

CIÓN

BREERO

MEXICO

K960

F4

V.2

C.1

347.7



1080042046



E # H 6 # 101

FEBRERO MEJICANO,

Ó SEA

LA LIBRERIA DE JUECES, ABOGADOS Y ESCRIBANOS

QUE

REFUNDIDA, ORDENADA BAJO NUEVO METODO, ADICIONADA CON VARIOS TRATADOS Y CON EL TÍTULO DE FEBRERO NOVÍSIMO,

Dió á luz

D. EUGENIO DE TAPIA,

...
NUEVAMENTE ADICIONADA

Con otros diversos tratados, y las disposiciones del Derecho de Indias y del Patrio,

Por el Lic. Anastasio de la Pascaña



Capilla P. Forstina
Biblioteca Universitaria

TOMO II.

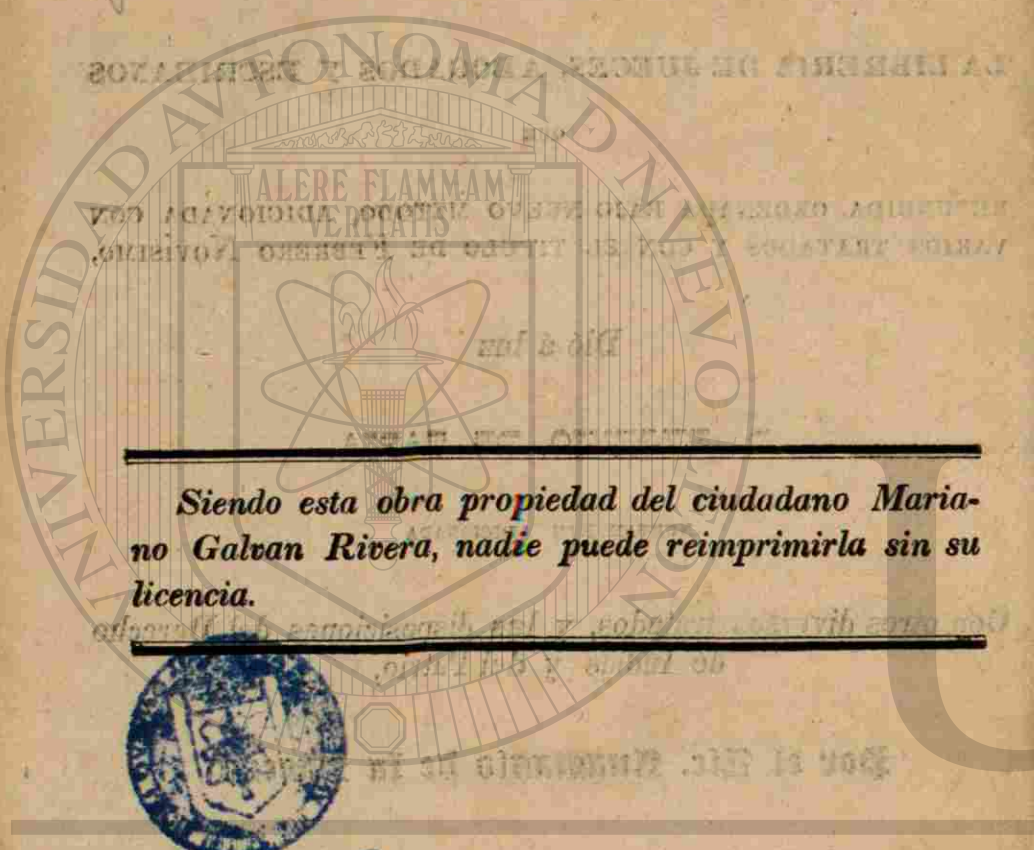
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS 54124

MÉJICO: 1834.

Imprenta de Galvan á cargo de Mariano Arévalo, calle de Cadena n. 2.

23457

K960
P4
V.



Siendo esta obra propiedad del ciudadano Mariano Galvan Rivera, nadie puede reimprimirla sin su licencia.



FONDO BIBLIOTECA PUBLICA
DEL ESTADO DE NUEVO LEON

CONTINUACION DEL LIBRO SEGUNDO.

TITULO II.

DE LAS SUCESIONES HEREDITARIAS.

CAPITULO PRIMERO.

Del testamento, de sus diversas especies y requisitos.

