuviera el testador de hacer testamento, así como tambien que se han observado en la expresion de su voluntad todas las formas legales, declarará testamento lo que de dichas declaraciones resulte, con la cualidad de sin perjuicio de tercero, y mandará protocolizar el expediente en los registros del notario de la cabeza del

(1) Ley 6.^a, tít. II, Part. VI. Artículos 1865, 1966, 1967 y 1968 de la ley de Enjuiciamiento. No puede negarse la protocolizacion del testamento en virtud de oposicion, si ha sido abierto con las formalidades legales, que no tienen otro objeto que el garantir el hecho y darle forma legal, sin juzgar ningun otro género de cuestiones que á las partes quedan reservadas para el juicio correspondiente. (Sentencia de 20 de Enero de 1880.)

Cualesquiera que sean los vicios ó defectos de que adolezcan las diligencias de apertura de un testamento..... habiendo aceptado los interesados en el mismo la parte de herencia que les corresponda, las legalizan..... y caduca la accion que podian tener para reclamar contra ellas. (Sentencia del Tribunal Supremo, de 13 de Mayo de 1865.) Y los expedientes relativos á la apertura de testamentos cerrados no pueden hacerse contenciosos, aunque para ello se presente oposicion por quien tenga personalidad para formularla, segun se deduce del art. 1209, al no hacer mencion de la regla 7.^a del artículo anterior, así como la hace de todas las demás contenidas en él. (Sentencia de 15 de Abril de 1876.)

(2) Artículos 1943 y 1944 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

partido, y si hubiere más de uno, en el que designe el juez (1).

32. *Memorias testamentarias*.—Las diligencias que se han de

(1) Ley 4.^a, tít. II, Part. VI, y artículos 1949, 1953 y 1955 de la misma ley.

Aragon.—En Aragon, el testamento nuncupativo hecho ante el párroco y testigos no hace fe, como ya dejamos dicho, hasta que se halla adverado con todos los testigos que firman, en la forma prescripta en los fueros I, II y III, *De Testam.*, lib. VI, bien que ya no se observan algunas de estas solemnidades. (Obs. 5, de *Prob. fact. cum. carta*, lib. IX.) Se verifica presentando el párroco y los testigos el testamento en las puertas de la iglesia parroquial ante el juez del lugar, acompañado éste de un notario y los testigos: se lee á presencia de todos la cédula que contiene la disposicion testamentaria; juran el párroco y los testigos que es verdaderamente la del testador, y el notario extiende acta de estas diligencias insertando en ella la disposicion testamentaria, y firman aquélla todos los presentes. (Fueros citados. La Ripa, Palacios en sus notas á las Instituciones de Asso, y de Manuel, Franco, Guillén y otros.) No hay necesidad de citar para la adveracion á los herederos abintestato. (Obs. 9.^a, *De testam.*) Ultimamente, por Real órden de 4 de Febrero de 1867 se halla dispuesto, que la adveracion se practique á instancia de parte legítima por el juez de primera instancia en los pueblos cabezas de partido, y en las demás poblaciones por los municipales en virtud de delegacion de aquéllos, con intervencion de escribano de actuaciones; y que, resultando del acta de adveracion, por las declaraciones del párroco y testigos del testamento, las circunstancias expresadas en el art. 1387 (1953 de la ley de 1881) citado de la Ley de Enjuiciamiento civil, el juez haga la declaracion prevenida en el mismo artículo y mande protocolizar el testamento.

Cataluña.—Si el testamento es cerrado, suele publicarse dos veces: la primera, así que muere el testador; pero esta publicacion se hace únicamente de la cláusula en que se contienen el nombramiento de albaceas, los funerales, y las misas que han de celebrarse por el alma del testador; verificado lo cual, se vuelve á cerrar el testamento, y no se publica el resto hasta que se ha dado sepultura al cadáver. (Vives y Cebriá.)

Navarra.—El abonamiento de los testamentos equivale á su apertura. Se verifica ante los jueces de primera instancia, citando y emplazando á los que tendrian derecho de suceder abintestato, por el término de treinta dias, pasados los cuales se reciben declaraciones al cura ó sacerdote que escribió dicho testamento y á los testigos presenciales. Los que se hacen en otra forma son nulos. (Leyes 8.^a y 9.^a, tít. XIII, lib. III de la Novísima Recopilacion de Navarra.)

Debemos tambien advertir, que publicada con fuerza general obligato-

practicar para la protocolizacion de las memorias testamentarias, están sustancialmente contenidas en el siguiente conciso resumen de varios artículos de la Ley de Enjuiciamiento civil (1).

