

perfeccion de voluntad, si esta no se halla explicada del modo que la ley ordena y apetece. La cuarta, *por incapacidad del heredero instituido*; v. gr. cuando estaba muerto natural ó civilmente, ó por otro motivo se hallaba imposibilitado, inhábil é incapaz de percibir la herencia. En este caso aunque por caducar la institucion, se rompía en todo el testamento segun derecho comun, y no valian los legados ni fideicomisos ¹, lo mismo que en el que carecia de institucion ², no sucede así por el nuestro que lo ha corregido en esta parte ³; y así aunque el testador no nombre heredero, ó este por su incapacidad y prohibicion legal no lo sea, valdrán los legados, fideicomisos, tutelas y todo lo demas que el testamento contenga, siendo arreglado á derecho, si á su otorgamiento interviene la solemnidad de testigos que legalmente se requiere y el testador está capaz para testar, y no de otra suerte, rompiéndose y anulándose solamente en cuanto á la institucion (*). La quinta, *por pretericion ó exheredacion*, que es cuando el testador deja de nombrar por su heredero á un hijo ó descendiente legitimo suyo, ó le exhereda sin causa legal, en cuyos casos, sin embargo de que por derecho comun antiquísimo tampoco valian los legados ni fideicomisos, hoy son válidos, é igualmente lo es la mejora de tercio y quinto, y cuanto incluya el testamento, si consta de la solemnidad referida (**). Solo se irrita en lo concerniente á la institu-

¹ Ley 5, et per tot. tit. 4, de his qui pro non scriptis habent. ley 1, Cod. de hæredib. instituend. y ley únic., § Et cum triplici, § In primo, y § Pro secundo, Cod. de caduc. tollend. — ² Ley fin., § Illud, Cod. de codicil., ley 1, ff. de jure codicillar., y ley cohæredi, § Cum filie, ff. de vulgar. et pupillar. substitution. — ³ Ley 1, tit. 18, lib. 40, Nov. Rec.; y en ella Matienz. glos. 14, num. 81.

(*) En virtud de la ley 1, tit. 18, lib. 40, Nov. Rec. si fuese instituido heredero un incapaz, como dice el autor, valdrán las mandas y demas disposiciones del testamento. Para la debida inteligencia de dicha ley debe leerse la única, tit. 10, de los testamentos del ordenamiento de Alcalá, pues no se recopiló entera segun se halla en él.

(**) Si el testador no hizo mencion de algun hijo, por ignorar que lo tenia, ó que su muger estuviese en cinta, no solo se romperá ó anulará el testamento en cuanto á la institucion de heredero, sino tambien en cuanto á las mejoras de tercio y quinto, mandas y sustitucion pupilar, dice Gomez en la ley 24 de Toro, num. 3, porque la disposicion de esta ley solo debe tener lugar cuando el padre con cierta ciencia omite ó deshereda algun hijo, pero no cuando procede con ignorancia. Infiérese, segun parece, de esta doctrina, que anuladas las mejoras, los demas hijos no mejorados podrán percibir á beneficio del derecho del omitido, mas de lo que su padre les dejó, al paso que el mejorado no solo quedará sin aquella porcion de bienes de las mejoras, sino de la que perciban los demas hijos no mejorados. De esta manera puede decirse que se destruye todo el testamento, y se sucede abintestato. Yo, aun estando por esta opinion, salvaria el derecho del hijo omitido, y en lo

cion⁴; y si contiene la cláusula codicilar surtirá los efectos que explicaré cuando trate de ella. Por manera que segun nuestro derecho, aunque el testador no haya instituido heredero, no se debe decir que murió intestado, por ser visto estar llamados á su herencia por la ley los que abintestato deben heredarle, como se prueba por las palabras de la ley 1, tit. 18, lib. 40, Nov. Rec.². La sexta, *por falta de adiccion ó admision de la herencia*, que es cuando el heredero instituido no quiere aceptarla, ó la repudia expresamente. La séptima causa porque se puede anular el testamento es *por la arrogacion ó la legitimacion del heredero del testador*. Y la octava es *por falta de publicacion del testamento*: la cual se hace de dos maneras: una despues de la muerte del testador cuando el testamento se formalizó en escritura, memoria ó cédula privada ante el competente número de testigos, ó verbalmente sin ella ante estos; y la otra estando vivo, á la que llaman vulgarmente *otorgamiento*, y consiste en que esten expresos el pueblo, dia, mes y año en que se otorgó, y los testigos por sus nombres y apellidos, con todas las solemnidades de que se ha hablado.

