

pondo que no llevará cosa alguna por razon de los réditos ó utilidades : y la razon es porque la herencia del difunto se considera respecto de los bienes que deja al tiempo de su muerte, y no despues que se aumentó con las utilidades que produjo ⁴.

32. Dejando simplemente el testador á su muger ó á otro usufructo de todos sus bienes muebles, se duda si se comprenden los venales ó mercaderías destinadas para vender. Unos ² dicen que no, y que así no llevará el usufructo de ellos, porque no es visto estar comprendidos en el legado general. Otros ⁵ convienen en lo mismo, excepto que todos los bienes del testador sean venales, pues en este caso se comprenden en el usufructo, y así lo llevará de ellos el usufructuario.

33. Y otros conciliando las opiniones afirman que si el testador dice que deja ó lega el usufructo *de todos sus bienes*, sin limitar ni exceptuar algunos, se comprenden todos, aunque sean venales, porque quien todo lo abraza nada excluye, y que si omite la palabra universal *todos*, no se comprenden los venales, por lo que solo de los demas llevará el usufructo ⁴. Bien que aunque omita la palabra *todos*, y diga solamente *lego el usufructo de mis bienes*, ó *lego mis bienes muebles*, concibo que deben entenderse todos sin excepcion, ó todos los de la clase que especifica, porque la palabra ó proposicion indefinida equivale á la universal ⁵, y en el legado de usufructo se comprenden muchas cosas.

34. Al modo que en cuanto á la propiedad y pleno dominio ha lugar el derecho de acrecer, del mismo modo en el usufructo, con la diferencia y ampliacion de que aunque en la propiedad no lo tiene entre los conjuntos con conjuncion legal, en el usufructo es al contrario, pues lo tiene como derecho personal coherente á la persona, á la cual se mira y atiende siempre, y mientras vive dura el derecho y causa de su adquisicion. Pero no habiendo conjuncion de personas por la ley ni por el hombre, no ha lugar á la propiedad ni usufructo.

35. Sin embargo de que en la propiedad cuando uno de los conjuntos percibió su parte, si despues la repudia no se acrece al otro, en el usufructo es al contrario; por lo que si el testador deja á dos ó mas por usufructuarios, aceptan todos sus partes,

⁴ Ayor. part. 2, quæst. 22, num. 76. — ² Parlad. different. 29 dicha, num. 20. Ayor. part. 2, quæst. 15, num. 78. — ⁵ Alex. en la ley *Generalis*, inserta, § 1; Jason en la 1, Cod. *de verbor. significat.* — ⁴ Menoch. lib. 4, præsumpt. 157, num. 6; Covarr. lib. 2. *Var.* cap. 5; Decio en la ley 1, num. 18, ff. *de regul. jur.*; Guerreir. *de divis.* lib. 5, cap. 3, num. 75. — ⁵ Covarr. Pinel y Menoch. ubi supr.; Castill. *de usufruct.* cap. 56, 57 y 58.

y despues de aceptadas repudia uno de ellos la suya, ó se muere, ó falta por otro motivo, se acrece su porcion al otro, y no se consolida con la propiedad hasta que todos fallecen, y se extingue el usufructo ⁴, porque en la propiedad, una vez adquirida, está perfecta y consumada la adquisicion; pero el usufructo no se adquiere plena y perfectamente, porque tiene causa y tracto sucesivo que es al dueño á quien debe pasar, el cual ha de esperar hasta que se consolide; y mientras tanto, como no hay adquisicion plena y perfecta, no tiene lugar el derecho de acrecer, sino como en cosa imperfecta y no plenamente adquirida; y por eso se puede llamar mas poderoso el derecho de acrecer que el de la consolidacion ².