- | | | |
|-----|---|---|
| 1 | ¿Qué es testamento? | de su privilegio en punto de testamento?* |
| 2 | Facultad de otorgarle, y su importancia. | 18* Si algun paisano que no hubiere testado legalmente, sienta plaza de soldado, y aprueba despues tal testamento imperfecto, queda este válido por su nueva voluntad.* |
| 3 | Es de dos maneras, solemne y privilegiado. | 19* ¿Hasta cuándo y en qué casos valdrá el testamento que hubiere otorgado un militar en uso de este privilegio, si despues se retira del servicio sin goce de fuero?* |
| 4 | El solemne puede ser nuncupativo ó abierto, y escrito ó cerrado. | 20* Opiniones de los autores acerca de los testamentos de los indios.* |
| 5 | El abierto puede otorgarse ante escribano ó sin él, y en qué forma. | 21* Disposiciones legales acerca de lo mismo.* |
| 6 | Calidades de los testigos. | 22* De otros testamentos privilegiados conforme al derecho de las Partidas.* |
| 7 | ¿Cómo ha de entenderse la vecindad? | 23* Del testamento <i>ad pias causas</i> .* |
| 8 | Los legatarios pueden ser testigos del testamento en que se les dejan legados. | 24 ¿Qué debe hacerse para elevar un testamento á instrumento público? |
| 9 | El escribano debe ser de los del número del pueblo en que se otorgue el testamento. | 25 El que no tiene prohibicion de testar puede hacer cuantos testamentos quiera. |
| 10 | ¿Qué es testamento escrito ó cerrado, y cuántos testigos ha de haber en él? | 26 Tienen esta prohibicion los impúberos, mas no por eso se dirá que mueren intestados. |
| 11 | ¿Qué deberá hacerse cuando el testador no sabe ó no puede firmar? | 27 La tienen el loco y el desmemoriado. |
| 12 | Cuando ninguno de los testigos sabe firmar es nulo este testamento. | 28 El pródigo, el sordo y mudo por naturaleza, *y cuándo el que lo fuere por enfermedad? |
| 13 | Circunstancias que se requieren para la validez del testamento otorgado ante escribano. | 29 Los dados en rehenes, los condenados per autores de libelos, y los hereges declarados. |
| 14 | En los testamentos simultáneos de marido y muger no son menor número de testigos que para el de uno solo. | |
| 15 | Requisitos necesarios para el testamento del ciego. | |
| 16 | Del testamento de los militares. | |
| 17* | ¿Qué personas á mas de ellos gozan | |



- 30 Los hereges tolerados no están inhibidos de testar.
 31 Lo están los siervos y los usureros públicos, *(lo contrario en la nota).
 32 Los canónigos reglares, y los religiosos profesos que no han obtenido licencia.
 33 Los excomulgados vitandos.
 34 Los clérigos pueden testar de todos sus bienes.
 35 No pueden hacerlo los obispos de los emolumentos de su obispado.
 36 Los peregrinos pueden hacer testamento.
 37 También los extranjeros con arreglo á los convenios vigentes.
 38 Los hijos de familia que se hallan

- bajo la patria potestad no pueden testar sin licencia de sus padres, sino con limitación.
 39 La licencia del Soberano habilita á los que no pueden testar y la presencia del mismo excusa de otros testigos.
 40 Para que el testamento solemne produzca sus efectos son precisas cuatro cosas.
 41 Otros requisitos que debe tener, aun cuando su falta no la invalide.
 42 De otras varias cosas que puede contener un testamento.
 43 Causas porque un testamento puede declararse nulo.
 44* Del papel sellado en que han de escribirse los testamentos.*

1. **T**estamento es „un testimonio en que se encierra é se pone ordenadamente la voluntad de aquel que lo hace, estableciendo en él su heredero, ó departiendo lo suyo en aquella manera que él tiene por bien que finque lo suyo despues de su muerte 1.”

2. La facultad de hacer testamento se reputa por de derecho público (*), siendo propio del civil el establecer las solemnidades de que debe estar adornado. La importancia de hacer cada uno justa, clara y valedera distribución de sus bienes, impone al hombre la obligación de saber las formalidades que pide el derecho para un acto tan trascendental, y la de otorgarle en perfecta salud, implorando para su acierto los auxilios del cielo y el consejo de personas doctas y timoratas, pues las consecuencias de una disposición ilegal ó poco meditada son de todo punto irreparables.

3. El testamento es de dos maneras, *solemne* y *privilegiado*. El solemne es el que consta de todos los requisitos y formalidades prescritas por el derecho para su firmeza, y cuya observancia obli-

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

(*) Es de derecho público y no privado, ya porque nadie puede testar si no se lo permite la ley, ya porque el testamento ha de otorgarse siempre con las solemnidades que previenen las leyes, y no según el arbitrio y capricho de los testadores, aun cuando no pueda dudarse de su voluntad. *Febrero reformado.*

*Aunque por las razones expuestas sea cierto que la facción de testamento es de derecho público, como dijo Papiniano (L. 3. D. *Qui testam. fac. poss.*); sin embargo, el autor en este lugar contrapone al derecho público con el civil, lo que siendo muy impropio, juzgamos que padecería al escribir un descuido involuntario, y que

expresó una cosa distinta de la que quiso. Esto supuesto, creemos que la mente de Febrero fué asentar con muchos autores, que la facción de testamento considerada en general trae su origen del derecho de gentes; mas si se atienden su forma y solemnidades, ó la manera con que el testador deba disponer de sus bienes, es ya entonces de derecho civil. Vinnio tambien en el *pr. Inst. de testam. ordin. n. 3.* se decide por esta opinion, despues de haber tratado el punto extensamente; aunque Heineccio (en sus adiciones al citado lugar de Vinnio) parece inclinarse á la contraria fundado en muy buenas razones.*—E.

ga á la generalidad de los hombres. El privilegiado es el que por especial privilegio se considera válido, aun cuando carezca de aquellos requisitos, como el que otorgan los militares.