33. Presentada la memoria al juez competente por la persona que la tenga en su poder; abierta en el día y hora señalados por el juez; leída, con excepcion de la cláusula ó cláusulas cuya publicacion hubiere ordenado el testador que se suspenda hasta cierta época; confrontadas sus señales con las expresadas en el testamento del que se deriva su fuerza, diligencia á que pueden asistir los interesados en él, y resultando que reúne las condiciones exigidas por el testador para que se la tenga por auténtica, se dictará auto mandando protocolizarla, sin perjuicio del derecho de los interesados para impugnarla en el juicio correspondiente. La protocolizacion se ha de verificar en los registros del notario que hubiere autorizado el testamento, y juntamente con éste si fuere posible.

34. Conviene advertir además, que cuando el testador haga referencia á alguna memoria escrita de su puño y letra, ó sólo firmada por él, sin mencionar ninguna otra señal especial que la identifique, el juez mandará que sea reconocida bajo juramento por tres testigos que conozcan perfectamente la letra del testador, y aún podrá designar también á parientes no favorecidos en la memoria. Podrá hacer todavía más para asegurarse de la autenticidad de la memoria, y es confrontar su letra, firma y rúbrica con otra indubitada del testador, que obre en cualquier documento público ú oficina del Estado. Practicadas estas diligencias y resultando la autenticidad de la memoria, mandará protocolizarla del modo que ya dejamos expuesto.

ria la *Ley de Enjuiciamiento civil*, las disposiciones comprendidas en ella respecto al modo de elevar á escritura pública el testamento hecho de palabra, y al de proceder á la apertura de los testamentos cerrados, han de observarse, no sólo en las provincias regidas por el derecho comun, sino también en las que se rigen por sus especiales fueros, y por consiguiente, en las que acabamos de mencionar.

(1) Artículos 1969, 1971, 1972, 1973, 1974, 1975, 1976, 1977 y 1978.

SECCION II.

DE LA INSTITUCION DE HEREDERO Y DE LA DESHEREDACION.

§ I.

Institucion de heredero.

35. Cuando el testador deja á alguno todos ó parte de sus bienes con sus acciones y derechos, se dice que *instituye heredero*: cuando deja cosas determinadas, se llama legatario el agraciado (1).

36. La institucion de heredero no es necesaria para la validez del testamento, segun ya hemos dicho en otra ocasion (2). Pero hay personas que suceden necesariamente aunque el testador no las instituya ó instituya á otras distintas, y las hay que todo lo deben á su voluntad. Los herederos que pertenecen á la primera clase, se llaman *herederos forzosos*; los que pertenecen á la segunda, se llaman *voluntarios*. Nombres tomados, no de la necesidad de adir ó de la facultad de no admitir la herencia, sino del derecho indisputable que los unos tienen á suceder, á no ser desheredados en virtud de una causa justa y legal, y del título meramente voluntario por el que heredan los otros.

(1) La institucion consiste en *establecer un ome á otro por su heredero, de manera que finque señor despues de su muerte, de lo suyo, ó de alguna partida dello, en lugar de aquel quel estableció.* (Ley 1.^a, tít. III, Part. VI.) Ni esta ley, ni otras de la misma Partida establecen la prohibicion de ser instituidos herederos los no nacidos, para cuando naciesen. (Sentencia de 19 de Enero de 1875.)

(2) Ley 1.^a, tít. XVIII, lib. X de la Novísima Recopilacion.

Cataluña.—En Cataluña es necesaria la institucion de heredero, segun opinan los juriconsultos catalanes; pero no lo es en Barcelona ni en las demás ciudades que gozan de sus privilegios, segun dispone la ley única, título I, lib. VI de la coleccion de sus constituciones. Y también está declarado por sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, en 14 de Noviembre de 1845, que en virtud del privilegio concedido á los ciudadanos de Barcelona por D. Pedro III, ó sea la constitucion 1.^a, tít. I, lib. VI, vol. II del Código municipal, pudo ser instituida heredera la hermana de un tes-

37. Los descendientes legítimos son herederos *forzosos* en las cuatro quintas partes de los bienes del difunto (1), y los ascendientes en las dos terceras (2): esto es lo que constituye sus respectivas legítimas (3). Los hijos naturales y los espúrios lo son con respecto á la madre, en defecto de legítimos (4). Aun el padre puede excluir de la sucesion á los ascendientes, con tal que instituya á un hijo natural, por más que á éste se considere heredero voluntario, y forzosos los ascendientes en todos los de-

tador, sin hacer mencion de su nieta, quedándole á ésta á salvo el derecho de reclamar su porcion legítima sobre la herencia de su abuelo.