36. Si marido y muger hicieren donacion á alguno de todos sus bienes, reservándose su usufructo, y muriese uno de los donantes antes que el donatario, ¿tocará ó no al que sobrevive todo el usufructo de ellos por derecho de acrecer, y lo gozará durante su vida, ó solamente la mitad? No ha lugar este derecho en el caso propuesto, y por consiguiente percibirá el donatario integramente el de todos los bienes que correspondian al difunto desde su fallecimiento, y el sobreviviente nada mas que el de los suyos privativos; porque el difunto ninguna parte le dejó en el usufructo de los que le pertenecian ⁵; pero si la hubiese dejado, se observará su voluntad.

CAPITULO XXI.

DE LAS CUARTAS TREBELIÁNICA Y FALCIDIA.

Motivos que indujeron al establecimiento de estas disposiciones legales entre los romanos. — ¿Qué abuso se procuró cortar por medio del senadoconsulto trebeliánico, y qué es cuarta trebeliánica? — Nuestras leyes adoptaron esta disposicion, y en qué términos. — Lo dicho se entiende del fideicomisario extraño: mas no si fuere hijo del testador. — Si el heredero fideicomisario no acepta espontáneamente su cargo, no ha lugar á la cuarta trebeliánica. — Abuso que atajó la ley falcidia, y cuál fue su disposicion. — Si el testador tiene herederos forzosos, no ha lugar la cuarta falcidia. — No puede deducirse de los legados apli-

⁴ Gom. lib. 1, *Var.* cap. 10, num. 40. — ² Castill. *de usufruct.* cap. 48; Gom. dicho cap. 10, num. 42; et ibi Ayllon. — ⁵ Parlad. different. 29 dicha, num. 19.

cables á obras pias, á militares en campaña, etc. — Si la cosa legada no admite cómoda division, se sacará la cuarta parte del valor en que se aprecie. — A la rebaja de la cuarta falcidia debe preceder la formación de inventario y pago de deudas, pena de perder el derecho á ella. — Otros casos en que se pierde este derecho, y cláusulas que debe emplear el escribano para evitar ambigüedades.

1. HABIÉNDOSE observado entre los romanos que los testadores se valian de dos medios para defraudar de la herencia á los mismos herederos que instituian, resultando á estos mas bien perjuicio que utilidad de semejantes instituciones, se trató de cortar este abuso por medio de leyes oportunas.

2. Uno de estos medios era nombrar heredero fideicomisario mandándole que entregase la herencia á otro ú otros, de modo que él se quedaba sin derecho á la mas leve parte de la misma. Para ocurrir á este inconveniente se estableció el senadoconsulto trebeliano, por el cual se mandó que el heredero fideicomisario pudiese deducir para sí la cuarta parte de los bienes del testador, y es la que se llama *cuarta trebeliánica*.

3. Nuestras leyes adoptaron esta disposicion, declarando el modo de deducir la cuarta trebeliánica, que es el siguiente: si el testador lega al heredero alguna cosa, debe tomarse en cuenta su valor para la deducción de aquella. Lo mismo se hará con el importe de los frutos de la herencia que hubiere percibido antes de entregarla, en términos que si estos ascendieron al valor de la cuarta parte del caudal, no tiene derecho á una nueva deducción. Si los frutos excedieren del valor de la cuarta parte, los hará suyos el fideicomisario, si el testador mandó entregar la herencia á día cierto, y lo ejecutó aquel, y tambien si la retuvo por omision del heredero en pedirla; pero si fue moroso en entregarla por utilizarse de su producto, deberá restituir al heredero el exceso del importe de este (*).

4. Lo dicho acerca de los frutos de la herencia se ha de entender respecto del fideicomisario extraño; pues si este fuere hijo del testador, hará suyos los productos que diere la herencia antes de entregarla, sin que se tomen en cuenta de su legitima, la cual debe sacarse íntegra del cuerpo del caudal, aunque el testador lo haya dispuesto de otro modo ¹.

5. El derecho de deducir la cuarta trebeliánica se entiende en

(*) El reformador de Febrero omite este tratado por considerarle inútil; pero nuestras leyes que adoptaron esta doctrina, estan vigentes, y en nada se opone á ellas la ley 1, tit. 18, lib. 10, Nov. Rec., que aquel cita.