4. El solemne puede otorgarse de dos modos, por lo cual se divide en *nuncupativo* ó *abierto*, y en *escrito* ó *cerrado*. Nuncupativo es aquel en que el testador publica su voluntad, ya sea de viva voz, ya por medio de un escrito que él mismo lee, ó bien hace leer al escribano si asistiere al acto, ó á cualquiera de los testigos, en términos que lo oigan cuantos previene la ley que esten presentes 1.

5. Este testamento puede otorgarse ante escribano público, ó sin él. Si se otorgare ante escribano deben estar presentes á lo ménos tres testigos vecinos del lugar donde el testamento se hiciere. Si no se quisiere hacer con intervencion de escribano, deberán asistir al acto por lo ménos cinco vecinos del lugar. Si no pudieren ser habidos cinco testigos vecinos del lugar, ni tampoco escribano, bastará la asistencia de tres vecinos del tal lugar. Pero si no fueren vecinos, son necesarios siete testigos, cuyo número suple el defecto de vecindad y la falta de escribano, con tal que tengan las calidades que el derecho requiere 2.

6. Estas calidades que han de concurrir en los testigos, y sin las cuales no es válido ningun testamento abierto ni cerrado, ni tampoco ninguna otra disposición testamentaria, sea la que fuere, no las expresa el derecho, el cual determina únicamente las tachas ó defectos que los inhabilitan. Por tanto podrán ser testigos todos los que estuvieren libres de cualquiera de ellos. La ley prohíbe que puedan serlo los que han sido condenados por cancioncs injuriosas, libelos ó pasquines infamatorios, ó por ladrones, homicidas, traidores á la nacion ú otros delitos semejantes; los apóstatas de nuestra santa religion, aun cuando hayan vuelto al seno de la Iglesia: los menores de catorce años: las mugeres: los locos durante su locura: los pródigos privados por tales de la administracion de sus bienes: los mudos: los sordos y los ciegos: los hermafroditas, en quienes no predomine el sexo varonil: y por último los siervos; pero si alguno reputado por libre interviniere como testigo en un testamento, y luego se verifica que es esclavo, no por esto se habrá de anular 3. Ademas de estas tachas que son generales para todos los casos, hay otras que solo inducen inhabilidad respectiva. Tal es la de los hijos que no pueden ser testigos en los testamentos de sus padres y demas ascendientes, ni estos en los de sus descendientes. Tampoco pueden serlo el heredero ni sus parientes dentro del cuarto grado de afinidad y consanguini-

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

2 L. 1. tit. 4. lib. 5. R., ó 1. tit. 18. lib. 10. N.

3 LL. 17. tit. 16. part. 3, 9 y 10. tit. 1. part. 6.

nidad ¹. Disputan los juriconsultos, si debe preceder como requisito indispensable la rogacion hecha por el testador, ú otro en su nombre, á los testigos, y cómo ha de ser esta; pero lo cierto es que la ley de Partida que previene la rogacion, debe entenderse únicamente en cuanto á que aquellos hayan de ser llamados y requeridos á fin de que sepan el acto que van á presenciarse.

7. Ya hemos dicho en otra parte ² quiénes deban ó no considerarse vecinos, y qué clase de vecindad basta para poder ser testigo en testamento. Solo añadimos ahora que estan reputados por vecinos en la corte, que es donde en este punto se suscitan dudas mas frecuentes, todos los que ejercen en ella cualquier oficio ó destino estable ocupando alguna habitacion en su cabeza, aunque no tuvieren familia. Pero el que está en posada, ó es pretendiente de aquellos, que no tiene ánimo de permanecer en ella mas tiempo que el que durare su pretension, no se reputará por vecino, aun cuando estuviere con su familia, y ocupe habitacion en su nombre. Tampoco son vecinos los hijos que viven bajo la patria potestad, ni los criados y demas dependientes que moran en la casa de sus amos ³; pero no es lo mismo cuando viven fuera de ella, ocupando habitacion en su nombre, pues en tal caso se tienen por verdaderos vecinos. La vecindad de los testigos debe probarla el interesado en la validez del testamento, si alguno se la negare ⁴; *porque cuando la ley exige alguna calidad en los testigos, no se presume si no la acredita el que se vale de ellos.* ⁵

8. Los legatarios pueden ser testigos en los testamentos en que se les dejan legados ⁶, y tambien los fideicomisarios y ejecutores testamentarios siempre que se haga escritura pública: si no se hace y fuesen llamados como testigos para probar el testamento, podrán igualmente presentarse como tales, con tal de que entre ellos nada se trate de la herencia ⁷. Pero si los testamentarios son nombrados para distribuir los bienes del difunto, haciendo veces de herederos, no podrán ser testigos en el testamento en que se les nombre, por razon de que el heredero está imposibilitado de serlo. Los clérigos *in sacris* y los religiosos profesos pueden tambien ser testigos, porque no hay ley ninguna que se los prohiba; mas en todo caso será conveniente excusar, siempre que se pueda, valerse de ellos para evitar controversias y cavilaciones voluntarias.