CAPITULO II.

DE LOS HEREDEROS EN GENERAL.

Importancia legal de la institucion de heredero. — ¿Qué se entiende por heredero, y quiénes pueden serlo? — La institucion de heredero debe hacerse en testamento y no en codicilo. — En su institucion debe explicarse el testador claramente. — Pero no es precisa la institucion nominal ni se refiere á codicilo. — El testador puede instituir heredero simple y condicionalmente. — Hay condiciones que invalidan la institucion. — Nueva division de las condiciones. — La institucion á dia cierto es válida. — El heredero que se apodera de la herencia sin auto-

demas observaria el testamento, y quedaria en su vigor la letra de dicha ley 21 de Toro. Entiendo tambien la doctrina de Gomez, cuando el padre murió sin saber que tenia otro hijo, ó que dejaba su muger preñada; pero no cuando lo ignoraba al tiempo de hacer testamento, y sabiéndolo despues no lo revocó. *Febrero adicinado*.

¹ Ley 24 de Toro, que es la 8, tit. 6, lib. 40, Nov. Rec. — ² Matienz. en dicha ley 1, glos. 16, num. 47, y glos. 14, num. 7.

rizacion judicial teniendo coherederos, la pierde. — Las herencias se adquieren por testamento ó abintestato. — Los herederos son universales ó particulares. — Subdividense en forzosos ó legítimos, necesarios y voluntarios. ¿Cuáles se dicen forzosos? — ¿Quiénes se llaman necesarios? — ¿Cuáles se dicen voluntarios ó extraños? — ¿Quiénes son herederos sustitutos?

1. Es la institucion de heredero parte tan principal de todo testamento, que cuando se omitia ó se invalidaba aquella, era este totalmente nulo por derecho comun, y lo mismo sucedia cuando el instituido no aceptaba la herencia. Por las leyes de España no sucede así, pues en tales casos valen y subsisten las mandas y demas disposiciones testamentarias, sin otra diferencia que darse al testamento el nombre de codicilo ó de última voluntad¹. Debe sin embargo el escribano advertir al testador, que no omita el nombramiento de heredero, para evitar á los que hayan de serlo el perjuicio de gastar en las diligencias para legitimar sus personas, á fin de pedir la herencia *abintestato*.

2. Llámase heredero el que despues de la muerte de alguno ha de suceder en sus bienes, ya en virtud de testamento, ya abintestato, apoderándose y disponiendo de ellos á su arbitrio como verdadero dueño²; pero no deberá llamarse tal, mientras no acepte la herencia, aun cuando conste su institucion. Puede ser heredero cualquiera individuo ó corporacion que no esten comprendidos en las excepciones de la ley. Así pueden serlo el Rey, la Reina, el fisco, la ciudad, villa, comunidad, el capaz, el loco, mudo, sordo, ciego, clérigo, monge, lego, y todo hombre ó muger libre ó siervo que no está por derecho privado de heredar³.

3. Debe el testador hacer la institucion de heredero en testamento y no en codicilo⁴, pues si la hace en este no valdrá directamente, sino como fideicomiso: es decir, que se declarará por última voluntad suya, y entrará en la herencia el heredero abintestato, quien deberá restituirla al instituido en el codicilo, reservando la parte que en su caso deba deducirse (*). Además, si se nombra al heredero simplemente en el testamento, no debe

¹ Ley 4, tit. 18, lib. 10, Nov. Rec. — ² Ley 1, tit. 5, Part. 6. — ³ Ley 2, tit. 5, Part. 6. — ⁴ Ley 7, tit. 5, Part. 6.

(*) Para que valga la institucion de heredero hecha en codicilo, es indispensable segun la citada ley 7, que en este ruego ó mande el testador á los que hayan de heredarle, que entreguen sus bienes al instituido en el codicilo. De otra manera seria nula la institucion, y no valdria ni aun indirectamente ó por fideicomiso.

imponérsele despues condicion ni sustituto en el codicilo ni en otra cosa, y aunque se haga no valdrá sino en la forma que se dirá en el párrafo 5^o; bien que el escribano no incurrirá en pena alguna por autorizarle.

