

jos ó hermanos, porque entre estos no hay ni se presume tenerles mayor afecto, y asi como conjuntos se estiman por uno (1).

28. El décimo cuando instituyó á muchos por herederos con modo colectivo, y á otro solo con el distributivo, v. gr. *instituyo á Francisco y á cualesquiera hijos suyos por mis herederos*, pues es lo mismo que si á cada uno de estos nombrara y llamara singularmente á la herencia; por lo que se dividirá igualmente entre todos (2): lo cual procede aunque los hijos instituidos con su padre esten emancipados (3). El undécimo cuando hizo la institucion llamando á uno y á sus hijos, y prohibiendo que los bienes saliesen de la familia (4).

29. El duodécimo cuando instituyó á muchos con nombre colectivo, y entre ellos á un tercero que estaba contenido bajo del mismo nombre, v. gr. *instituyo á los hijos de Francisco y á Antonio por mis herederos*. En tal caso si este es uno de los hijos de Francisco, sucederá en igual parte que los demas sus hermanos (5); porque cuando se conoce el afecto é inclinacion á los instituidos, y se dirige hácia ellos, se entiende llamados para heredar al propio tiempo y no por orden sucesivo (6).

30. El décimotercio es la sustitucion hecha á los sustitutos por sus propios nombres expresos: pues como en este caso se presumen instituidos igualmente, se ha de dividir del mismo modo entre ellos la herencia (7). Y el décimocuarto en los legados y fideicomisos, en los cuales los instituidos ó nombrados en partes no señaladas son admitidos con igualdad (8).

31. Lo dicho en el párrafo 21 se limita lo primero, cuando el testador instituyó v. gr. á su hermano y á sus hijos, y esperaba que procrease otros; pues le heredarán por orden sucesivo, porque se conceptúan llamados asi á la herencia, y se presume que no solo quiso llamar á los que entonces estaban nacidos, sino tambien á los que habian de nacer, para que ninguna diferencia hubiese entre todos (9).

32. Lo segundo, cuando llamó á su hermano y á sus hijos,

1 Mans. supr. num. 7. Guerreir. num. 24.

2 Menoch. præsumpt. 8. num. 7. y 16. Guerreir. ibi, num. 28, 29 y 30.

3 Menoch. dicha præsumpt. 18. num. 36 al fin, lib. 4.

4 Menoch. dicha præsumpt. 18. num. 18.

5 Menoch. ubi supr. num. 21 y 22.

6 Menoch. dicha præsumpt. 70. num. 16. lib. 4.

7 Menoch. dicha præsumpt. 18. num.

6. Fusar. de substitut. quæst. 477. num. 1 y 2. Guerreir. dicho lib. 5. y cap. fin. num. 25.

8 Guerreir. ibi, num. 26.

9 Guerreir. ibi, num. 14.

y al tiempo que formalizó el testamento ningunos tenia nacidos, pues se contemplan llamados tambien por orden sucesivo, porque como no los conocia, no es creible les profesase el amor que á su padre, ni por consiguiente que quisiese igualarlos á este, para que á un propio tiempo heredasen con él (1).

33. Lo tercero, cuando instituyó á su hermano y á los hijos nacidos y que habian de nacer de él (2), ó á sus hijos ó descendientes; porque bajo del nombre de descendientes se comprenden no solo los hijos, sino los nietos, biznietos y demas posteridad suya hasta su extincion (3); ó á sus hermanos y los suyos, porque este nombre suyos comprende lo mismo que el de hijos: y asi en estos tres casos heredarán todos por orden sucesivo (4).

34. Lo cuarto se limita, cuando nombró á su hermano y á sus herederos, porque viviendo este no puede tener heredero en el efecto, y en el nombre genérico de *herederos* no solo se comprenden el primero sino los de este y demas que siguen (5). Lo quinto, cuando instituyó á su hermano ó á sus hijos, pues estos heredarán despues que su padre, porque la ó es disyuntiva, y asi impide que hereden juntamente con él (6).

35. Lo sexto, cuando instituyó á su hermano y á sus hijos con palabras, que atendidas las reglas de gramática, no pueden entenderse sino sucesivamente, v. gr. *instituyo por mi universal heredero á Pedro mi hermano y á sus hijos*, pues estos deben heredar por orden sucesivo, que es despues de muerto su padre, porque la palabra *heredero* no conviene sino al hermano, que es uno, ni se extiende á los hijos, que son muchos, sino por el orden expuesto (7).

36. Lo séptimo, cuando son instituidos muchos *colectiva ó copulativamente*, si de las palabras con que el testador hace la institucion se colige haber querido que no acudiesen todos á un propio tiempo sino por orden sucesivo, v. gr. *instituyo á Pedro y á su hijo y heredero*, y entonces ningun hijo tiene: pues en este caso es visto que el hijo y heredero que llegue á tener han de heredar por orden sucesivo (8).