9. Cuando en el testamento interviene escribano deberá ser de los del número del pueblo en que se otorgue, pena de nulidad, pues

1 LL. 9 y 11. tit. 1. part. 6.

2 En el n. 19 del tit. 2. lib. 1.

3 Matienzo en la ley 1. tit. 4. lib. 5. N. R.

4 Matienzo en la ley 1. gl. 5. n. 13. tit. 4. lib. 5. R.

Escribo *Diccionario de Legislac. art. Testamento.*

6 Matienzo en la ley 1. tit. 4. lib. 5. R. gl. 8. n. 9 al 11. y la ley 11. tit. 1. part. 6.

7 Flores de Men. Var. lib. 1. q. 1. n. 25.

así lo previene la ley 1 tit. 25 lib. 4 R. ó 7 tit. 23 lib. 10 N. ¹ prohibiéndolo á los escribanos nacionales; pero puede haber caso en que por resultar graves inconvenientes de la asistencia de un escribano del número se declare válido el testamento autorizado por un escribano nacional, aunque siempre es mas seguro salvar dichos inconvenientes por medio de mayor número de testigos hasta el completo que la ley requiere. No pudiendo ser habidos siete testigos no vecinos, serán suficientes cinco y ademas el escribano idóneo, porque este se reputa por dos, con lo cual se verifica el número de los siete, y así se practica.

10. Testamento escrito ó cerrado es aquel en que el testador presenta un papel cerrado con lacre, oblea ó cosa equivalente, declarando que en él se contiene su última voluntad. Esta declaracion ha de hacerse indispensablemente ante un escribano y siete testigos de las calidades referidas, bajo pena de nulidad; pero no pide la ley vecindad en ellos. ² Nada importa que este testamento sea escrito por el testador ó por otro en su nombre en caso que aquel no sepa ó no quiera escribirle, ni tampoco el que esté en papel blanco ó sellado ³: lo indispensable es que lo entregue al escribano para que extienda el otorgamiento en su cubierta, y que á su presencia lo signe y firme con todos los testigos, diciendo á estos: *Este es mi testamento; ruégoo que escribais en él vuestros nombres.* Prescribe esta solemnidad la ley 2 tit. 1 Part. 6, la cual manda ademas que lo sellen con sus sellos, lo cual no está en observancia. El que los testigos hayan de ser siete, todos los cuales firmen juntos con el testador y el escribano, lo dispone la citada ley de la Recopilacion, que es la que puntualmente se observa.

11. Si el testador no supiere escribir, firmará por él un testigo ⁴, y lo mismo se hará si sabiendo no pudiese verificarlo; pero valdrá su firma si alguno le ayudare y guiare la mano en presencia de todos los demas ⁵. Tambien es válido el otorgamiento cuando alguno ó mas testigos hasta el número de seis no saben escribir, con tal que uno sepa y firme por los otros: lo cual se practicará en esta forma: *Testigo á ruego del otorgante: Pedro Rodriguez.—Fuí testigo: Pedro Rodriguez.—Testigo á ruego de Juan Fernandez: Pedro Rodriguez.—Testigo á ruego de Diego Rubio: Pedro Rodriguez &c.* El escribano ha de expresar en el otorgamiento que este testigo firmará por el testador, por sí y por los testigos restantes con motivo de no saber ó no poder, y luego lo suscribirá, signará y firmará segun manda la ley,

1 En la misma ley se dice que esa prohibicion cesaba en la corte y chancillerías.

2 L. 2 tit. 5. lib. 4. R. ó 2. tit. 18. lib.

10. N. Matienzo en ella gl. 2. y 3.

3 Arg. del cap. 52. de la ley 11. tit. 24.

lib. 10. N.

4 Cit. ley 2. tit. 15. lib. 4. R.

5 Greg. Lop. ley 1. tit. 1. part. 6. gl. 11.

Matienzo ley 2. tit. 4. lib. 5. R.

de modo que sean ocho las firmas, y ademas la suya y su signo¹. Autorizado el otorgamiento, lo entregará al testador para que lo guarde ó dé á guardar á la persona que quisiere; mas no debe custodiarse por el escribano en calidad de tal, hasta que abierto y publicado adquiriera la de instrumento público, de que hasta entónces carece.

