

39. Lo propio milita en la sustitucion *brevilocua*; por lo que si el padre, teniendo hijos de dos mugeres, los sustituye mutuamente, y la parte del uno es repudiada ó caduca, no se contemplan instituidos en ella y llamados solamente los hermanos enteros, sino indistintamente todos los habidos y procreados en ambas mugeres<sup>1</sup>. Y lo mismo sucede en la *pupilar*; pues sustituyéndolos pupilarmente, y muriendo algunos en esta edad, le sucederán igualmente por virtud de ella todos los hermanos enteros y medios sin preferencia<sup>2</sup>.

40. Siendo conjuntos dos ó mas en las palabras, v. g. cuando el testador dice: *Instituyo á Pedro y Juan por mis herederos en iguales partes*, y otro en la cosa ó herencia, porque en otra cláusula y oracion dice simplemente: *Instituyo á Francisco por mi heredero* (en cuyo caso todos se conceptuan instituidos por terceras partes), si uno de los dos primeros repudia su porcion, ó por otro motivo falta ó caduca, parece por una parte que se debe acrecer al conjunto de las palabras: lo primero, porque la conjuncion verbal se causa por la propia é inmediata voluntad del testador, y la real por la unidad y sociedad de la cosa; y lo segundo, porque los *verè* conjuntos verbalmente se reputan una misma persona y cuerpo. Y por otra parte parece debe obtener la prelación el realmente conjunto y no el verbal, porque viene por derecho de no decrecer: y así á primera vista, como llamado á toda la herencia ó cosa *absolutamente*, aunque por concurrir con otros no lleve mas que una parte, si falta la de alguno, retendrá la suya y obtendrá la de este, porque al parecer le asiste derecho mas poderoso que á él.

41. Pero sin embargo de todo lo expuesto (que muchos han creído y seguido), ninguno de los dos se preferirá al otro, ántes bien serán admitidos ambos igualmente al percibo de la parte defectuosa ó vacante: lo primero, porque como en virtud de la institucion y por voluntad del testador tienen ambos en el afecto iguales partes en la herencia, les debe tocar por la propia razon y voluntad la misma porcion en la vacante en virtud del derecho de acrecer; y lo segundo, porque en derecho no está dispuesto que uno prefiera al otro, ni que una conjuncion tenga mas vigor que la otra<sup>3</sup>.

42. Concurriendo un conjunto de cualquiera de los tres modos explicados, y otro omnímodamente disyunto, será preferido aquel á este: y si todos fueren omnímodamente disyuntos, ninguno obtendrá la prelación; por lo que se dividirá entre todos la parte vacua ó caduca<sup>4</sup>. Y la razon es para que el testador no muera en parte testado

<sup>1</sup> Gom. cap. n. y vers. cit.

<sup>2</sup> Aretin. in dict. leg. *Lucius* col. fin. Covar. Gom. locis. citat Menoch. praesumpt. 75. ex n. 8. lib. 4. Ayllon ad Gom. in dict. n. 31.

<sup>3</sup> Gom. ibi n. 31. vers. *Sed his non obstantibus*. Ayllon ad Gom. ibi.

<sup>4</sup> Gom. ibi ns. 33 y 34. Cancr. part. 3. Var. cap. 2. n. 176. Duaren *De jure accrescend.* lib. 22. cap. 4. Menoch. *De succession. crea.*

y en parte intestado, la cual tiene bastante virtud y eficacia para inducir el derecho de acrecer en la sucesion por testamento.

43. Muerto uno de los herederos instituidos despues de haber admitido su parte de herencia, ó ántes que espire el tiempo legalmente concedido para su admision, si el coheredero ántes ó despues de la muerte del otro repudia la suya, ó por otro motivo falta, se acrece á los herederos del muerto. Lo primero, porque las razones inductivas del derecho de acrecer expresadas en el párrafo 13, versan y tienen lugar en este caso para que el testador no muera en parte testado y en parte intestado: lo segundo, porque este derecho tiene su tendencia á la parte admitida y á su cualidad; y así la defectuosa la sigue, y se le acrece, consolidándose entrambas y constituyéndose de igual naturaleza; y lo tercero, porque cuando la porcion ó lucro se defiere inmediatamente á alguno por la ley, se trasfiere á sus herederos aunque no la haya aceptado<sup>1</sup>.

tion. § 10. n. 125. Castill. *De usufruct. di.* | 1 Gom. ibi n. 35. Gutier. in *leg. unic. Cod.*  
che cap. 48. n. 39 y sig. | *Quando non potentium partes.*