Posteriormente se declaró por sentencia del mismo Tribunal de 7 de Abril de 1864, que es un principio reconocido en la ley 7.^a del Digesto, *De diversis regulis juris*, que nadie puede morir en parte testado y en parte intestato, no pudiendo, por consiguiente, tener lugar á la vez la sucesion testamentaria y la legítima, conforme á lo dispuesto tambien por la ley 89 del mismo título, ambas vigentes en Cataluña.

(1) Ley 8.^a, tit. XX, lib. X de la Novísima Recopilacion.

(2) Ley 1.^a del mismo título y libro. No es válida la renuncia que de la legítima hace un ascendiente si tiene descendientes, pues cede en perjuicio de la que en su caso puede corresponder á éstos, en contravencion á lo prescrito en las leyes 1.^a y 8.^a, tit. XX, lib. X de la Novísima Recopilacion. (Sentencia del Tribunal Supremo, de 19 de Abril de 1865.) Tambien se halla declarado por el mismo Supremo Tribunal, que la autorizacion dada á un testador por sus herederos forzosos para disponer libremente de la legítima que les corresponde, es nula y no tiene eficacia legal, porque las leyes fundamentales que regulan la sucesion y derechos de la familia, en que tanto se interesa el orden público, no pueden derogarse por convenios particulares. (Sentencia de 21 de Octubre de 1865.)

«Para fijar las legítimas de los hijos, debe atenderse al valor que tenían los bienes del padre en el dia de su muerte, deduciéndose previamente el importe de las deudas y demás responsabilidades á que los mismos estuviesen afectos.» (Sentencia del Tribunal Supremo, de 20 de Junio de 1868, en recurso de casacion interpuesto contra un fallo de la Audiencia de Barcelona.)

(3) No pudiendo los herederos forzosos ser privados de sus legítimas, á no mediar una justa causa de desheredacion, es una consecuencia natural de este principio, «que el testador no les puede prohibir que acudan á los tribunales para reclamarla»; y así está declarado por el Tribunal Supremo en sentencia de 4 de Junio de 1877.

(4) Ley 5.^a, tit. XX, lib. X de la Novísima Recopilacion.

más casos (1). Son herederos *voluntarios* los parientes transversales y los extraños.

38. La mayor parte de las prohibiciones absolutas que las

(1) Ley 6.^a del mismo título y libro.

Aragon.—Segun el fuero único, *De testamentis civium*, y el VI, *De testamentis*, pueden los padres instituir heredero á uno sólo de los hijos, dejando á los demás lo que les plazca de sus bienes, sin que pueda admitirse como doctrina de jurisprudencia, por no constar auténticamente, la de que sea necesario conceder por equidad un suplemento de legítima para evitar la desigualdad entre el haber del heredero y el de los demás hijos del testador. (Sentencias del Tribunal Supremo de 11 de Marzo y de 17 de Junio de 1864.) Y en la de 10 de Diciembre de 1879, consideró el expresado Tribunal que el marido y mujer que en su testamento de hermandad habian dejado á cada uno de sus hijos diez sueldos jaqueses por legítima paterna, y otros diez por la materna, habian cumplido lo que prescribe la legislacion especial de Aragon. Los padres, sin embargo, no quedan eximidos de la obligacion de dar alimentos á los hijos. (Fuer. I, *De alimentis*.) La práctica que llegó á introducirse de poder instituir heredero á un extraño, habiendo hijos, dejando á éstos, así como en el caso anterior, por razon de legítima, cinco sueldos por bienes raíces y cinco por muebles, práctica que los doctores Asso y de Manuel consideran fundada en los fueros, es, por el contrario, opuesta á ellos, porque sus palabras se limitan á conceder esta facultad en favor de uno de los hijos, *unum ex filiis*. El Tribunal Supremo ha venido á dar fuerza á esta opinion, al declarar que ni de la letra ni del espíritu de los fueros, *De testamentis nobilium et civium*, puede deducirse que habiendo hijos, puede ser extensiva hasta los extraños la facultad concedida á los padres por los expresados fueros, de disponer á favor de alguno de aquellos de todos sus bienes, dejando á los demás cuanto quisieren. (Sentencia de 8 de Octubre de 1877.)