37. Lo octavo, cuando son nombrados por herederos mu-

1 Guerreir. ibi, num. 15.

2 Guerreir. ibi, num. 16.

3 Covarr. in cap. Raynutius. §. 2. num.

6. de testam. Guerreir. ibi, num. 17.

4 Menoch. dicha præsumpt. 18. num.

26. Guerreir. ibi, num. 18.

5 Guerreir. ibi, num. 19.

6 Guerreir. ibi, num. 20.

7 Decio cons. 215. num. 2. vers. *Pri-*

ma respondit. Guerreir. ibi, num. 21.

8 Cras. in §. *Institutio*, quæst. 20. num.

5. Guerreir. ibi, num. 27.

chos, entre los cuales no solo media el orden de afecto, caridad y sucesion, sino que concurre la necesidad de ser instituidos, v. gr. si hijo y nietos lo son por la mera partícula copulativa; pues siéndolo por alguna palabra mas conyuntiva, v. gr. *jointamente*, sucederán igualmente y no por orden sucesivo (1).

38. Y lo nono y último se limita la referida conclusion quando son instituidas varias personas, entre las cuales media el orden de caridad, y por alternativa son llamadas á la sucesion (2); ó son llamados muchos, el uno por su propio nombre, y sus descendientes por una diction ó palabra colectiva de muchos grados, v. gr. *instituyo á Pedro y á sus hijos y descendientes* (3); ó quando se hace la institucion por su nombre colectivo, que comprende diversas personas y grados, v. gr. si el testador instituye á la familia y á los agnados, hijos y descendientes, en cuyos casos serán admitidas por orden sucesivo segun la prerrogativa del grado (4).

39. En quanto á si sucederán por cabezas ó por ramas digo que si el testador instituye muchos herederos, al uno simplemente por su propio nombre, y á los demas con modo colectivo ó bajo la coleccion de muchas personas que no descienden de él, no heredarán todos con igualdad, antes bien el instituido por sí solo y por su propio nombre llevará la mitad de la herencia, y todos los demas juntos la otra mitad que dividirán entre sí igualmente, v. gr. si dice: *instituyo á Pedro y á los hijos de Juan por mis herederos: ó Pedro sea mi heredero, y Juan y Francisco sean mis herederos*. Y la razon es porque todos los conjuntos se reputan por una persona y no ocupan mas que un lugar, y el disyunto por sí solo otro, y por lo mismo debe llevar tanto como los demas (5). Y lo mismo procede quando es hermano del testador el instituido solo, que abintestato debe heredarle, y los instituidos colectivamente son hijos de este hermano; bien que acerca de este hay variedad de opiniones (6).

40. Se limita lo expuesto quando el testador añade á la institucion alguna diction ó palabra, por la cual se conoce que qui-

1 Mantic. de conject. lib. 4. tit. 9. num. 19. Mans. quest. 16. num. 19 y 25. Gom. lib. 4. Var. cap. 2. num. 4. Canc. part. 7. Var. cap. 8. num. 97. Guerreir. ibi, num. 32 y 33.

2 Mans. ibi, num. 28. Guerreir. ibi, num. 31.

3 Cras. dicha quest. 20. num. 14. Mans.

dicha quest. 16. num. 29. Guerreir. ibi, num. 35.

4 Guerreir. ibi, num. 36. Mantic. ibi, Mans. ibi, num. 30.

5 Guerreir. ibi, num. 28 y 29. Cras. dicha quest. 20. num. 15. Mans. ibi, num. 11. Menoch. ibi, num. 15.

6 Boer. decís. 185. num. 16 al fin, lib. 1.

so heredasen todos uniformemente, v. gr. si dice: *instituyo á Pedro y á los hijos de Juan por mis herederos en partes iguales*, en cuyo caso heredarán todos con igualdad. Lo cual se entiende, excepto que sean instituidos en diversas oraciones, v. gr. *instituyo por mi heredero á Pedro, y á los hijos de Juan instituyo tambien por mis herederos en iguales partes, ó igualmente por stirpes*. En estos casos, sin embargo de la palabra que al parecer los hace conjuntos, llevará Pedro la mitad de la herencia, y los otros la otra mitad, porque la diction *por iguales partes* recae sobre los hijos de Juan, y los une entre sí, y no á Pedro con ellos (1).