### CAPITULO XIII.

#### De los desheredamientos.

- |   |   |     |  |
|---|---|-----|--|
| 1 | ¿Qué es desheredar?   | 7   | No redimirle de cautiverio ó andar omiso en procurarlo.  |
| 2 | Causas que autorizan la desheredacion de los hijos; poner manos airadas en sus padres, maquinara contra su vida, ó acusarlos de crimen capital.   | 8   | Volverse judío, moro ó herege. Doctrina legal sobre el clérigo herege.   |
| 3 | Infamarlos, abusar de su madrastra ó de la manceba pública de su padre, usar de hechicerías.  | 9   | Para la desheredacion han de probar la causa el desheredante ó su heredero. Si consiente en aquella el desheredado, no puede reclamar. |
| 4 | No dar fianzas por el padre preso, ó lidiar con hombre ó fiera contra su voluntad. Otro caso relativo á la desheredacion de la hija.              | 10  | Causas porque pueden ser desheredados los ascendientes.  |
| 5 | Hacerse juglar por dinero no siéndolo su padre, ó lidiar con hombre ó fiera contra su voluntad. Otro caso relativo á la desheredacion de la hija. | 11  | Causas porque se pierde la herencia sin desheredamiento.   |
| 6 | No recoger ni alimentar al ascendiente loco.  | 12* | Otros casos en que pierde la herencia el heredero, y no se aplica como en los demas al fisco.*   |
|   |   | 13  | De la desheredacion de los hermanos del testador.  |
|   |   | 14* | En qué hermanos se entiende la doctrina del número anterior.*  |

1 **D**espues de hablar de los que deben ser instituidos herederos, trataremos de las causas porque pueden ser desposeidos de la herencia, aun despues de haber entrado en ella. Desheredar á un

individuo es privarle del derecho que tenia de heredar á alguno de sus ascendientes ó descendientes legítimos<sup>1</sup>; de lo cual aparece que con respecto á los herederos extraños no puede haber desheredacion<sup>2</sup>. Esta debe hacerse nombrando el testador al desheredado por su nombre y apellido, ó con otras palabras que no dejen duda de la persona que quiere designar<sup>3</sup>, siendo ademas indispensable que sea total y absoluta, pues si mediare condicion, ó fuere solo de una porcion de la herencia, será nula, por el antiguo principio de que ninguno puede ser en parte heredado y en parte desheredado<sup>4</sup> (\*).

2 Por varias causas pueden los padres desheredar á sus hijos, á saber: por poner en ellos las manos airadas para prenderlos ó herirlos, por maquinarse contra su vida por cualquier medio que fuere, por causarles grave daño en su hacienda, y por acusarlos de crimen que merezca pena de muerte ó destierro. Exceptuase el caso en que el crimen sea de lesa nacion y lo justifique el acusador<sup>5</sup>.

3 Por infamarlos en términos que quede menoscabada su reputacion, por tener acceso carnal con su madrastra ó con otra muger que su padre tuviere paladinamente por amiga, por ser hechiceros ó encantadores, ó vivir con los que lo fueren<sup>6</sup>.

4 Por resistirse á fiar en cuanto pudieren á su padre preso por deudas; lo que no se entiende con las mugeres estándoles, como les está, prohibido el ser fiadoras: por impedirle que haga testamento, ó bien que deje á otro algun legado, en cuyo caso podrá acusarle el legatario, y probado el delito, perderá el primero su herencia, y será del fisco. El legatario percibirá el legado, como si realmente hubiera estado expreso en el testamento, así que pruebe la violencia que se hizo al testador, y voluntad que tenia de mandarle el legado<sup>7</sup>.

5 Por lidiar por dinero con hombre ó bestia contra la voluntad de su padre, ó hacerse juglar, no siéndolo este: por resistirse (siendo hija) á casarse en conformidad con la voluntad de su padre, á pesar de dotarla segun sus posibles y su clase, si despues se hace ramera: pero si no repugna el casamiento, y por diferirlo su padre hasta pasar de los veinte y cinco años se hace despues ramera, ó se casa contra su voluntad, no podrá desheredarla<sup>8</sup>. Por la ley 9. tit. 2. lib. 10. N. Rec. se impusieron varias penas á los hijos que se casaren contra la voluntad de sus padres, reputan-

1 L. 1. tit. 7. part. 6.

2 L. 2. id. id.

3 L. 3. tit. 7. part. 6.

4 L. 3. al fin, tit. 7. part. 6.

(\*) El reformador de Febrero opina que estando modificada por nuestras leyes la referida máxima, no hay ninguna imposibilidad en que la exheredacion pueda ser parcial;

pero por plausibles que sean sus razones, nuestros juriconsultos de mayor crédito estan conformes en la doctrina del autor.

5 L. 4. tit. 7. part. 6.

6 L. 4. tit. 7. part. 6.

7 L. 4. tit. 7. part. 6.

8 L. 5. id. id.

do este exceso por justa causa de desheredacion, quedando ademas privados los contrayentes y sus hijos de todos los efectos civiles, como el derecho de pedir dote ó legítima, suceder como herederos forzosos así en los bienes libres como en las vinculaciones ó patronatos; \*lo cual procederá siempre que los padres usando de la facultad de dicha ley deshereden ó priven de la sucesion á sus hijos<sup>1</sup>: no pudiendo las madres instituirlos por herederos, ni hacerles donacion alguna, cuando intenten casarse, y se haya declarado racional el disenso del padre, mientras este viva, y no haya variado de determinacion<sup>2</sup>. \*Posteriormente se publicó la pragmática sancion de 28 de abril de 1803 que queda referida en el capítulo del matrimonio; pero como nada habla de penas á los contraventores, se supone que dejó en pié las impuestas por la ley antecedente (a).