4. En la institucion de heredero debe el testador explicarse en términos claros, designándole por su nombre y apellido, de modo que no pueda dudarse quién es; pero no con palabras que denoten algun defecto infamatorio, porque en tal caso seria nula la institucion⁴, como tambien si lo hiciese por medio de señas y ademanes, ó dejase el nombramiento á voluntad de alguno², pues debe manifestar la suya por sí mismo, so pena de que se tenga la institucion por captatoria, ó se declare nula. Llámase captatoria la institucion que tiene por objeto obligar á otro á que use de liberalidad con el testador, como si testare diciendo: *instituyo por heredero á Pedro en la parte que Pablo me instituya á mí*. Sin embargo será válida la institucion cuando preguntado por el escribano ú otra persona no sospechosa, *si instituye por su heredero á fulano*, responde de viva voz, que sí, aun cuando no pronuncie su nombre⁵(*).

5. Pero no es preciso que lo instituya por su nombre y apellido en el testamento, con tal que diga en él que nombra por su heredero al sugeto que designará en el codicilo⁶, pues esta manera de instituir no encierra nulidad alguna. Lo mismo se dirá si en el testamento se refiere á alguna memoria testamentaria, en la cual conste el nombre del instituido, porque tales memorias se consideran como parte del mismo testamento, siempre que no se dude que son del testador⁵. Por lo cual si en el testamento dice, v. gr. que su heredero perciba la herencia con las condiciones y gravámen, y en los bienes y forma que se expresará en el codicilo ó memoria testamentaria, que quiere se estime por parte de su testamento, valdrá la designacion de bienes y el gravámen y condicion que contenga el codicilo ó memoria, porque no es en ellos donde grava á su heredero, sino en el testamento á que se refiere, el cual despues aclara segun ofreció⁶.

⁴ Leyes 6, 10 y 11, tit. 5, Part. 6. — ² Ley 11, tit. 5, Part. 6. — ⁵ Ley citada. Gom. ley 5 de Toro, num. 109; Castill. lib. 1, de contr. cap. 20.

(*) El que quiera enterarse á fondo de los casos en que el testador dispone válida ó inválidamente de sus bienes, contestando sí ó no, por hallarse muy agravaado, lea á Florez de Mena, lib. 1, Var. quæst. 1, num. 43 hasta el 51.

⁶ Leyes 7 y 8, tit. 5, Part. 6. — ⁵ Matienz. ley 1, tit. 18, lib. 10, Nov. Rec. — ⁶ Matienz. en la ley 1, tit. 4, lib. 5, Rec., glos. 16, num. 15.

Pero si yerra el nombre del heredero, y creyendo instituir á uno nombra á otro, es nula la institucion ¹, sobre cuyo punto puede leerse á Gregorio Lopez en la ley 13, tit. 3, Part. 6, donde se suponen algunos casos en que opina por la validez de semejante nombramiento. Lo mismo se ha de decir, si instituye á alguno en el concepto de ser hijo suyo legitimo, legitimado ó adoptivo, ó de ser pariente, no siéndolo en realidad, pues por el error ó equivocacion falta la voluntad y consentimiento del mismo testador ²; mas los legados y fideicomisos que el testamento contenga, serán válidos mientras no conste haber padecido tambien igual equivocacion en ellos ³.

6. El testador puede instituir heredero no solo simple y absolutamente, sino bajo de alguna condicion. Llámase condicion la cláusula que suspende el efecto de lo que quiere hacerse ó se promete hasta que se verifique algun acontecimiento futuro. El efecto natural de toda condicion es que verificada esta, valga lo dispuesto ó prometido, como si fuese hecho pura y absolutamente: y si no se verifica, es inválido, quedando todo en suspenso hasta su cumplimiento ⁴. Siendo frequentísimo su uso en testamentos y contratos, y muy varias sus especies y efectos, es conveniente hablar de ellas en este lugar. Dividense en *posibles* é *imposibles*. Posibles son aquellas cuyo cumplimiento no presenta imposibilidad alguna; y al contrario las imposibles. Estas se subdividen en imposibles por naturaleza ó por derecho, y en imposibles de hecho. De la primera clase son aquellas que la naturaleza misma resiste, como si dijésemos: *nombro heredero á Juan si toca el cielo con la mano*: y tambien las que estan expresadas en términos imposibles de entender. Por derecho lo son las contrarias á la ley, á la honestidad, piedad y buenas costumbres; como si uno dijese: *instituyo á Pedro mi heredero, con condicion de que le quemé la casa á Fulano, ó deje morir de hambre á su propio padre* ⁵. Las condiciones imposibles, ya sea por naturaleza ó por derecho, nada importan en los testamentos, y así el heredero ó legatario á quienes se imponen, entran desde luego en el goce de su herencia ó manda, como si hubiesen sido nombrados absolutamente ⁶. Mas no sucede así en los contratos, que celebrados bajo condicion imposible, son enteramente nulos por derecho romano, y no menos en España, aun cuando no conste de