12. Cuando entre los testigos no se hallare siquiera uno que sepa firmar, es nulo el testamento cerrado ó *in scriptis*, pues no basta que el escribano firme por sí y por los testigos, y mucho mas si no supiere ó no pudiese el testador, y tambien firmare el escribano en nombre de este, porque ninguna ley le autoriza para tales casos². Y aunque es verdad que si lo hiciere no incurrirá en pena alguna por no haberla impuesto el derecho, son las referidas firmas un requisito tan esencial, que el testamento en que no las hubiere será nulo, y aquel reputado por ignorante³ (a).

13. Tres circunstancias deben concurrir precisa y simultáneamente en el otorgamiento ante escribano, y en la publicacion de un testamento ó última voluntad, para que no se invalide. La primera, que todos los testigos vean y oigan hablar al testador, por lo cual el ciego y el sordo no pueden serlo, como queda dicho, sin que de este requisito puedan dispensar la peste ni otros riesgos. La segunda, que entiendan perfectamente todo el contenido de su disposicion, si el testamento es abierto; y la fórmula del otorgamiento, si fuere cerrado. Y la tercera, que mientras se lee, otorga y publica, esten todos presentes sin faltar uno, pues son tan necesarias estas circunstancias, que no es suficiente que algunos oigan parte de lo leído, y otros lo restan-

1 Dicha ley recopil.

2 L. 2. tit. 1. part. 6. L. 103. tit. 18. part. 3.

3 Gom. ley 3. de Toro, n. 31.

(a) Acerca de los puntos tocados en estos dos últimos párrafos, insertamos á continuacion las doctrinas de Colom en su *Instruc. jurid. de escriban. abogados &c.* lib. 4. cap. 4. ns. 3 y 4., para que nuestros lectores se inclinen á la opinion que juzguen mas cierta. „Reflectada la expresada ley (2. tit. 4. lib. 5. R., ó 2. tit. 16. lib. 10. N.) dice el citado autor, parece que por lo prevenido en ella debe entenderse, que el testador *in scriptis* ha de saber firmar aunque no pueda, y por consiguiente tambien leer, porque no se le engañe en el testamento que se otorgare por el que le escriba; porque si no fuera esta la intencion de la ley, no se mandara en ella á lo último, que firme si pudiese y no si supiere. Y asimismo, segun su contenido, debería firmar de los siete testigos á lo menos tres de ellos por sí y por los restantes que no supieren, porque la misma ley dice que firmen los unos por los otros que no supieren, y no que el uno lo haga por los demas, ni que el escribano firme por todos; porque si así fuera, sería exponer los bienes del

testador á que el testigo que firmó, y el escribano ó este solo no sabiendo los demas, los diesen á quien gustaren, suponiendo ambos ó el último de ellos, el testamento cerrado que les pareciese contra la voluntad del testador (*); lo que será mas dificultoso de ejecutar, urmandose por los dichos tres testigos, que deberán reconocer despues sus firmas judicialmente, para abrirse el testamento y declarar sobre su otorgamiento: en cuyo caso valdra como nuncupativo, en virtud de la cláusula codicilar que deberá llevar, por tener los tres testigos que previene la ley 1. tit. 5. lib. 4. R., y por este motivo decorro sean tres, y no dos los que pide la citada ley 2. Que la mente de esta quiera que el testador *in scriptis* sepa leer y escribir, lo convence la ley 14. tit. 1. part. 6., que priva al ciego de semejante testamento, porque no se le engañe por el que escriba. Y lo mismo debe entenderse del que no sepa escribir, ó por lo menos leer bien letra de mano; porque no sabiendo está equiparado al ciego, y con la misma facilidad que á este se le puede engañar.—E.

(*). Hace al caso la ley 6. al fin tit. 1. p. 6.

te, ni que el testador manifieste á cada uno de ellos con separacion su voluntad en diferentes dias ú horas. Todos juntos la han de oír íntegramente de su boca; de lo contrario serán testigos singulares y no contestes, por lo cual no harán prueba ni habrá testamento¹; y esta es la razon por que el escribano debe cuidar de no omitir la menor formalidad, pues la falta de cualquiera de ellas anularia el acto². Es tambien indispensable que el testador hasta concluir el otorgamiento no se ocupe en negocio diferente, pena de invalidar el primero, á ménos de obtener privilegio especial para hacerlo así³ (a). Tampoco deben separarse los testigos, por ser un acto solo é indivisible que no admite semejantes intermisiones⁴. Finalmente, tanta importancia tienen las solemnidades del testamento, que bien observadas no puede ser rescindido, aunque para ello intervenga disposicion del soberano; y si el testador quiere despues mudar en él la menor cosa, debe guardarlas todas otra vez como si de nuevo testase⁵.

14. Para todos los testamentos abiertos ó cerrados de marido y muger, ó de otras personas que testen junta ó separadamente (ya sean los herederos legítimos ó extraños), deben intervenir en su formacion las respectivas solemnidades y número de testigos que corresponde, sin que por ser dos ó mas los otorgantes se necesite número mayor⁶.