6. Por no recoger y alimentar al ascendiente que perdió el juicio y anda vagando, y por no querer encargarse de su cuidado, cuando un extraño que le ha recogido por caridad, le ruega que lo haga, y él no quiere hacerlo. En este último caso si el ascendiente muere intestado, debe llevar el extraño todos sus bienes, perdiéndolos el descendiente, quedando nulo el testamento anterior hecho antes de la demencia, en que dejaba á este por heredero, y valiéndose únicamente las mandas que contenga<sup>3</sup>.

7. Por no redimir á su ascendiente cautivo, ó ser descuidado en proporcionar, pudiendo, su redencion. En este caso puede desheredarle en su testamento hecho despues del cautiverio, y si muere en él intestado, se apoderará de sus bienes el obispo de su diócesis, inventariándolos y distribuyendo su producto en la redencion de cautivos. Si antes de ser cautivo el ascendiente dejó otorgado testamento en que nombraba heredero al ascendiente que despues reusó rescatarle, será nula la institucion y válidas las demás disposiciones. Mas para incurrir el heredero en esta pena, ha de ser

1 Nota 2 de dicha ley 9.

2 Céd. de 26 de mayo de 1783 rec. por Bo. leña tit. fol. n. 316. y por Elizondo Pract. univ. tom. 7. apéndice n. 18.

(a) Padece el autor una equivocacion cuando asienta que la Pragmática de 1803, que es ley 18. tit. 2. lib. 10. N., no impuso pena á los hijos que se casen contra la voluntad de sus padres; dicha ley despues de establecer la de expatriacion y ocupacion de temporalidades á los eclesiásticos que autoricen tales matrimonios, añade: „y en la misma pena de expatriacion y confiscacion de bienes incurrirán los contrayentes.“ Esto supuesto, veamos si por esta disposicion quedaron derogadas las anteriores. Suárez en su Tratado De legibus lib. 6. cap. 28. n. 10. dice: „Lex posterior imponens novam poenam non censetur eo ipso revocare aliam poenam per prio-

rem legem positam.....Ratio autem est, quia non repugnat idem delictum duabus poenis puniri, et ita illae leges possunt simul subsistere quoad poenas, si aliunde poenae ipsae inter se repugnantes non sint.“ Conforme á esta respetable doctrina la cuestion propuesta debe resolverse por la negativa. Sin embargo para la afirmativa pueden alegarse la ley 21. tit. 9. part. 7. que asienta: „que de un yerro non debe ome recibir dos penas por ende.“ la regla de derecho: „Odi astringi, et favores convenit ampliari; y la cit. ley 18 que expresa deber á ella arreglarse la celebracion de los matrimonios, y no á otra ley ni pragmática anterior.“ El lector se decidirá por la opinion que juzgue más probable, teniendo presente que: „Semper in ambiguis quod mininum est sequimur.“ — E.

3 L. 5. tit. 7. part. 6.

mayor de diez y ocho años, sin que le sirva de disculpa que el cautivo no le hubiese autorizado para disponer de sus bienes á fin de rescatarle, porque esta es accion y obligacion que tiene por derecho<sup>1</sup>. Los demas parientes del cautivo estan sujetos á la misma pena.

8. Por volverse judío el descendiente cristiano, ó bien moro ó herege, siendo su ascendiente católico; pero no podrá desheredar el ascendiente que profesa alguna secta al descendiente católico por la sola razon de serlo. Si tuviese el ascendiente varios hijos de los cuales unos fueren católicos y otros no, heredarán estos únicamente, debiendo entregar á los otros su legitima en el solo caso de convertirse á nuestra santa fe, pero reteniendo como propios los productos de la misma. Si alguno fuere clérigo y herege, siendo tambien hereges todos sus parientes por línea recta y trasversal hasta el décimo grado, heredará la Iglesia sus bienes, con tal que los demande dentro del año siguiente al dia en que se hizo tal declaracion. Pero si aquel fuere lego, ó dejare la Iglesia pasar el año sin pedir sus bienes, los heredará el fisco<sup>2</sup> (a).

9. Para que valga el desheredamiento de los descendientes no solo han de expresar sus ascendientes las causas, sino probarlas los mismos ó bien el heredero que instituyeren, pues de otro modo no es válido<sup>3</sup>. Pero si el desheredado consiente en la desheredacion en cualquier manera, no puede reclamar despues ni tiene accion á ser oido en juicio sobre este asunto<sup>4</sup>. Si el testamento en que hay desheredacion es revocado por el testador, ó se rescinde y anula por cualquiera causa, es nula tambien la desheredacion en él contenida<sup>5</sup>. Para ser desheredado es necesario ademas tener por lo ménos diez años y medio de edad; por lo mismo nunca puede serlo el póstumo<sup>6</sup>.