¹ Ley 12, tit. 5, Part. 6. — ² Ley 12, tit. 5, Part. 6. — ³ Gom. ley 24 de Toro, num. 1, vers. 10, y Matienz. en la 8, tit. 6, lib. 5, Rec. — ⁴ Ley 1, tit. 4, Part. 4, ley 26, de cond. just., ley 8, de per. et com. rei vend. § 5, Inst. de inut. stipul. — ⁵ Ley 5, tit. 4, Part. 6. — ⁶ Ibid.

ley expresa, pues es doctrina de los mejores intérpretes ¹. La razon de la diferencia consiste en que se supone que los que de este modo contratan, hablan de burlas, suposicion que no puede hacerse en la formacion de un testamento, en cuyos momentos está tan próxima la muerte.

7. Sin embargo hay algunas que vician é invalidan la institucion, y son las imposibles de hecho; v. gr. *instituyo á Pedro por mi heredero, si diere á Juan un monte de oro*. Lo mismo sucede con aquellas en tales términos dudosas que se oponen á los fines de la institucion, como por ejemplo: *instituyo á Juan por mi heredero, si Pedro fuese mi heredero*; porque ninguno de los dos puede empezar á serlo antes que el otro ² (*). Estas se llaman *perplejas*.

8. Las condiciones posibles se subdividen en varias clases, como *casuales*, *potestativas*, *necesarias* y otras; pero sus efectos son iguales: es decir, todas deben cumplirse en los mismos términos que disponga el testador. La institucion es válida, y el heredero entra en la herencia desde el momento que la condicion se verifica. En las necesarias, como *si mañana sale el sol*, el instituido percibe la herencia desde luego, porque de necesidad se ha de verificar la condicion. Si la condicion es tal, que no pende su cumplimiento de la voluntad sola del instituido, sino que ademas se requiere la agena, entrará en la herencia cuando justifique que por su parte ha hecho suficientes diligencias para cumplirla. En las instituciones condicionales se admite fianza cuando consiste en el instituido el cumplimiento de la condicion, y dada que sea, percibe la herencia desde luego ³.

9. Si el testador hace la institucion á dia ó tiempo cierto, como: *nombro á Pedro mi heredero desde ó hasta el dia de San Juan de tal año*, es válido el nombramiento, mas no la designacion del plazo ⁴, á menos que el testador sea caballero ó soldado que está en el Real servicio. Lo mismo sucede si aunque el dia sea *incierto* se ha de verificar forzosamente, como *á la muerte de fulano*. En este caso, sea quien fuere el testador, la institucion vale, y el heredero entrará en la herencia como si no existiese tal cláusula ⁵.

¹ Greg. Lop. glos. de la ley 17, tit. 11, Part. 5; Gom. lib. 1, Var. cap. 11, num. 60. — ² Ley 5, tit. 4, Part. 6.

(*) El reformador de Febrero desaprueba esta division, y no halla justo el efecto legal de las condiciones imposibles de hecho y de derecho en orden á los testamentos y contratos. Tiene sobrada razon; pero al cabo estas disposiciones legales no estan derogadas.

³ Leyes 7 y 14, tit. 4, y 22, tit. 9, Part. 6. — ⁴ Ley 15, tit. 5, Part. 6. — ⁵ Ley 15, tit. 5, Part. 6.

10. El que entra en la herencia sin autorizacion judicial, habiendo otros coherederos, pierde por el hecho mismo el derecho á ella. Mas si se entrometió sin derecho alguno, debe restituir cantidad doble de la que hubiere tomado, en pena de la intrusion, sobre lo cual procederá breve y sumariamente la justicia sin forma de proceso, ejecutando la pena con resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados, despues de poner en pacifica posesion de sus bienes á los legítimos herederos¹.