¹ Ley 8, tit. 12, Part. 6.

el caso de que el fideicomisario acepte voluntariamente su cargo; pues si lo hiciere apremiado por el juez, nada podrá deducir. Se previene que en todo caso debe el fideicomisario contribuir al pago de las deudas del testador á prorata de la cuarta que percibe.

6. El segundo abuso consistia en distribuir de tal modo en legados la herencia, que no le quedaba al heredero cosa alguna. Para atajarle se promulgó la ley falcidia, llamada así del tribuno Cayo Falcidio que la propuso, y en ella se mandó que cuando al heredero le quedase en la herencia menos de la cuarta parte de su importe, pudiese retener para sí esta cuarta parte, deduciéndola de los respectivos legados ó fideicomisos ¹. Por dicha ley, que está en observancia entre nosotros, el heredero extraño, cuya herencia se halla tan recargada de mandas que le queda menos de la cuarta parte de su valor, puede retener en su virtud hasta la cuota referida, sacando la cuarta parte de cada una de las mandas, y apropiándosela por la sola razon de haber sido nombrado heredero ². Mas para hacer la deducción se ha de atender al valor de los bienes al tiempo de la muerte del testador; porque sus aumentos ó desfalcos posteriores son de su cuenta, y no de la de los legatarios ³.

7. Si el testador tiene herederos forzosos, no ha lugar la cuarta falcidia: porque debiendo llevar estos completa su legitima, nunca caben otros legados que los que en su caso admita el tercio ó el quinto, segun queda explicado ⁴.

8. Tampoco puede deducirse, segun nuestras leyes, de las mandas hechas á lugares piadosos, socorro de pobres ó redencion de cautivos; ni de lo que se lega á un militar que está en campaña, aunque nada le quede al heredero ⁵; ni de lo que entrega este por mandato reservado del testador al que tiene prohibicion de heredar; pena que impone la ley al heredero por haberle obedecido en lo que no debia ⁶; ni de lo que queda vinculado; ni de la dote que el marido lega á un tercero para que la entregue á su muger; ni de lo que mande dar de sus bienes á alguna para que la sirva de dote.

9. Si la cosa legada no tiene cómoda division, se deducirá la cuarta parte del valor en que se aprecie, y no podrá el heredero tomar todo un legado por razon de la cuarta de los restantes sin

¹ Tit. Cod. *Ad leg. falcidiam*, cap. *Quædam*, 6, dist. 2. — ² Ley 1, tit. 11, Part. 6.

— ³ Leyes 1 y 5, tit. 11, Part. 6; Gom. lib. 4, *Var.* cap. 12, num. 26. — ⁴ Leyes 17, tit. 1, y 4, tit. 11, Part. 6. — ⁵ Ley 4, tit. 11, Part. 6. — ⁶ Ley 5, tit. 11, Part. 6.

consentimiento del legatario : pues en rigor solo le corresponde la cuarta parte de cada uno de ellos ¹. Si paga por entero algun legado por creer que el remanente de todos ellos es bastante , no puede menos de cumplir los que faltan , á menos de descubrirse alguna deuda de que no habia noticia , pues en este caso retendrá de los que no esten satisfechos la parte que sea menester para cubrir su cuarta ².

10. A la deducción de la cuarta falcidia debe preceder la formación de inventario y el pago de deudas. Si omite el heredero su formación no tiene derecho á ella , y debe cumplir íntegramente los legados y pagar á los acreedores del difunto ³. Si las mandas estan pagadas y no las deudas , deben estos repetir primero contra los legatarios y despues contra el heredero ⁴.