10. Tambien pueden los descendientes desheredar á sus ascendientes legítimos por las siguientes causas: 1.º por acusarlos de delito que los exponga á muerte ó mutilacion, excepto que sea de lesa magestad: 2.º por maquinari su muerte en cualquiera forma: 3.º por acceso carnal con su muger ó su amiga: 4.º por impedirle dis-

1 L. 6. tit. 7. part. 6.

2 L. 7. tit. 7. part. 6.

(a) Los autores, para que se retengan mas fácilmente las causas de desheredacion, las han comprendido en los versos siguientes:

*Bis septem ex causis exhaeres filius esto.*

*Si patrem feriat, vel maledicat ei,*

*Carcere detrusum si negligat, ac furiosum:*

*Criminis accuset, vel paret insidias.*

*S' dederit damnum grave, si nec ab hoste redemit:*

*Si testari vetet, si societate malis.*

*Si mimos sequitur, vitietque cubile paternum.*

*Non orthodoxus, filia si meretrix.*

Los intérpretes del derecho romano agitaban

acaloradamente la cuestion, de si el padre podria ó no desheredar á su hijo por causas iguales ó mayores á las expresadas en las leyes. Este punto está ya decidido para nosotros por la ley 8. tit. 7. part. 6, que al fin dice: „Mas si por alguna otra razon cualquier que non fuese de las sobredichas en estas leyes, desheredase el padre á su hijo, non le valdria tal desheredamiento.“—E.

3 LL. 8 y 10. tit. 7. part. 6. Gom. lib. 1.

Var. cap. 11. n. 15.

4 L. 6. tit. 8. part. 6. Greg. Lop. en ella gl. 2.

5 L. 2. tit. 7. part. 6.

6 L. 2. tit. 7. part. 6.

poner de sus bienes segun derecho: 5.º por maquinari su padre la muerte de su madre, ó esta la de aquel: 6.º por no proporcionar alimentos á su descendiente loco ó desmemoriado: 7.º por no rédimirlos de cautiverio, pudiendo, en la forma misma que se dijo del descendiente: 8.º cuando el ascendiente es herege y el descendiente católico<sup>1</sup>. Estas causas, y no mas, probadas legalmente, son las que reconoce el derecho por suficientes para la desheredacion de los padres y abuelos<sup>2</sup> (a).

11. Aun cuando no intervenga desheredacion, hay varias causas por las cuales se pierde tambien la herencia. 1.º Cuando el testador ha sido muerto por obra ó consejo de alguno de los compañeros del heredero, y este sabiéndolo entra en la herencia ántes de quejarse judicialmente del agresor; pero si le mataron gentes extrañas, no perderá la herencia aunque entre en ella ántes de querellarse, con tal que lo verique dentro de cinco años despues de ocurrida la muerte: en cualquiera de los dos casos pasa la herencia al fisco. 2.º Si abre el testamento ántes de acusar á los que mataron al testador, estando cierto de conocerlos: mas si no tiene certeza de que sean ellos los que cometieron el delito, ó aunque la tenga si es hombre rústico, en quien debe suponerse ignorancia del derecho, \*muger menor de edad, ó si es imposibilitado para hacer la acusacion,\* no la perderá por dicha causa (b). 3.º Si el testador ha muerto por obra, culpa ó consejo de su heredero. 4.º Por haber tenido este acceso con la muger de aquel. 5.º Si el hijo dice de falsedad del testamento en que es instituido, y por sentencia final resulta ser legitimo; y lo mismo sucederá si fuere personero ó abogado en la instancia que se fallare del modo referido, á ménos que lo haga por precepto del superior, ó como curador de algun huérfano. 6.º Si á ruego ó mandato del testador entrega la herencia á un incapaz de heredar sabiendo que lo es. En todos los casos enunciados pasará al fisco la herencia, y si versaren respecto del legatario perderá este

1 L. 11. tit. 7. part. 6.

2 L. 8. tit. 7. part. 6.

(a) Las causas porque pueden ser desheredados los ascendientes estan comprendidas en los siguientes versos:

*Si capitis natum pater accusaverit; ejus*

*Aut vitae insidias clam, palamve struat.*

*Si vetuit, cupidum secreta novissima mentis*

*Prodere; nec veritus temerare nulum.*

*Si pater, et genitrix tibi fata scelestas minentur.*

*Fulcra nec ad nati clausa furentis eant.*

*Filius auxilio si non patris hostica linquit*

*Lamina; si genitor numen inane colat.*

Estas causas son ménos en número que las por que los padres pueden desheredar á los hi-

jos; porque á aquellos son permitidas sobre estos muchas cosas, que serian criminales en los segundos respecto de los primeros.—E.

(b) En la ley 15 de dicho tit. 7. se ponen otros tres casos de excepcion en que no perderia la herencia el heredero, á saber: cuando el juez no le administró justicia, cuando habiendo entablado la acusacion y perdido en primera instancia no apeló, y cuando no se encontrare al agresor. Berni en la ley 13 del mismo titulo dice, que en el dia el heredero del muerto perdona el agravio, y la justicia sigue de oficio la causa, sin que por ello aquel pierda la herencia; añadiendo, que en comprobacion podria alegar muchos ejemplares que habia visto en la audiencia de Valencia.—E.

su legado<sup>1</sup>. \*Advirtiéndose que aquel queda con la obligación de pagar las deudas del testador, hasta la cantidad que montare la herencia, y las mandas escritas en el testamento, pudiendo sacar de ellas en su caso la cuarta falcidia<sup>2</sup>.\*