11. De dos maneras pueden los hombres llegar á adquirir los bienes de los difuntos: *por testamento y abintestato*. Los herederos por testamento son los que el testador nombra por tales (ya sean ó no sus parientes) para que le sucedan en todos sus bienes, acciones y derechos. Los herederos abintestato son los mas cercanos parientes del difunto que no dejó testamento otorgado, ó lo hizo tal que fue declarado nulo, ó invalidado legalmente.

12. Dividense los herederos *por testamento* en *universales y particulares*. Los universales son los que suceden al testador no solo en sus bienes sino tambien en sus obligaciones. Los particulares son los que le suceden en alguna finca determinada, ó en alguna accion ó efecto particular de cualquiera especie. Este no queda responsable á las cargas y obligaciones del testador, las cuales son de cargo del heredero universal, como quien por derecho representa en todo su persona.

13. Subdividense los herederos en *forzosos ó legítimos, necesarios y voluntarios*². Los forzosos son los parientes del testador por linea recta, para cuya inteligencia es de advertir, que el parentesco natural ó de consanguinidad tiene tres lineas, dos rectas y una trasversal. La primera linea recta es la que tomando principio del testador baja derechamente por generaciones, como es la de sus hijos, nietos, biznietos y demas hasta lo infinito, y estos se llaman *descendientes*. La segunda linea recta es la que sube de generacion en generacion directamente desde el testador á sus padres, abuelos, bisabuelos y demas, los cuales se llaman *ascendientes*. La linea trasversal es de los colaterales, como hermanos, primos, tios, sobrinos, etc. Son pues los *descendientes* y los *ascendientes* legítimos del difunto herederos forzosos en su caso, y se dicen legítimos porque nacen con las condiciones que exigen las leyes civiles y canónicas³. Llámanse *forzosos*, porque hay obligacion en el testador de instituirlos, cuando falta mo-

¹ Ley 5, tit. 54, lib. 11, Nov. Rec. — ² Ley 21, tit. 5, Part. 6. — ³ Leyes 1 y 2, tit. 15, Part. 4, y 21, tit. 5, Part. 6.

tivo legal para su desheredacion, y si no lo hiciera, podrian anular el testamento en esta parte alegando la pretericion.

14. De los herederos necesarios hay poco que saber, porque no existen ya en nuestra legislacion, y solo se mencionan por mera noticia. Llamábanse necesarios en el derecho romano y de las Partidas los siervos del testador que este institua por herederos, y se les daba este nombre porque estaban obligados á admitir, aunque no quisiesen, la herencia de su señor, y á pagar las mandas y deudas que dejase, no solo del importe de aquella sino de todos sus bienes habidos antes ó despues de su fallecimiento, en recompensa de la libertad que adquirian en virtud de la institucion⁴.

15. Herederos voluntarios ó extraños son todos los que no estan comprendidos en la linea recta descendiente ni ascendiente del testador, porque aun cuando sean parientes suyos no tienen derecho á sus bienes, ni por ser olvidados ó preteridos en él les corresponde accion ni querella, á no ser en un caso muy singular.

16. Hay tambien herederos sustitutos, que son aquellos á quienes se trasfiere la herencia por disposicion del testador, siempre que los principales la repudian, ó fallecen antes de entrar en ella, ó en edad ó estado de no poder testar. De unos y otros se tratará en capítulo separado (*).

CAPITULO III.

DE LA SUCESION DE LOS DESCENDIENTES LEGÍTIMOS Á LOS BIENES DE SUS ASCENDIENTES POR TESTAMENTO.

Diferencia entre las dos lineas de herederos forzosos. — En la linea de los descendientes legítimos ocupan el primer lugar los hijos legítimos del testador. — Esto se verifica aunque se casen *in articulo mortis*. — Lo mismo sucede aunque entre el nacimiento de los hijos y el matrimonio subsecuente haya mediado otro matrimonio. — Compréndense los hijos de los clérigos de menores, si despues se han casado sus padres. — Tambien los nietos, hijos de hijo natural, respecto de sus

⁴ Ley 21, tit. 5, Part. 6.

(*) Cómo hayan de conducirse los herederos en la aceptacion de la herencia y formacion de inventario, y en qué penas incurren faltando á la debida legalidad en esta materia, se explicará en el Tratado de inventarios y particiones.