11. En los casos en que pudiera deducir el heredero la cuarta falcidia , perderá el derecho á retenerla cuando maliciosamente cancelare el testamento ó las mandas , ó bien ocultare ó negare alguna cosa de las legadas , ó el testador le prohibiere *expresamente* su deducción ⁵. Mas si no estando expresa la prohibición , el nombramiento de heredero está concebido en la cláusula de estilo : *y despues de cumplido y pagado todo lo contenido en este testamento , en el remanente de mis bienes muebles, raices y derechos nombro por mi heredero á Pedro*, etc., podrá deducir este la cuarta parte , aunque muchos autores dicen que debe contentarse con lo que le quede. Mi opinion se funda : 1º en que la ley se la concede por el solo hecho de ser instituido , y no debe ser de peor condicion que los legatarios , sino al reves ; 2º porque dicha cláusula se extiende así por costumbre , y no por voluntad de los testadores ; 3º porque en el hecho de no usar estos la facultad que les da la ley para prohibir al heredero la deducción de la cuarta , es visto habérsela concedido. Para evitar dudas cuidará el escribano de extender la institucion de herederos extraños , diciendo : *nombro por heredero de mis bienes raices , derechos y acciones que se hallen al tiempo de mi muerte á Pedro*, etc., suprimiendo las cláusulas anteriores ⁶.

¹ Ley 2, tit. 11, Part. 6. — ² Ley 6, tit. 11, Part. 6. — ³ Leyes 2 y 7, tit. 11, Part. 6. — ⁴ Ley 7, tit. 6, Part. 6. — ⁵ Ley 6, tit. 11, Part. 6; Greg. Lop. en ella. — ⁶ Véase á Greg. Lop. en la ley citada, glos. 5.

CAPITULO XXII.

DE LOS CODICILOS.

Qué cosa es codicilo. — No debe nombrarse heredero en el codicilo. — Los codicilos pueden ser dos ó mas sin perder ninguno su validez. — El codicilo puede ser abierto ó cerrado.

1. EL codicilo es un escrito que hace el testador despues de otorgar el testamento , con el fin de aclarar ó mudar algunas de las disposiciones en él contenidas. De esta definicion se infiere que el testamento debe preceder , pues el codicilo no es mas que una especie de apéndice que lo aclara ó rectifica. Sin embargo , la ley de Partida reconoce tambien por codicilo el que se otorga antes del testamento , en cuyo caso es válido cuando así lo expresa el último : mas si no se hiciera mencion en él del tal codicilo , quedará enteramente revocado. Cuando se otorgó el codicilo , y despues no se hizo ningun testamento , será válido aquel , á menos que se revoque por otro codicilo posterior ¹. El que es capaz de testar puede hacer codicilo , con tal que intervenga en su otorgamiento el número de testigos que se expresará mas adelante.

2. No debe el testador nombrar directamente heredero en el codicilo ²; bien que si lo instituye , se estimará por testamento , aunque se llame codicilo ³. Tampoco debe quitar la herencia al que instituyó en el testamento , ni imponer condicion al que fue instituido sin ella en él , excepto que en este diga *que lleve la herencia con las condiciones y en la forma que expresará en el codicilo , y no de otra suerte* ; en cuyo caso valdrá la condicion , porque solo declara en el codicilo la que es , mas no se la impone , lo cual es muy diverso ; y fuera de este caso , aunque se la imponga , no está obligado á cumplirla , ni por este defecto dejará de percibir la herencia. Tampoco puede mudarlo , ni desheredar á sus herederos forzosos ; pero podrá manifestar el de-

¹ Leyes 1 y 3, tit. 12, Part. 6. — ² Ley 2, tit. 22, Part. 6, et ibi glos. 1. — ³ Greg. Lop. en la ley 2, tit. 12, Part. 6, glos. 1; Matienz. en la 2, tit. 4, lib. 3, Rec. glos. 9, num. 19; Roman. cons. 34, num. 3, y cons. 180, num. 3.