12.\* Hay además otras causas por que el heredero pierde la herencia, y en cuyos casos no se aplica esta al fisco. Si el testador dejare á alguno un legado y despues le rogare que sea tutor de sus hijos, no aceptando el cargo, perderá el legado y se aplicará á estos: en igual pena incurre el legatario que hurtase el testamento en que le hubiesen hecho la manda, la cual entónces pertenecerá al heredero. Del mismo modo, cuando el testador estableciese por heredero á alguno en el concepto de que era hijo suyo, sin serlo; ó cuando el cristiano instituyere á algun herege, moro ó judío, perderán los instituidos la herencia, que cederá á los herederos *ab intestato*. Por último, en los dos casos de que se ha tratado en los números 6 y 7, tampoco pertenece al fisco la herencia que perdió el heredero.<sup>3</sup>

13. Como los hermanos no son herederos forzosos, no es menester causa alguna para que sean desheredados; pero hay caso en que tienen derecho á la herencia, que es cuando el hermano testador instituye por heredero á un hombre de mala vida, ó que sea legalmente infamado. En este caso podrán los hermanos anular el testamento y tomar la herencia, si el testador no ha desheredado á alguno de ellos por las tres causas que expresa la ley 12. tit. 7. de la Part. 6., segun se dijo en el capítulo *De los herederos extraños*, número 3.

14.\* Lo dicho en el número anterior se entiende de los hermanos germanos ó consanguíneos, mas no de los uterinos. Igualmente solo se habla de los legítimos, no de los naturales, aunque sean legitimados por decreto del cuerpo legislativo<sup>4</sup>.\*

1 LL. 13. tit. 7. part. 6 y 11. tit. 8. lib. 5. R., ó tit. 20. lib. 10. N., Greg. Lop. en dicha ley 13.

2 L. 16. tit. 7. part. 6.

3 L. 17. tit. 13. part. 6.

4 Greg. Lop. en la gl. 3. de dicha ley 12.

#### CAPITULO XIV.

##### *De los que tienen prohibicion de heredar.*

- 1 No pueden heredar los deportados, condenados perpetuamente á las minas, &c.
- 2 Los traidores, sus cómplices, y los hijos varones de los primeros;

\*pero se crée con mucho fundamento derogada esta disposicion.\*

- 3 Los religiosos de S. Francisco, el que no ayudó á su señor pudiendo, el confesor del testador, y

otros. Entre los imposibilitados de heredar, unos se llaman indignos y otros incapaces.

4\* Caso en que siendo nombrado heredero un incapaz, adquirirá parte de lo que se le dejó.\*

1. **N**o deben heredar ni ser instituidos por herederos los desterrados para siempre, que llaman *deportados*: los condenados á servir perpetuamente en las minas ó trabajos públicos (a); aunque muchos con Antonio Gomez juzgan que pueden ser instituidos herederos y heredar abintestato, á ménos que en la sentencia se les prive de esta capacidad, á pesar de las leyes de Partida que solo les permiten ser legatarios: el herege declarado por tal en juicio: el que con cierta ciencia se hace bautizar dos veces: los cristianos que apostatan de nuestra santa religion: la cofradía ó ayuntamiento erigidos contra derecho, ó contra la voluntad del soberano<sup>1</sup>. Acerca de la capacidad ó incapacidad de los hijos ilegítimos para heredar á sus padres, recuérdese lo explicado en el capítulo 6 de este libro (b).

2. Tampoco deben serlo el traidor declarado ni sus hijos varones, y estos no solo estan privados de heredar á sus padres, sino á cualquiera otro pariente ó extraño, y de ser legatarios; pero las hijas pueden heredar la cuarta parte de los bienes de sus padres<sup>2</sup> (\*). En la misma pena incurren los que dan consejo ó ayudan á hacer la traicion: los bienes de todos estos recaen en el fisco, excepto que toquen á tercero, v. g. muger ú otro acreedor; y sus hijos quedan infamados para siempre<sup>3</sup>. \*Sin embargo, esta prohibicion que tenian para poder heredar en lo absoluto los hijos del traidor, no parece que puede tener lugar entre nosotros, supuesto el artículo 146 de la Constitucion, que previene que la infamia no pase del delincuente; y el 147 que prohíbe la confiscacion de bienes, de modo que podrán heredar á su mismo padre<sup>4</sup>.\*

3. Los religiosos de S. Francisco, así de observancia como de reforma, y sus conventos no pueden ser herederos<sup>5</sup>: sobre lo cual

(a) Téngase presente, que hoy conforme á la ley 13. tit. 24. lib. 8. R., ó 7. tit. 40. lib. 12. N., á nadie puede condenarse á pena perpetua ó por tiempo que pase de diez años.—E.

1 L. 4. tit. 3. part. 6.

(b) La ley de Partida que acaba de citarse, coloca á los hijos espurios en el catálogo de los absolutamente incapaces de ser herederos; sin embargo, Greg. Lop. en su gl. 11, fundado en las leyes romanas, y en el lugar de Azon de donde se tomó, restringe su incapacidad á los padres, como lo hace la ley 10. tit. 13. part. 6. Hoy ténganse presentes las leyes de la Recopilacion citadas en el capítulo á que nos hemos remitido.—E.