15. El ciego no puede hacer testamento cerrado⁷, sino precisamente nuncupativo ó abierto, y en él eran necesarios por la ley 14. tit. 1. part. 6, siete testigos y escribano público; pero esta ley se halla moderada por la ley 2. tit. 4. lib. 5. R., ó 2. tit. 18. lib. 10. N., la cual previene que haya cinco testigos por lo ménos; mas no hay precision de que sean vecinos del lugar, con tal que el testamento se otorgue ante escribano, pues como este es reputado por dos, resultan siete, cuyo número releva en todo testamento de la circunstancia de vecindad. Pero no será válido, si por no haber mas vecinos del lugar se otorgase en presencia de tres testigos que tuvieren dicha calidad, aunque intervenga escribano, y en esto se diferencia este testamento del nuncupativo comun. Debe firmarle á ruego del ciego uno de los testigos, como en toda clase de instrumentos previene la ley⁸; pero no es preciso que le firmen los demas testigos, pues este requisito solo es esencial en

1 L. 1. tit. 4. lib. 5. R., ó 1. tit. 18. lib. 10. N. Matienzo en la misma gl. 4. Gom. 3. de Toro.

2 Gom. 3. de Toro, n. 32.

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

(a) A este requisito dan el nombre los autores de *unidad de contexto*, y consiste en que en el testamento no se mezclen actos diversos, como la celebracion de un contrato con alguno de los testigos ó con otros; pero no se opone á ella la interrupcion

del acto de testar ó por accidentes del testador ó por ocupaciones de los testigos.—E.

4 Cast. 3. de Toro verb. *Intervenga*.

5 Matienzo en la 2. cit. gl. 2. hasta la 7 y en la 3. de Toro, Gom. y Burg. de Paz.

6 Burg. de Paz en dicha ley 3. de Toro n. 1230. Cast. ibi verb. *Siete testigos*.

7 L. 14. tit. 1. part. 6.

8 Matienzo ley 2. tit. 4. lib. 5. R., glos. 8. n. 3. y final.

el testamento cerrado, y no en el abierto, porque no se observa en esta parte la ley 14 tit. 1 Part. 6., que mandaba que el escribano y testigos lo sellasen y firmasen. La práctica es que firme un testigo por el ciego, y el escribano por sí, nombrándose los demas al fin, del mismo modo que en el testamento general¹. Pero dicha ley no está derogada en la parte que previene que á falta de escribano debe haber en el testamento del ciego ocho testigos y uno que lo escriba por el otorgante.

16. El testamento privilegiado es, como se ha dicho, el que por especial privilegio pueden otorgar los militares sin sujetarse á las formalidades y requisitos que exige el solemne. Nuestra legislación (a) ha sido varia en orden á las personas que gozan de esta concesion, casos en que les compete y circunstancias requeridas para su validez. Pero hoy está en uso la real cédula de 24 de octubre de 1778², en que se manda que todos los individuos del fuero de guerra puedan otorgar por sí su testamento en papel simple, firmado de su puño ó de otro cualquier modo en que conste su voluntad, ó bien hacerlo ante escribano con las fórmulas y cláusulas de estilo, usando á su arbitrio en la parte dispositiva de las facultades que les da la ley militar ó observando las leyes civiles. Sobre este punto hay que prevenir dos cosas: 1.ª que si otorgan su testamento ante escribano en calidad de tal, deben concurrir á él los testigos que la ley previene, por cuanto en tal caso no usan del privilegio concedido al fuero de guerra: 2.ª que por amplias que sean las facultades que les da este para otorgar del modo que quisieren su testamento, no deben ni pueden excusar aquellos requisitos que la razon y la ley natural tienen por necesarios para que conste con alguna seguridad la verdadera voluntad del otorgante. Esto no se conseguirá si testando el militar de viva voz, no hubiere dos testigos con que acreditarlo, testimonio tenido en todas las naciones por prueba plena, el mismo que pide la ley de Partida³, y el que implícitamente requiere la citada real cédula en las palabras *de cualquier modo que conste su voluntad*, porque por un solo testigo nada consta. Otro tanto sucederá si escribe su última disposición en la arena ó en el escudo con su sangre. Cuando no habrá necesidad de los dos testigos será en el caso que hiciere testamento en papel firmado de su mano; pero no se dispensará de la prueba extrínseca de que aquella es su firma, la cual habrá de quedar al juicio y prudencia del juez, quien pesará las circunstancias del testador, heredero y demas que contribuyan á aclarar y rectificar el punto:

1 Matienzo en dicha ley 2. gl. 8. n. 3. y fin. Véase á Lopez en la ley 14. tit. 1. part. 6. n. 4.
(a) Véanse la ley 4. tit. 1. part. 6. y los arts.