Cataluña.—En Cataluña, la legítima de los descendientes, y la de los ascendientes en su caso, es la cuarta parte de los bienes paternos, y de consiguiente, pueden los padres ó hijos disponer de las otras tres cuartas partes como mejor les parezca, segun el cap. XCIV de las Córtes de Monzon, celebradas en 1585, reinando D. Felipe II. Es, sin embargo, bastante comun en algunos pueblos el dejarles cinco sueldos por razon de legítima; pero en estos casos tendrán derecho los hijos á que se les complete hasta la cuarta, si es que no la han percibido ya durante la vida de sus padres, cuyo suplemento no pueden reclamar hasta el fallecimiento de éstos. La legítima de los ascendientes es tambien la cuarta parte de la herencia de los hijos. Aunque los hijos é hijas excedan del número de cuatro, la legítima para todos ellos sólo será la cuarta parte de dichos bienes, y se guardará por el valor de los del padre al tiempo de su fallecimiento, debiendo

leyes del Fuero Real y de las Partidas habian establecido con respecto á algunas personas, ha desaparecido en el dia, en que no tienen lugar la muerte civil ni la confiscacion de bienes, y

ser de cuenta exclusiva de los herederos el aumento ó disminucion que con posterioridad tengan dichos bienes. No habiendo pacto en contrario, los herederos pueden pagar las legítimas en dinero ó en propiedad inmueble. (Ley 2.^a, tit. V, lib. VI, vol. I de la Const. de Cataluña; ley 6.^a, título XXVIII, lib. III del Código, y sentencias del Tribunal Supremo de 15 de Junio de 1869, de 28 de Diciembre de 1871 y 11 de Junio de 1873.) El mismo Supremo Tribunal tiene declarado, de conformidad con las constituciones de Cataluña, que no es exacto el principio de que sea heredero forzoso el hijo mayor del testador, pues el padre puede testar libremente, salvo de la cuarta parte de la herencia en que consiste la legítima de todos sus hijos; legítima que bajo ningun concepto puede ser gravada por los padres, y de la que aquéllos pueden disponer libremente. (Sentencias de 3 de Enero de 1873 y de 25 de Febrero de 1879.) Es doctrina tambien del mismo Tribunal Supremo, que la renuncia de la legítima es nula de derecho, aunque se haya verificado con juramento del renunciante, si éste ha obtenido del eclesiástico la absolucion del juramento, y al propio tiempo ha intervenido lesion enorme ó enormísima en dicha renuncia. (Sentencia de 11 de Junio de 1873.) Disposicion que se reproduce en otra sentencia de 24 de Setiembre de 1875, segun la cual, las renunciaciones de los derechos legitimarios, y aun del suplemento de legítima, pueden rescindirse con arreglo á la legislacion vigente en Cataluña, cuando en ellas hubiese mediado lesion enorme.

Navarra.—El testador puede disponer libremente de sus bienes, aun teniendo hijos, dejando á éstos la legítima foral, que consiste en una roba de tierra en los montes comunes y en cinco sueldos febles. Sin embargo, esto se limita en el caso de que tuviere hijos de dos ó más matrimonios, pues entonces no podrá disponer en favor del segundo ó tercero ni de su segunda ó tercera mujer, de más bienes que los que deje á los del primero. (Ley 16, tit. XIII, lib. III de la Novísima Recopilacion, y ley 48 de las Cortes del año de 1765 y 1766). Se limita tambien en los testamentos de los labradores, puesto que están obligados á distribuir igualmente entre sus hijos sus bienes raíces. (Cap. II, tit. XIX, lib. III del Fuero general.)

Vizcaya.—Tambien en Vizcaya se halla establecido por fuero, que se pueda dar en vida ó instituir por universal heredero de todos los bienes á cualquiera de los hijos legítimos del testador, ó á uno de los nietos ó descendientes del hijo legítimo que haya fallecido, dejando á los demás hijos ó descendientes legítimos alguna parte de tierra en poca ó mucha cantidad, en la cual no pueden poner gravámen alguno, porque tales tierras sustitui-

en que la penalidad antigua ha sido corregida por el nuevo Código. En su consecuencia, podremos decir que actualmente sólo tienen incapacidad absoluta de ser instituidos herederos:

yen y hacen la vez de legítimas. (Leyes 11, tit. XX, y 7.^a, tit. XXI del Fuero.)

Mas en todo testamento ó última voluntad que no fueren otorgados ante escribano público, ningun testador que tuviere ascendientes ó descendientes puede disponer en favor de extraños más que de la quinta parte de sus bienes, y no teniendo ascendientes ó descendientes puede mandar dicho quinto y no más por su alma; pero esto se entiende de los bienes raíces, porque de los muebles puede disponer á su voluntad, no teniendo descendientes ni ascendientes. (Ley 5.^a, tit. XXI del Fuero.)

A los extraños no se puede hacer manda ni donacion de bienes raíces, habiendo descendientes ó ascendientes legítimos, ó parientes transversales dentro del cuarto grado, procedentes del mismo tronco; pero de lo mueble se puede disponer libremente, con tal que la donacion ó manda no exceda del quinto de los bienes cuando hubiere ascendientes ó descendientes. No obstante, en favor del alma se puede disponer hasta del quinto de los bienes raíces, aunque existan los tales herederos legítimos ó parientes. (Ley 18, tit. XX del Fuero.)