2 L. 1. tit. 2. part. 7.

(\*) En las precedentes ediciones de Febrero, dice *de sus madres*; pero la ley 2. tit. 2. part. 7. (edicion de la Academia de la Historia) dice terminantemente: *pero las hijas de los traidores bien pueden heredar hasta la cuarta parte de los bienes de sus padres*; sobre cuyo punto nada hablan las leyes 1, 2 y 3. tit. 7. lib. 12. N. R., que igualmente se citan en algunas ediciones del autor.

3 Dichas leyes citadas.

4 Murillo *Práctica de testamentos* refundida y aumentada, pág. 20. en la nota. Videurre *Obras sobre legislacion* vol. 4. pag. 16.

5 Clementin. *Exvi.* vers. *Quia igitur. De verbor. significat.* Conc. Trid. ses. 25. cap. 3. *De regularib.*

véase el capítulo 26, párrafo 23: \*Los religiosos profesos de ambos sexos estan declarados incapaces de toda sucesion *ab intestato*, asi ellos como sus conventos; pero por testamento ú otra cualquiera disposicion, siendo de órden que puedan poseer bienes, pueden con licencia de sus prelados, ó sus conventos por su nombre y representacion, recibir y gozar las herencias, mandas, fideicomisos, vínculos, capellanías, patronatos y demas cosas á que sean llamados: advirtiéndose que el religioso ó su convento solamente ha de tener y gozar el usufruto de los bienes raices así libres como vinculados que le puedan tocar conforme á lo dicho, debiendo despues pasar en pleno dominio á aquel á quien corespondan por derecho, ó por el órden de llamamientos<sup>1</sup> \*. Asimismo no puede serlo el que vió herir, matar ó cautivar á su señor, y no lo socorrió pudiendo, ni tampoco el alevoso<sup>2</sup>. El confesor que asiste al testador en su última enfermedad no puede heredarle, ni haber manda, fideicomiso ni otra cosa suya, ni su iglesia, convento ni deudo, ni vale lo que estando en la enfermedad les deja; y el escribano que autoriza semejante disposicion incurre por primera vez en pena de doscientos ducados y suspension de oficio por dos años, y por la segunda en doble multa y privacion de oficio, y cada uno de los testigos instrumentales en la de veinte ducados (a).<sup>3</sup> A los eclesiásticos é iglesias está prohibido

1 L. 38. tit. 15. lib. 1. del nuevo código de Indias, mandada observar por cédula de 29 de noviembre de 1796 y declarada en otra de 29 de abril de 1804. Como estas disposiciones no se publicaron mas que en América, y en España la ley 17. tit. 20. lib. 10. N. que declara á los religiosos incapaces de suceder *ab intestato*, no los habilita á la vez para heredar por testamento; Sala siguiendo su espíritu se inclina á creer que tambien les está prohibido, y Escribano cita en apoyo de esta opinion la ley 10. tit. 5. lib. 3. del Fuero real, que prohibe que se dé ó mande cosa alguna á hombre de religion despues de profeso. La cuestion ya está para nosotros terminantemente decidida en las leyes citadas.—E.

2 L. 11. tit. 5. lib. 3. del Fuero real.

(a) En la citada ley de la N. R. se declaran ademas nulos cualesquiera instrumentos que se otorguen en su contravencion; y con este motivo se disputa, si la nulidad deberá entenderse de todo el testamento, ó tan solo de la institucion ó manda á favor del confesor, su pariente, iglesia ó convento. Nosotros nos inclinamos á este segundo extremo, fundados en la regla de derecho: „*Utile per inutile non debet vitari*,” en que la causa de los testamentos siempre en derecho se reputa favorable; y por último en los argumentos que alega Sala en la *Ilustrac. al der.* lib. 2. tit. 5. n. 7.—E.

3 Aut. 3. tit. 10. lib. 5. R. L. 15. tit. 20.

lib. 10. N. y Cédulas de 22 de diciembre de 1800 publicadas por bando en esta capital á 8 y 21 de octubre, y 9 de noviembre de 1801. Estas disposiciones solo prohiben expresamente dejar mandas á los confesores, sus iglesias y demas referidos en el texto; pero nada hablan de la institucion de heredero; aunque el que esta esté tambien prohibida puede deducirse de su espíritu, y de la parte expositiva de la cédula citada publicada en 21 de octubre. Para que nuestros lectores puedan formar juicio sobre tan delicada é interesante materia, juzgamos conveniente referirles, que habiéndose promovido pleito en el consejo de Castilla sobre nulidad de cierto testamento otorgado en el año de 1793, el fiscal, despues de proponer su dictámen sobre lo principal de él, se extendió á pedir que con aquella oportunidad se hiciese una aclaracion ó ampliacion de la ley 15 citada, que prohibiese no solo hacer mandas en cualquier concepto, sino tambien instituir herederos en la última enfermedad al confesor del testador, sus iglesias, conventos ni deudos. A este dictámen se unió el voto particular de uno de los ministros del consejo, en cuanto á la conveniencia de que se examinase cumplidamente dicha ley para cortar de raiz la ocasion de que por medios indirectos se atacase su tenor y espíritu. Con todo se dió cuenta al rey en 28 de junio de 1806, y en su vista resolvió, que en lo sucesivo, cuando los tes-