1, 2 y 3. tit. 11. trat. 8. Orden gener. del ejército.
2 L. 8. tit. 18. lib. 10. N. R.
3 L. 4. tit. 1. part. 6.

pues la informacion de peritos no constituye prueba, en razon de que solo pueden deponer de la semejanza y no de la identidad de la firma¹. *Por último, se requiere que cuando el militar haya hecho la manifestacion de su voluntad, conste que trató seria y formalmente de hacer testamento²; pues muchas veces acontece, especialmente entre los soldados, decir á otro por chanza que lo *hace su heredero y le deja sus bienes*; y si tal declaracion pudiera tenerse por testamento, sucederia con frecuencia aparecer despues de la muerte de cualquiera, testigos que depusiesen haber oido las referidas expresiones, y de este modo se cometerian innumerables fraudes³. Para evitarlos, y asegurarse mas del ánimo del soldado testador, quieren que dichos testigos deban ser rogados; pero, como observa Vinnio⁴, para lograr ese objeto no hay necesidad del ruego, pues por solas las circunstancias que concurren puede colegirse si aquel habló seria ó ligeramente.

17.* Acerca de las mugeres de soldados en puntos de testamentos, está dispuesto en la *Declaracion de milicias*⁵, que todo individuo de ellas en sus testamentos y abintestatos, y en los de sus mugeres, gozará del fuero militar. Sin embargo, como testifica Alvarez⁶, algunos juzgan que la disposicion de la citada cédula del año de 1778 no debe ampliarse á los hijos de los soldados y demas, por no gozar del fuero por razon de sus personas; cuya opinion tiene por mas probable el adicionador de la *Práctica de testamentos* de Murillo⁷, atendidos los términos en que está concebido el artículo constitucional que ha conservado entre nosotros los fueros militar y eclesiástico⁸. El motivo de este privilegio es el peligro en que los militares exponen su vida en servicio de la patria⁹; y como esta razon concurre aun respecto de aquellos que sin ser soldados de profesion se encuentran en las acciones bélicas, les compete asimismo aquel favor¹⁰, que corresponde tanto á los militares de tierra como á los de mar¹¹.

18.* Si algun paisano que no hubiere otorgado su testamento con arreglo á la ley, despues sentare plaza de soldado, y con palabras ó hechos manifestare que lo aprueba, valdrá aquel por la nueva voluntad del testador¹². Esto es consiguiente al privilegio militar; porque si en su virtud puede el soldado hacer testamento sin solemnida-

1 Vinnio in § 1. Inst. De milit. testam. n. 1.
2 Cit. art. 3. tit. 11. trat. 8. de la Orden. allí: *que manifieste seriamente*.
3 § 1. Inst. De milit. testam.
4 En dicho § n. 3.
5 Art. 8. tit. 7. 6 ley 12. tit. 4. lib. 7. N.
6 Instituc. lib. 2. tit. 11.
7 § 1. pág. 9. de dicha *Práctica*.
8 Art. 154 Const. fed.
9 L. 4. al fin. tit. 1. part. 6.
10 Arg. de la ley 5. tit. 11. lib. 3. R. 1. y

1. unie. D. De honor. possess. ex testam. milit.

11 Dicha ley única § 2. Arts. 1, 2 y 3. tit. 6. trat. 6. de las Ordenanzas de la Armada naval.

12 § 4. Instit. De milit. testam. Art. 7. del cit. tit. y trat. de dichas Ordenanzas. Los mencionados artículos los copia Colon en sus *Juzgados militares* tom. 1. pag. 422. edic. de 1817.

des y por sola su nuda voluntad, con mucha mas razon podrá ratificar del mismo modo el hecho anteriormente¹.*

19.* Cuando algun militar que hubiese otorgado testamento en uso de su privilegio, obtuviere despues licencia absoluta y se retirare del servicio sin goce de fuero, aquel testamento valdrá por espacio de un año despues de este acontecimiento; y si la institucion de heredero fuere condicional, y la condicion se cumpliere pasado dicho término, será válida siempre que el testador muera dentro de él. Asi lo dispone el derecho romano², fundado, como dice Vinnio³, en que los privilegios que se conceden á algunos por hallarse ocupados en servicio de la república, duran hasta un año despues de haber cesado su ocupacion; lo cual, como tambien procede conforme á nuestro derecho⁴, hemos creido consiguiente asentar la referida doctrina, advirtiendo que se entiende cuando la separacion del servicio hubiere sido por imposibilidad de continuar en el cumplimiento del tiempo del enganche ú otra causa honrosa; pero no si fuere por causa ignominiosa, pues entónces al punto deja de valer el testamento otorgado con arreglo al fuero de guerra⁵.*