lito que contra él cometieron, pues si fuere de los expresados en el capítulo de los que tienen prohibición de heredar, y se probare, perderá la herencia. Asimismo no puede hacer sustitución mandando que si el heredero nombrado en el testamento muere antes de entrar en la herencia, le suceda en ella el que instituya en el codicilo: porque esto es hacer segunda institución, lo cual le está prohibido¹; mas no obstante, se le permite nombrar indirectamente heredero universal, que es por fideicomiso, rogando ó mandando al instituido en el testamento, que entregue la herencia al que establece en el codicilo: bien que aunque no se lo mande ni ruegue, tiene obligación de entregársela quedándose con la cuarta trebeliánica, si es extraño, y siendo forzoso, con su legítima, y dándole aquello de que el testador puede disponer, que es del tercio ó quinto, según sea², pues la institución directa hecha en el codicilo ó en testamento imperfecto con la cláusula codicilar se convierte en fideicomisaria³. Pero se previene que aunque nombre directamente heredero en el codicilo, no incurrirá en pena el escribano por autorizarlo, porque ninguna ley se la impone ni se le prohíbe. Igualmente puede declarar y especificar en el codicilo el nombre del que quiere sea su heredero, y señalar en él al nombrado en el testamento la parte y porción de herencia que ha de percibir y en qué bienes, si en este expresó que lo declararía y se la designaría en aquel, y no de otra suerte, en cuyo caso llevará lo que le designe y no más: si nada le señala, heredará todos sus bienes; pero si los herederos instituidos en el testamento son dos ó mas, partirán igualmente la herencia⁴. Lo propio milita en memoria testamentaria citada en el testamento, y no de otra suerte, como dejó dicho en el párrafo 5 del capítulo 2 de este título: porque en ella no se altera la sustancia de la institución, solamente se trata del señalamiento de la cuota y de la calidad de bienes, lo cual es muy distinto y no está prohibido. También puede nombrar en el codicilo tutor á sus hijos; pero deberá después confirmarlo el juez para que pueda usar de la tutela⁵, lo que no es preciso siendo nombrado en testamento.

3. Ninguno puede hacer dos testamentos de modo que ambos valgan, porque por el segundo perfecto se revoca el primero,

¹ Leyes 105, tit. 18, Part. 5, 7 y 8, tit. 5, y 2, tit. 12, Part. 6. — ² Leyes 7 y 8, tit. 5, y 2, tit. 12, Part. 6; Parlad. different. 14, num. 10 y 11. — ³ Ayllón ad Com. lib. 1, Var. cap. 4, num. 8, vers. *Quod directa*; y otros que cita. — ⁴ Ley 9, tit. 5, Part. 6. — ⁵ Ley Testamento, 5, et ibi Bald. ff. *Testamentar. tutel.*; Parlad. differ. 14, num. 15.

como dejó sentado; pero si dos codicilos ó todos los que quiera, sin que el segundo se revoque por el primero, sino en lo que sean contrarios, ó que la revocación sea expresa en el todo (*). La razón de disparidad consiste en que en los codicilos se legan, ó dejan solamente cosas singulares, por lo que pueden legarse unas en uno y otras en otro, y subsistir todas sin repugnancia ni contrariedad; pero en los testamentos se deja necesariamente la herencia, que es sucesión en todo el derecho del testador difunto, y por eso se rompe el testamento primero por el segundo, á causa de no poder subsistir ambos con la contrariedad de dejarla toda á cada uno, ni por consiguiente verificarse ser integramente heredero de ella. Sin embargo de que después de hecho el codicilo nazcan hijo ó hija al testador, no se romperá total ni parcialmente por esta causa, pero el testamento si por la preterición ó supernacencia de alguno¹, excepto que la institución se ordene en la forma prevenida en el párrafo 2 del capítulo 9 de este título.