adquirir bienes raices por testamento, compra ó en otra manera, sin licencia del soberano, ó retener sin ella los que llegaren á sus manos por testamentos, aniversarios y capellanías; pero esto no está en observancia. \*Por último, conforme al derecho de las Partidas<sup>2</sup> no podia ser heredera la muger que se casaba ántes de un año despues de la muerte de su marido; pero esta ley está expresamente derogada, y toda viuda puede casarse dentro de dicho tiempo, sin incurrir por ello en pena alguna<sup>3</sup>. \* Infiérese de todo lo dicho que de los que tienen prohibicion de heredar, unos se llaman *incapaces* y otros *indignos*. Los indignos son aquellos que aunque por derecho no se les prohíbe ser instituidos, se les quita la herencia y se aplica al fisco ó á los parientes *ab intestato*, como son los de que hablamos en el capítulo anterior. Y de los incapaces, unos lo son absoluta y otros limitada ó respectivamente: los que lo son absolutamente, son los que tienen prohibicion de ser instituidos por cualquier testador; y los otros los que solo en ciertos casos y por determinadas personas no pueden ser instituidos<sup>4</sup>.

4. \*Si á alguno de los que tienen prohibicion de ser herederos, se dejase fraudulentamente alguna cosa, y él se presentare descubriéndolo al juzgado de hacienda pública, se le premiará con la mi-

tadores dejasen por herederos á sus almas, la de sus parientes ó de otros cualesquiera, ó por via de mandas ó legados señalasen algunos sufragios ó de cualquier modo mandasen hacerlos, no pudiesen encargarse estos á los confesores en la última enfermedad, ni á sus parientes, y si fuesen religiosos, ni á sus religiones ni conventos: debiendo en los casos que se contravinieren á esto heredar lo dejado así, los parientes que segun derecho fuesen herederos *ab intestato*, y en su defecto seria destinado todo á otras obras piadosas que señalarian las justicias, á quienes encargaba velasen sobre el asunto, imponiéndose pena de privacion de oficio al escribano que autorizase testamento ú otra última voluntad contra aquella disposicion; y por lo que tocaba á la especie suscitada por el fiscal de estar prohibidas por la ley 15. tit. 20. lib. 10. N. las herencias dejadas á los confesores, sus parientes, religiones ó conventos, aunque lo estaban las mandas hechas en estos términos, volviése el consejo á examinar la materia, y le consultase lo conveniente. Para llevar á efecto la expresada resolucion en sus dos últimos extremos, que debian causar regla general, se formó expediente separado de el del mencionado pleito: y aunque dieron en él su dictámen los fiscales, no tuvo ulterior progreso por las agitaciones políticas de España, hasta que el año de 1829 se dió nuevamente vista del asunto á aquellos, y con presencia de lo que ex-

pusieron, en consulta que el consejo elevó al rey en 12 de marzo de 1830, le propuso cuanto estimaba oportuno; en conformidad á la cual resolvió Fernando VII, se llevase á efecto y circulase la referida resolucion de su padre; y que la prohibicion de mandas de la citada ley 15 se extendiese á las herencias dejadas á los confesores, sus parientes, religiones ó conventos. Todo se publicó por cédula á 30 de mayo de 1830, (inserta en el *Manual de Particiones de Tapia*, tercera edicion hecha en Madrid en 1832 pag. 333); que nosotros hemos mencionado en extracte tan solo con autoridad doctrinal, para conocimiento y mayor instruccion de nuestros lectores.—E.

1 Aut. 2. tit. 10. lib. 5. R. \*En obsequio de la verdad diremos que este auto solo se refiere al reino de Portugal, (por cuya razon sin duda se suprimió en la N.) y que no prueba la doctrina tan general que asienta el autor. El art. 15 del dec. de 27 de septiembre de 1830 prohibió á toda mano muerta la adquisicion de bienes raices por cualquier titulo; pero este artículo quedó expresamente derogado por el 14 de la ley de 7 de agosto de 1833, dejándose siempre vigentes las antiguas leyes sobre amortizacion, que explicaremos en su lugar.—E.

2 L. 5. tit. 3. part. 6.

3 L. 3. tit. 1. lib. 5. R., ó 4. tit. 2. lib. 10. N.

4 Murillo *Curs. jur. can.* lib. 3. n. 244.

tad á lo ménos de aquella, por la bondad que manifestó en no recibirla contra la prohibicion del derecho<sup>1</sup>.\*

<sup>1</sup> L. 14. tit. 7. part. 6. sobre la cual indica Berni que no tendrá lugar en los hijos de los clérigos respecto de la sucesion de

sus padres supuesta la ley 6. tit. 8. lib. 5. R., ó 4. tit. 20. lib. 10. N.—E.