41. Si el testador instituye genéricamente por herederos á sus hermanos, ó les lega alguna cosa, y unos son enteros y otros medios, serán admitidos solamente los enteros á la herencia ó legado (2); y la razon es: 1.º porque en duda se supone haber querido disponer con arreglo á derecho, segun lo cual son preferidos los hermanos enteros (3); 2.º porque la causa del que murió testado se ha de juzgar en duda por las reglas que rigen abintestato (4); y 3.º porque mayor aficion se presume para con los hermanos por ambas líneas, que para los medios hermanos (5).

42. Esto se entiende en caso que el difunto tenga varios hermanos enteros, pues si solo tuviere uno de esta clase, por el hecho de llamar ó instituir á sus hermanos en plural y no convenir la pluralidad á uno solo, se conceptúan tambien llamados é instituidos los medios hermanos. Y lo propio milita y procede quando interviene la causa de conservar la agnacion en la familia (6).

43. Si instituye á Pedro y á los hijos que nazcan de su hermana Juana (ó de otra muger que nombra), y nacen dos ó mas, deben heredar todos igualmente, porque no se puede imputar culpa al testador en no haber nombrado á cada uno por su nombre, respecto no estar nacidos, y por derecho se presume que á estarlo los nombrara. Lo cual es al contrario quando lo estan y no los nombra sino con modo colectivo; pues se presume que quiso fuesen tenidos por uno, y que por consiguiente heredasen solo todos juntos.

1 Not. ibi, num. 16. Cras. dicha quest. 20. num. 16. Mans. dicha quest. 16. num. 12. Guerreir. ibi, num. 29.

2 Paul. de Castro in leg. fin. Cod. de verb. significat. Gom. en la 8 de Toro.

3 Ley 5. tit. 13. Part. 6.

4 Menoch. cons. 87. num. 40.

5 Menoch. præsumpt. 75. num. 19 y 20. lib. 4.

6 Menoch. ubi supr. al fin.

44. Y si instituye por sus herederos á un hermano suyo y á los hijos de otro hermano muerto, no con modo colectivo ó copulativo sino nombrándolos por sus propios nombres, sucederán cada uno de por sí con su tio, y así la herencia se dividirá entre el tio y sobrinos con igualdad; pues en toda materia es principio y regla de derecho, que cuando muchos son nombrados colectiva ó copulativamente en alguna disposicion, se admiten virilmente ó con igualdad (1).

45. Instituyendo el testador por sus herederos á sus hermanos, ó haciéndoles algun legado, parece que son llamados tambien al legado ó herencia los hijos de otro hermano suyo muerto, porque representativamente se tienen por hermanos, y suceden en su derecho y lugar. Pero lo contrario es lo cierto; y así no serán admitidos los sobrinos. Lo primero, porque no hizo menciou de ellos. Lo segundo, porque en la disposicion del testador mas se debe considerar la propincua aficion y proximidad de grado que la remota, y atender mas á su mente que á las palabras con que se explica. Lo tercero, porque en el nombre apelativo de hermanos vienen y se comprenden solamente los existentes en segundo grado, y no los ulteriores (2).

46. Entre los herederos extraños se comprenden los usufructuarios, que son los que instituye el testador para que gocen del producto y uso de sus bienes por tiempo determinado, ó por el de su vida, pasado el cual se incorpora el usufructo con la propiedad, y pertenece al heredero de la misma, que por esto se llama propietario.

47. Compréndense igualmente los fideicomisarios ó fiduciarios, que son los que el testador instituye para que entreguen la herencia á la persona ó personas que designa. Tambien hay quien instituye heredero con fideicomiso, dejando en realidad heredera á su alma sin expresarlo así en el testamento, recomendando al fideicomisario bajo sigilo natural el modo y forma de la distribucion de la herencia, prohibiendo á cualesquiera jueces ú otras personas que le pidan cuenta de su inversion, y mandando por último que en caso de que alguno lo intente ó se entremeta en el negocio, no se entienda ser fideicomisario, sino que se tenga y repunte por absoluto heredero.

1 Gom. ibi, num. 16. quest. 10. num. 31. Acev. en la ley 4. tit. 8.
2 Gom. ibi, num. 17. Covarr. *Pract.* lib. 5. Rec. num. 6.
cap. 38. num. 4. Velasc. *de jure emphiteut.*

48. Para que sea válida la institucion de los herederos extraños han de estar libres de impedimento legal en tres tiempos: 1.º cuando son instituidos; 2.º cuando muere el testador; 3.º cuando aceptan la herencia; pues si en alguno de ellos le tuvieren, no heredarán, y en su lugar será heredero aquel á quien por derecho corresponda (1). Cuando el heredero extraño es inhabil para el manejo de sus bienes, es libre el testador de encargarse la administracion de ellos á quien le parezca con postergacion del padre de su heredero, si no mereciese su confianza.

1 Ley 22. tit. 3. Part. 6. Véanse las dos limitaciones que trae Greg. Lop. en eif