4. El codicilo puede ser abierto ó cerrado, y en su otorgamiento se requiere la solemnidad y calidad de testigos que en el del testamento nuncupativo, como lo dice la ley 2, tit. 18, lib. 10, Nov. Rec. ibi: «Y en los codicilos intervenga la misma solemnidad que en el testamento nuncupativo ó abierto, conforme á la dicha ley del Ordenamiento.» Se puede revocar el codicilo como el testamento, interviniendo en su revocación la solemnidad que en su formación, y lo propio milita en la donación por causa de muerte, y en otras últimas voluntades. Pero se duda si esta legal

(*) Un codicilo no anula otro codicilo que se hizo antes, como no se revoque expresamente, ley 5, tit. 12, Part. 6, ó en lo que sean contrarios. Lo mismo debe decirse de un testamento en que no hubiere institución de heredero, el cual no revocará ni el codicilo que se hizo antes ni otro testamento anterior, en que tampoco hubiere institución de heredero, á menos que lo revoque expresamente, ó en lo que sean contrarios. Un testamento en que no hay institución de heredero es un codicilo ó una última voluntad, y no es otra cosa. No habiendo institución de heredero, se entiende que el testador quiso morir intestado, y que gravó á sus parientes inmediatos con el pago de las mandas y el cumplimiento de las demás disposiciones. Pero un testamento propio y verdadero se anula por otro tal posterior, aunque no se haga mención de él. El testamento posterior con institución de heredero no anula el codicilo anterior, como no le revoque expresamente. Esta es la gran cuestión decidida por los emperadores Severo y Antonino, pues el juriconsulto Papiniano juzgaba ser necesario para la subsistencia de este codicilo, que el testador manifestase en el testamento permanecer en la misma voluntad. No habiendo en nuestras leyes una que decida esta cuestión, habrá de debatirse forzadamente en juicio cuando ocurra este caso. *Febrero adicionado.*

¹ Leyes 20, tit. 1, y fin., tit. 12, Part. 6.

disposicion debe entenderse solo para los codicilos abiertos ó ampliarse á los cerrados, respecto no distinguir la ley, y tratar esta de su solemnidad á continuacion de la que define para el testamento cerrado. Algunos dicen que bastan tres testigos vecinos y el escribano, y cinco si no son vecinos; y otros, que son precisos los cinco, y que firmen con este, como en el testamento escrito⁴. Pero para quitar dudas y escrúpulos, haga el escribano que presencié el otorgamiento los cinco, pudiendo ser habidos, y de esta suerte no se podrá alegar nulidad por defecto de solemnidad, pues por las leyes de Partida² se requieren los mismos cinco, los cuales deben firmar con el escribano encima del cuaderno, como en el testamento cerrado; y no pudiendo encontrarlos lo expresará en el otorgamiento para que conste.

CAPITULO XXIII.

DE LA CLÁUSULA CODICILAR.

¿Qué es cláusula codicilar? Puede ser tácita ó expresa. — Primer efecto de esta cláusula, dar valor á los legados hechos en testamento escrito que no se otorgó con las solemnidades de la ley. — Segundo, dar validez á la institucion del heredero extraño hecha en testamento escrito y falto de solemnidades, y en qué términos. — Tercero, convertir en fideicomisaria la institucion de un extraño hecha en perjuicio del heredero legítimo. — Cuarto, convertir en mejora la preferencia de los herederos universales instituidos indebidamente por pretericion ó menoscabo de sus coherederos. — Quinto, asegurar al heredero nombrado directamente en codicilo la parte de que hubiera podido disponer el testador en favor suyo, salvo el derecho de los herederos abintestato. — Dar firmeza á la sustitucion pupilar hecha en codicilo, salvo el derecho de los consanguíneos.