## CAPITULO XV.

### De la revocacion del testamento, \*y de la queja de inoficioso.\*

- |  |  |
|--|--|
| 1 De las causas por que el testamento se desata ó invalida.  | primero para revocarlo.*   |
| 2 y 3* Del nacimiento posterior de algun hijo de que en él no se habia hecho mencion.*               | 12* Qué es la queja de inoficioso testamento, y qué efectos produce.*  |
| 4* De la cancelacion de la escritura del testamento.*  | 13* En qué casos no es necesaria.*   |
| 5,* 6 y 7 Del otorgamiento de otro posterior.*   | 14* A qué parientes del testador compete.*   |
| 8, 9, 10 y *11 Casos en que es necesario que el segundo testamento contenga cláusula derogatoria del | 15* Cuándo cesa.*  |
|  | 16* Se revocan por último los testamentos, cuando en los casos en que ha lugar conforme á las leyes, se solicita del soberano su reforma.* |

1. **E**l testamento hecho legalmente puede revocarse ó desatarse. Se *revoca* cuando el testador manda en otro testamento perfecto y posterior que no valga el precedente. Se *desata* por varias causas, á saber: cuando despues del testamento ó de la muerte del testador, le sobreviene algun hijo; por decaer del estado que ántes tenia; y otras que expresan las leyes 18, 19, 20, 21 y 22 tit. 1 Part. 6. La mudanza de estado de que hablan, es lo que se llama por derecho romano *capitis diminutio*, la cual era de tres clases, *máxima, media y mínima*. El que quiera puede leer las leyes citadas, pues teniendo entre nosotros poca ó ninguna aplicacion esta doctrina, no hay para que detenernos en ella.

2. \*Siendo por el contrario muy frecuente el que despues de hecho el testamento, ó de muerto el testador, le nazca de su muger legítima algun hijo, creemos deber explicar este punto con mas extension. Siempre pues, que en los términos expresados se verifique el nacimiento, ó que el testador adopte ó legitime á alguno conforme á derecho, de suerte que se constituya heredero forzoso de sus bienes, y no se haga mencion de él en el testamento, se anulará la institucion de heredero extraño, y entrará en su lugar el hijo ó hijos á heredar toda la parte que conforme á derecho les toca, excepto el quin-

to<sup>1</sup>; y todo lo demas del testamento subsistirá<sup>2</sup>, como tambien los legados hasta donde alcance aquella cuota, que es de la que tienen los padres libre disposicion. Lo mismo se debe decir en el caso de que ya el testador tenga hijos y le nazca otro, pues este sin anular el testamento entrará á la parte con los demas.\*

3. \*De tal suerte huyen las leyes de anular los testamentos sin urgente necesidad, que fundándose en su espíritu opinan varios autores,<sup>3</sup> que valdrá la disposicion de uno que sabiendo que tiene hijos legítimos, no los establece por herederos, pero ni tampoco á un extraño, juzgándose en este caso que tácitamente los llama; de lo cual infiere Alvarez,<sup>4</sup> que aun la pretericion no induce nulidad por nuestro derecho, pues en semejante caso valdrán las mandas hasta donde alcance el remanente del quinto.\*

4. El testamento no se invalida ni revoca por largo tiempo que haya trascurrido desde que se otorgó; pero la mudanza de voluntad del testador le autoriza para revocarle, lo cual podrá hacer cuantas veces quisiere, aun cuando se obligue á no hacerlo, pues en esto no puede imponerse á sí mismo ley alguna<sup>5</sup>. \*La mutacion de voluntad del testador puede acontecer, ó alterándose la escritura del primer testamento, ó permaneciendo intacta. El primer modo se verificará cuando el testador á sabiendas rompe la carta del testamento, tacha lo escrito ó rae su firma, la de los testigos ó el signo del escribano; pero si esto sucediere por casualidad, ó lo hiciere otro sin su noticia, valdrá el testamento siempre que quede inteligible<sup>6</sup>. Si hubiere muchos ejemplares de un mismo testamento, y el testador verificare lo dicho con solo uno de ellos, permaneciendo íntegros los demas, no se entiende revocado el testamento, si no es que los herederos *ab intestato* probaren que tal fué la voluntad y ánimo de aquel<sup>7</sup>. Cuando el testamento se anula de este modo, la herencia permanecerá á los herederos *ab intestato*, excepto que se pruebe que la revocacion se hizo por ingratitud de los instituidos, pues entónces se aplicará al fisco<sup>8</sup>. Por último, lo expuesto tiene lugar así en los testamentos escritos, como en los nuncupativos, siempre que de estos, como hoy se acostumbra, se saque una nota y se conserve, para reducirlos despues con mas facilidad á instrumento público<sup>9</sup>.\*

5. Permaneciendo intacta la escritura del testamento se revoca-

1 L. 20. tit. 1. part. 6.

2 Arg. de la ley 8. tit. 6. lib. 5. R., ú 8. tit. 6. lib. 10. N.

3 Alvarez *Instituc.* lib. 2. tit. 17. Ayllon á Gem. lib. 1. cap. 11. n. 2. y los que cita.

4 Lug. cit.

5 L. 25. tit. 1. part. 6. Gom. en la ley 3. de Toro n. 89.

6 L. 24. tit. 1. part. 6.

7 L. 1. D. *De his quae in testam. deluntur.* L. pen. C. *De test.*

8 L. 3. D. *De his quae in test. del. Claro.* § *Testamentum* q. 93. n. 2. Mantica *De conject. ult. vol.* lib. 12. tit. 1. n. 31.

9 Vinnio en el § 2. *Inst. quibus modis test. infirm.* y sus adicionadores, quienes añaden que esta doctrina se prueba con la citada ley 24.—E.