El Tribunal Supremo ha considerado y supuesto que esta ley prohíbe las donaciones y mandas de bienes raíces en favor de extraños, existiendo parientes del cuarto grado, siempre que aquéllas excedan de la quinta parte. La ley, sin embargo, no está explícita en cuanto á esta limitacion; pero juzgamos que el Tribunal Supremo la ha interpretado acertadamente. (Sentencia de 17 de Febrero de 1868.)

El mismo Tribunal Supremo, exponiendo lo establecido por la ley 14, título XX del Fuero, respecto al derecho que concede al que no tiene descendientes legítimos (la ley añade los ascendientes) para disponer á su arbitrio de los bienes muebles y semovientes que le pertenezcan, y á la obligacion que le impone de reservar los raíces para los *provincos tronqueros*, entendiéndose por tales, segun la 8.^a, tit. XXI, los parientes cercanos de la línea de donde los bienes proceden, considera, de conformidad con lo dispuesto en la ley 16 del tit. XX, á la cosa raíz comprada, con el mismo carácter de troncalidad que si proviniera de patrimonio ó de abolengo. (Sentencia de 25 de Abril de 1868.)

Y por último, la ley 10, tit. XXI del Fuero determina que ninguno, aunque falleciere sin dejar ascendientes ni descendientes, pueda mandar por su alma más que la quinta parte de los bienes raíces, no habiendo muebles, pues si los hubiere é importaren la quinta parte de los raíces, no podrá hacerse manda de éstos, no siendo á los herederos, parientes y tronqueros del testador.

1.º Las corporaciones ilícitas, esto es, las establecidas sin la aprobacion de la autoridad pública (1), porque les falta el carácter de personas jurídicas.

2.º La tienen tambien de ser herederos en bienes raíces é inmuebles, los monasterios y conventos (2). A la Iglesia no comprende actualmente esta prohibicion, por habersele concedido la facultad de adquirir, retener y usufructuar toda especie de bienes y valores (3).

(1) El Fuero Real (ley 11, tit. V, lib. III) y las Partidas (ley 4.ª, título III, Partida VI, y 4.ª, tit. XXVI, Part. VII) determinaban que no pudieran ser instituidos herederos: 1.º, los deportados y los condenados á trabajos públicos perpétuos; 2.º, los que abandonaban la religion del Estado y los herejes declarados por sentencia; 3.º, los traidores y alevosos, declarados tambien por sentencia. Hasta hace algunos años, todavía se consideraba vigente por el Tribunal Supremo de Justicia la prohibicion de testar y de ser instituidos los herejes declarados tales por sentencia del juez eclesiástico. (Sentencia de 2 de Marzo de 1865.) Mas al promulgarse la Constitucion de 1869, cesó de hecho y de derecho esta incapacidad, que es tambien incompatible con la tolerancia establecida en la ley fundamental de 1876.

(2) Artículo 15 de la ley de 11 de Octubre de 1820. En el concordato celebrado con la Santa Sede en 16 de Marzo de 1851, y en el Convenio de 25 de Agosto de 1859, no hay ningun artículo que autorice á los monasterios y conventos, no sólo para retener, sino tampoco para adquirir bienes raíces. Y aunque en la ley de 1.º de Mayo de 1855 se establece que los bienes que se donen y leguen á las manos muertas, y que éstas pueden aceptar con arreglo á las leyes, sean puestos en venta y su producto invertido segun su procedencia y en la forma prescripta, esta disposicion no es aplicable, en nuestro concepto, á los monasterios y conventos, que no se hallan comprendidos entre las manos muertas enumeradas en el art. 1.º de aquella ley, á los cuales, por otra parte, se les prohibió adquirir por el artículo 15 de la de Octubre de 1820. No puede decirse lo mismo del decreto de 25 de Julio de 1868, pues por él se les reconoció el derecho de adquirir y poseer segun las leyes canónicas y convenios celebrados con la Santa Sede. Mas este punto no es ya cuestionable desde la publicacion del decreto del Gobierno provisional en 15 de Octubre de 1868, de que hemos hecho mencion en una nota del párrafo II, seccion I de este mismo título.

(3) Artículo 41 del Concordato de 16 de Marzo de 1851, y art. 3.º del Convenio celebrado con la Santa Sede en 25 de Agosto de 1859. En los artículos siguientes de este mismo Convenio, se establece el modo de per-

3.º Los religiosos profesos (1).