1. La cláusula *codicilar* es casi desconocida para muchos escribanos, y otros la ponen solo por estilo ignorando los efectos que produce. Diré lo muy necesario para instruccion de unos y otros, remitiéndome á los autores que cito y tratan de la materia con toda extension. Esta cláusula es de dos maneras, *expresa y*

⁴ Matienz. ley 2, tit. 4, lib. 5, Rec. glos. 9, num. 5, y sig.; Gom. en la ley 3 de Toro, num. 76, vers. *Quero tamen*. — ² Leyes 1, 2 y 3, tit. 12, Part. 6.

tácita. La expresa se pone de esta suerte: *si este testamento por falta de alguna solemnidad no pudiere valer como tal, valga como codicilo*. Y la tácita es aquella en que se dice: *si este testamento no valie como tal, valga del mejor modo que pueda valer ó que por derecho haya lugar*. Se entiende pues en tres casos aunque se omita: el primero, cuando el testamento contiene la tácita referida; el segundo, cuando se liga con juramento, ya sea jurando el testador *que quiere se observe todo cuanto en él ordena*, ó mandando á su heredero *que jure cumplirlo y pagarlo*⁴; y el tercero, cuando testa entre hijos y descendientes legítimos. Esta cláusula suple tambien muchos defectos en los testamentos, pues que cuando por derecho sean nulos, valdrán, si la contienen, en cuanto codicilos; en los cuales conviene ponerla, y la *de que el testamento hecho antes, valga en todo lo que no fuere contrario á lo dispuesto en el codicilo*. De esta suerte serán firmes uno y otro en lo que no se opongan, como advierte Parlad. different. 14, num. 15, y lo practican los inteligentes.

2. Seis son los efectos de esta cláusula. El primero es que si el testamento escrito carece de la solemnidad prescrita por el derecho Real, y no de la de los codicilos ni de la cláusula referida, valdrán todos los legados que contenga, y los herederos abintestato estarán obligados á darlos á los respectivos legatarios; pero no si no la contiene.

3. El segundo es que si el testador por no tener herederos forzosos instituye á un extraño en testamento cerrado, y este no consta de la solemnidad de testigos que requiere, pero si de la de los codicilos y de la cláusula codicilar, se convertirá la institucion directa en fideicomiso universal, que quiere decir, que los sucesores abintestato del testador se apoderarán de la herencia, deberán restituirla al extraño instituido, como si á ellos los hubiese gravado expresamente por fideicomiso, y retendrán para sí la cuarta trebeliánica: porque mediante la cláusula codicilar es visto que el testador grava tácitamente á sus herederos abintestato á restituir por via de fideicomiso todo lo que dispuso por palabras directas en testamento menos solemne. Se previene que estos dos efectos solo pueden verificarse hoy en el testamento escrito, porque segun la ley 3 de Toro, el nuncupativo y el codicilo requieren igual solemnidad de testigos.

4. El tercero es que si el padre ú otro ascendiente no instituyó con cierta ciencia, ó injustamente deshereda á algun descen-

⁴ Gom. en la ley 3 de Toro, num. 62 y 74; Gom. Arias en ella, num. 71 y 72.

diente legitimo, é instituye por heredero á un extraño, razon por la cual se irrita y se anula despues su testamento, se convierte la institucion del extraño en fideicomiso; de suerte que el descendiente no instituido, ó sin causa legitima desheredado, está obligado á restituir al extraño el remanente del quinto, que es de lo que segun la ley 28 de Toro pudo su padre disponer, y no mas; y si el no instituido ó desheredado fue ascendiente, le restituirá el tercio que en virtud de la 6 de Toro tuvo facultad de dejarle.

5. El cuarto es que si el padre testa entre hijos ú otros descendientes legitimos y nombra á uno de ellos ó á mas por sus universales herederos, no instituyendo ó injustamente desheredando á los restantes, ó instituyendo á todos por tales, pero dejando á algunos menor parte de herencia que la que por su legitima debe tocarles, aquel hijo ó hijos instituidos por universales herederos no solo percibirán su legitima, sino que se reputarán y tendrán por mejorados en el tercio y remanente del quinto, que es en lo que la ley 18 de Toro permite á su ascendiente mejorarlos; y los preteridos, ya sean los que viven entonces ó los que viviendo su padre nacen despues de la institucion, ó los injustamente desheredados ó perjudicados en su legitima, solo percibirán esta íntegra, porque su padre no tuvo potestad de desfalcársela ni gravársela; pero si los preteridos nacen despues de la muerte del testador, habrá sus dificultades en cuanto á ser gravados en el tercio, porque si hubieran nacido antes y vivieran, podria ser que no los dejase de instituir ni los gravase, y para evitarlas conviene ordenar la institucion en los términos que dejo dicho en el párrafo 2 del capítulo 9.