39. Las prohibiciones relativas son las siguientes, y en ellas se hallan comprendidos:

1.º Los hijos de dañado y punible ayuntamiento de parte de

mutar los bienes de la Iglesia por inscripciones intrasferibles de la deuda del Estado.

(1) El voto solemne de pobreza en que renuncian al mundo y á todos los derechos temporales, les hace incapaces de propiedad. La ley 10, título V, lib. III del Fuero Real establece terminantemente la prohibicion de instituirlos. La 17, tit. XX, lib. X de la Novisima Recopilacion, sólo prohibe que los religiosos sucedan *abintestato* á sus parientes; pero pareciendo que el espíritu de la ley iba más allá que sus palabras, se le dió por algunos una interpretacion extensiva, que no ha sido aceptada por el Tribunal Supremo en sentencia de 8 de Noviembre de 1871. Respecto á los regulares secularizados de ambos sexos, se declaró por el decreto de 29 de Junio de 1822, restablecido en 27 de Enero de 1837, que quedaban habilitados para adquirir bienes de cualquiera clase, tanto por título de legítima, como por cualquiera otro de sucesion, bien sea *ex-testamento* ó *abintestato*, entendiéndose esta capacidad desde la fecha de la secularizacion, á pesar de cualesquiera renunciaciones que hubiesen hecho los interesados en favor de sus propias comunidades ó de sus familias cuando entraron en religion; pero sin que esta disposicion tuviera efecto retroactivo, ni se extendiera, por consiguiente, á las herencias y legítimas adquiridas por otros parientes ántes de la citada época. (Decretos citados, y sentencia del Tribunal Supremo de 24 de Abril de 1874.) Por el art. 38 de la ley de 29 de Julio de 1837, se concedió tambien la capacidad para adquirir entre vivos y *ex-testamento* ó *abintestato*, á los exclaustros de sus conventos, y aún á las monjas que continuaran en los que quedaban abiertos desde el 8 de Marzo de 1836. Estas disposiciones, que la Real orden de 19 de Setiembre de 1867, en desacuerdo con una sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de 4 de Octubre de 1860, consideró derogadas por el Concordato celebrado con la Santa Sede, y publicado como ley del Estado en 17 de Octubre de 1851, fueron restablecidas por el de 15 de Octubre de 1868, como ya dejamos dicho en la nota 1.ª de la pág. 26, que puede volverse á ver como complemento de ésta. Además, debemos hacer especial mencion de la Real orden de 24 de Febrero de 1876, en cuyo art. 3.º se determina que «para calificar la capacidad jurídica de las religiosas profesas respecto de la adquisicion y enajenacion de bienes inmuebles y derechos reales, los registradores tendrán presente la legislacion vigente en la época del otorgamiento de los documentos en que las mismas resulten interesadas.»

Á los escolapios alcanzó tambien el beneficio consignado en el art. 38

la madre, esto es, de aquel por el que incurria la madre en la pena de muerte natural, no pueden ser instituidos por ésta, si bien podrá dejarles el quinto (1).

2.º Los hijos nacidos de personas ligadas con voto solemne de castidad, pues nada pueden recibir de parte de sus padres ni de sus parientes (2).

de la citada ley de 29 de Julio de 1837, y gozan, por consiguiente, de la testamentifacion, de la capacidad para adquirir entre vivos ó *ex-testamento* ó *abintestato*, y de los demás derechos civiles que corresponden á los eclesiásticos seculares. (Sentencia de 31 de Diciembre de 1878.)

(1) Ley 5.ª, tít. XX, lib. X de la Novísima Recopilacion. Los intérpretes no decidían de un modo uniforme en qué casos incurria la madre en la pena de muerte natural. Gregorio Lopez, al glosar la ley 11, tít. XIII, Partida VI, por la cual se imponía á la adúltera la pena de azotes y de reclusion, deja sin resolver esta duda. Otros, sin embargo, en cuyo número se cuentan Antonio Gomez, y Llamas y Molina, sostenían que como por el adulterio incurria la mujer en la pena de muerte, según la ley 82 de Toro, debía el hijo adulterino ser excluido de la herencia. Respecto á la incestuosa era más favorable la resolucíon, pues casi todos convenían en que no tenía señalada aquella pena. Mas en la actualidad, las disposiciones del Código han cambiado notablemente el derecho antiguo sobre este particular, y en ningún caso se impone á la mujer la pena capital por esta clase de delitos. ¿Podrá decirse, en su consecuencia, que los hijos adulterinos tienen ya el derecho de heredar á sus madres? Nosotros no lo creemos así, pues juzgamos que aunque se haya mitigado la antigua pena, existe todavía la causa que tuvo la ley para excluir de la sucesion á los hijos de ciertas uniones sumamente ilegítimas é inmorales; siendo, por otra parte, indudable, que la declaracion de la capacidad ó incapacidad para suceder es de la competencia exclusiva del derecho civil.

Aragon.—El hijo de dañado y punible ayuntamiento nada puede recibir del padre en virtud de disposicion testamentaria. (Obs. 27, *De gener. priv.*, lib. VI; y Obs. 1 y 2, *De natis ex damnato coitu.*) Molino: *verb. bastardus*, y Portoles.

Vizcaya.—Los hijos que el casado haya habido de alguna mujer, ó la casada de algún hombre en vida del marido legítímo, ó el marido en vida de la mujer legítíma, ú otros incapaces, engendrados en dañado ayuntamiento, no pueden suceder ni heredar en vida ni en muerte en bienes algunos del padre, salvo si fueren legitimados por el Rey. (Ley 14, tít. XX del Fuero.)

(2) Ley 4.ª, tít. XX, lib. X de la Novísima Recopilacion.

Vizcaya.—No pueden suceder á la madre los hijos que haya habido de

3.º Tampoco es válida la institucion hecha en la enfermedad de que uno muere, al confesor del testador, su iglesia, religion, convento y parientes (1); disposicion motivada por los abusos con que la experiencia acreditó que se captaban las últimas voluntades.

4.º Los hijos incestuosos y adulterinos, pues tampoco pueden heredar ninguna cosa de los bienes del padre (2). Pero los hijos incestuosos que se hicieron legítimos por el subsiguiente matrimonio de los padres, celebrado en virtud de dispensa pontificia, no se hallan comprendidos en esta prohibicion, y por consiguiente, no tan sólo pueden ser instituidos por el padre, sino que disfrutan de los mismos derechos que los que nacieron legítimos, según está declarado por disposiciones legales (3).

40. Habiendo examinado ya quiénes pueden ser instituidos herederos y quiénes no, veamos de qué manera se debe hacer la institucion.

41. La institucion de heredero ha de hacerse en testamento y no en codicilo; pero como despues de la ley de Toro los codicilos abiertos no se diferencian de los testamentos de igual clase, creemos que en ellos se podrá hacer tambien la institucion y poner condiciones á la hecha en un testamento, aunque nada de esto podrá hacerse en codicilo cerrado, como ya hemos dicho en otro lugar (4). Mas ni esta limitacion habrá en el caso en que la

clérigo ó fraile, ó de union por la que incurria en pena de muerte; pero tanto ella como el padre pueden dejar á los hijos por vía de alimentos, hasta el quinto de todos sus bienes muebles y raíces. A los hijos espúrios de cualquier otra especie, les puede dejar todos sus bienes muebles. (Ley 11, tít. XX del Fuero.)

(1) Cédula de 30 de Mayo de 1830.

(2) Ley 10, tít. XIII, Part. VI. Sin duda por descuido del copiante ó por errata de imprenta se ha impreso Part. 3.ª en lugar de Part. VI, al citar esta ley en la sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de Junio de 1876.

(3) Reales cédulas de 6 de Julio de 1803, y de 11 de Enero de 1837.

(4) Leyes 7.ª y 8.ª, tít. III, Part. VI.

Cataluña.—Del modo de hacer en Cataluña la institucion de heredero por medio de contrato celebrado con ocasion del matrimonio, vamos á dar noticia á continuacion, extractando, y en mucha parte copiando literalmente varios párrafos de un comentario escrito por el Sr. Permanyer, distinguido catedrático que fué de las Universidades de Barcelona y Central,

institucion se haga por vía de fideicomiso, rogando el testador ó

é inserto en la pág. 275, tomo I de la LEY HIPOTECARIA, comentada por el ilustre jurisconsulto D. Pedro Gomez de la Serna.

La palabra *heredamiento* tiene todavía en Cataluña la acepcion de herencia, y se designa tambien con la palabra *heredante* al que instituye, con la de *heredado* al instituido, y con la de *heredar* al acto de instituir. Hay dos clases de heredamientos: unos que tienen carácter y efecto de donaciones entre vivos, y otros de índole diversa y de diferentes clases.