6. El quinto es que si consta que alguno quiso hacer codicilo, y le hizo efectivamente con la solemnidad competente y con institucion directa de heredero, no dejará de ser válido, conteniendo la cláusula codicilar: y así los herederos abintestato, siendo descendientes, percibirán toda la herencia menos el quinto; si son ascendientes, las dos terceras partes de ella; y siendo parientes, la restituirán al nombrado en el codicilo reteniendo la cuarta trebeliánica, porque se reputa por fideicomiso; lo que no sucederá si el codicilo carece de la citada cláusula, pues el heredero nombrado en él nada llevará.

7. Y el sexto efecto es en cuanto á la sustitucion pupilar, pues si el padre sustituye pupilarmente á su hijo ó hija en codicilo, mediante ser de solemnidad y forma de esta sustitucion que se haga en testamento y no en codicilo, pasará la herencia del

pupilo á los parientes que deben heredarle abintestato; pero tendrán que restituirla al sustituto, reteniendo para si la cuarta trebeliánica, y entonces se tendrá el sustituto por heredero fideicomisario del pupilo, y estimará como si hubiera sido instituido por este siendo adulto. Los referidos seis efectos se reducen á dos, el uno acerca de la solemnidad, y el otro acerca de la voluntad. El que quisiere mayor instruccion sobre esta cláusula vea los autores citados; pues para la del escribano me parece suficiente lo expuesto.

CAPITULO XXIV.

DE LOS BIENES QUE DEBEN RESERVAR EL VIUDO Ó LA VIUDA Á LOS HIJOS DEL PRIMER MATRIMONIO.

La propiedad de los bienes, que por título gracioso obtuvo la muger de su marido, pasa á los hijos si se casa de segundas nupcias. — Tambien se reservan á los hijos los bienes que la madre haya heredado de alguno de ellos abintestato. — La obligacion de reservar los bienes indicados se extiende á cuantas veces se case, segun los respectivos hijos que tenga en cada matrimonio. — Dicha obligacion se amplía á los bienes dados á la viuda por parientes de su marido ó bien por extraños por consideracion á este. — La reservacion es pena impuesta al marido, lo mismo que á la muger, por su facilidad en contraer nuevo matrimonio. — Esta pena subsiste aun cuando hayan muerto los hijos del primer matrimonio, con tal que hayan dejado sucesion. — Los bienes reservables son únicamente aquellos que proceden de la línea del cónyuge difunto. — La viuda que se casa está obligada á afianzar los bienes muebles y raices para continuar en la tutela. — El viudo en su caso debe solo afianzar los bienes muebles. — Cuando no alcancen los bienes para satisfacer á los hijos del primer matrimonio y á la dote de la segunda muger, ¿qué se hará? — Resolucion del caso antecedente. — La muger que se casa dentro del año de su viudedad tiene que devolver la mitad del lecho á los hijos del primer matrimonio, si se cuenta entre los bienes gananciales. — Hay varias excepciones de la regla general de reservacion. Excepcion primera. Cuando el hijo heredó de

* Com. en la 5 de Toro, num. 75 al 88; Ant. *Thesaur.* decis. 141; Ferrar. *Biblioth. verb. Testam.* art. 4, num. 20 y sig.; Mat. en la ley 2, tit. 4, lib. 5, Rec. glos. 1, num. 9; Parlad. *different.* 248, num. 7 y sig.