Los primeros, es decir, *los heredamientos y donaciones universales* á que ha dado origen la costumbre de establecerse y fijarse en las familias la ley de sucesion á los bienes del padre en vida de éste, por medio de contrato y con ocasion del matrimonio de los hijos ó de aquel de los mismos que está destinado á ser su heredero universal, se distinguen por su carácter y efecto, segun los términos en que hayan sido otorgados. «El padre, por contemplacion del matrimonio del hijo primogénito ó de aquel á quien quiere *heredar*, le hace unas veces donacion universal de todos sus bienes, y otras de una parte de ellos. En el primer caso, el padre donante, no sólo por costumbre, sino por necesidad legal, pues de otra manera dejaria de ser válida la donacion comprensiva de todos los bienes, la limita con algunas reservas á su favor, y éstas suelen ser, no sólo para testar libremente, ó como suele decirse, *á libres voluntades*, y la de dotar á los demás hijos y colocarlos competentemente sin que á ello pueda oponerse el donatario, sino tambien la del pleno usufructo y libre administracion de los bienes donados durante su vida, sin necesidad de prestar fianza ni rendir cuentas, y muchas veces hasta con la facultad de enajenar independientemente del hijo donatario en caso de necesidad ó de urgencia.»

Estas donaciones se otorgan con el carácter y efectos de las llamadas *entre vivos*, y de aquí se infiere que se realiza la inmediata transferencia de la propiedad, aun dado caso que al otorgarse la donacion con reserva del usufructo, se haya estipulado como generalmente se acostumbra, que *la hace el padre para despues de su muerte y no ántes*. «Por consecuencia de esto, no se da valor alguno á las obligaciones que el padre contrae sobre los bienes donados con posterioridad á la donacion, cuando tienen el carácter de gravámenes reales, y mucho menos á las enajenaciones que haya otorgado del todo ó parte de dichos bienes, como no sea en virtud de las reservas que hubiere estipulado. Tambien es consecuencia de lo dicho que el hijo donatario, una vez adquirida la propiedad de los bienes donados, no la pierde aunque muera ántes que el padre donante, sino que la transmite legalmente á sus herederos, no sólo cuando éstos son sus hijos y descendientes, sino tambien siendo extraños, si la donacion no se ha limitado con el pacto de reversion para el caso de morir el donatario sin hijos, bien que esto último sucederá muy rara vez, por ser dicho pacto de uso muy

mandando á los que por cualquier concepto hayan de ser sus he-

»frecuente y casi universal en Cataluña.» Al padre, durante su supervivencia, sólo le quedan los derechos de administracion y usufructo, en el caso de habérselos reservado, como casi siempre sucede.

Estas donaciones se pueden hacer, no solamente por el padre, sino tambien por los parientes y aun los extraños. No están sujetas al requisito de la insinuacion, ni pueden ser revocadas aun cuando preste su consentimiento el donatario, pues semejantes revocaciones están expresamente prohibidas por ley municipal.

A veces no se otorga verdadera donacion en favor del que contrae matrimonio, sino una promesa de *heredarle* ó instituirle heredero universal. Y es tambien costumbre general otorgar estas promesas, no á favor del que se casa, sino de los hijos nacidos ó que hayan de nacer del matrimonio; promesa que, por lo comun, hacen los mismos contrayentes del matrimonio para dejar de esta suerte establecida la ley de sucesion en la familia. Estas promesas, que son los *heredamientos* en su acepcion más genérica, tienen el carácter de contratos, y son obligatorias é irrevocables: como contratos, necesitan la aceptacion del instituido, pero se considera suficiente, que *el notario que autoriza la escritura acepte el heredamiento en nombre de los hijos que puedan nacer*. No comprende este heredamiento los bienes futuros, á no expresarlo el donante, y aun así, seria preciso que hiciera alguna reserva á su favor; pero ni en este caso quedaria privado del derecho de enajenar cualquiera finca adquirida despues de la donacion. Si el heredante sobrevive al heredado, el heredamiento queda sin efecto: no siendo así, tiene prohibicion de disponer de sus bienes.

Hay además en Cataluña otros heredamientos que se llaman los unos *prelativos* y los otros *preventivos*. «Los primeros se reducen á la promesa recíprocamente otorgada por los que contraen matrimonio, de nombrar por herederos á los hijos que nacieren del mismo ó á alguno de ellos, con preferencia á los que hubiere de otro matrimonio posterior. aquel de los contrayentes que sobreviva y contraiga segundas nupcias.» Esta obligacion siempre resulta condicional en sus efectos, y dependiente de la eventualidad de que nazcan hijos de primer matrimonio y de que lleguen éstos á concurrir á la muerte del padre ó de la madre *heredante* con otros hijos habidos de matrimonio posterior.» Y aun en este caso, la prohibicion del heredante se limita á disponer de los bienes inmuebles por causa de muerte, pero no le cohibe la facultad de enajenarlos en vida.

«El *heredamiento preventivo* se reduce pura y simplemente á la designacion hecha en contrato matrimonial de aquel de los hijos futuros que los contrayentes quieran que sea su heredero universal en el caso de morir sin haberlo instituido, y para el sólo efecto de impedir que se defiera su herencia abintestato. Esto no impide que en testamento ó de cualquier otro