20.* Los testamentos de los indios se consideran tambien como privilegiados en opinion de algunos autores, cuyas doctrinas transcribiremos. „En los testamentos de los indios, dice Solórzano⁶, está recibido que no necesitan hacerse ante escribano, ni testigos vecinos y rogados; sino que basta que los escriba uno de sus gobernadores, y que intervengan dos ó tres testigos varones ó hembras de los que allí comunmente se hallaren. Y comprobado esto despues ante juez competente, el cual se persuade que lleva color de verdad, vale y pasa por testamento solemne, y se lleva á debida ejecucion. Porque todo esto obra en los indios su simplicidad, y hallarse en parages donde no hay escribanos ni testigos.” Sobre el mismo punto Montenegro⁷, despues de haber asentado igual doctrina, añade: „La principal prueba de esta resolucio[n] es la ordenanza⁸, en que se manda que en las causas ó pleitos que tienen los indios entre sí, ú otros con ellos, no se guarden los términos y órdenes del derecho, sino que sin hacer procesos ni dilaciones, sumariamente se terminen guardando los usos y costumbres de los indios, no siendo claramente injustos: y si en los pleitos se ha de guardar lo que ellos usan, aunque sea atropellando con lo que el derecho dispone, tambien se debe atender á la costumbre que tienen de hacer sus testamentos por ser casi una misma la razon; y asi bastará que conste

1 Vinnio en dicho § n. 1.

2 § 3. Instit. De milit. testam.

3 En dicho § n. 2.

4 Arg. de la ley 2. vers. E aun dezimos..... tit. 17. part. 6.

5 L. 26. D. De testam. militis.

6 Política indiana lib. 2. cap. 28. n. 55.

7 Itinerario para párrocos de Indios, lib. 1.

trat. 11. secc. 3. p. 2.

8 L. 83. al fin tit. 15. lib. 2. E. I.

por dos testigos que la memoria que hizo el maestro de escuela fué en presencia y con voluntad del testador, para que tenga fuerza de testamento y sean válidos los legados.” Paz tambien en sus *Consultas y pareceres*¹ en cierto caso en que se trataba del testamento de un indio, escribe: „La cuarta razon es la costumbre inmemorial de los indios, que regularmente hacen sus testamentos sin escribano, ni testigos, ni papel sellado, porque esta costumbre no es contra derecho natural ni divino, ántes es muy conforme á la pobreza y sinceridad de los indios. Si la ley de que *partus sequitur ventrem*, siendo tan justa y conforme á la razon y derecho natural, como dice Santo Tomas, y comunmente los doctores, no la siguen los indios ni la deben seguir, porque tienen costumbre en contra, ¿por qué se les ha de obligar á seguir la ley de que sus testamentos se hagan por escribano, y demas solemnidades, teniendo costumbre en contra, de que sus testamentos valgan y se ejecuten hechos sin solemnidades? Antes tengo por cierto, que si alguno quisiese en ablar entre los pobres indios la observancia de las solemnidades que se observan en los testamentos de los españoles, les haria notabilísimo agravio é injuria, echándoles á cuestras una carga intolerable; y á los que tal intentasen introducir, se les podria decir con justísima razon aquello de los Actos de los Apóstoles cap. 15: *Nunc ergo quid tentatis Deum, imponere jugum super services discipulorum, quod neque patres nostri, neque nos portare potuimus*. El modo con que se hacen y ejecutan en estos tiempos los testamentos por los escribanos y demas ministros, sería intolerable á los indios: solamente los que han sido albaceas saben los gastos y molestias que se pasan en un testamento que se hace con escribano y con los demas requisitos; de la suerte que ahora se hace entre los españoles, es fuerza hacerla en papel sellado, hacer inventarios, almonedas, juramentos, y otra multitud de diligencias, y todo cuesta dinero. Todo esto sería para los indios intolerable carga, y así se les debe guardar su costumbre y estilo, y llano modo de hacer su testamento mediante el religioso su padre espiritual, ó algun indio de quien tenga el testador confianza, ó que de cualquiera suerte que conste con certeza moral cuál fué la voluntad del difunto de palabra ó por escrito, se tenga por testamento y última disposicion válida”.*

21.* Algunos alegan á favor de las opiniones mencionadas dos leyes de Indias², que en concepto de los adicionadores de Sala³ solo prueban que á los indios debe dejarse disponer con toda libertad de sus cosas. Sin embargo, nosotros creemos que no es fuera de propósito hacer mérito de una de ellas⁴ que al principio dice: „Por-

1 Clase 9. consulta 6. parecer 243.

2 LL. 9. tit. 13. lib. 1 y 32. tit. 1. lib. 6. E. I.

3 *Ilustrac. al derecho* lib. 9. tit. 4. n. 7.

4 L. 9. cit.

que ordinariamente mueren los indios sin testamento, y cuando disponen de sus haciendas es en memorias simples y sin solemnidad...." cuyas palabras aprueban en cierto modo la costumbre que mencionan los autores citados.*

22. *Conforme al derecho de las Partidas eran privilegiados los testamentos que hacia el padre instituyendo por herederos á sus hijos, que se decian *inter liberos*, y el que otorgaban los rústicos ó aldeanos. El primero solamente requería la presencia de dos testigos, ó como dice Gomez¹, la solemnidad del derecho de gentes; en el segundo bastaba un número menor de testigos que en los demás testamentos, por la poca poblacion que regularmente hay en el campo². Mas hoy dice expresamente la ley³ que las mismas solemnidades son necesarias cuando se texta entre hijos que entre extraños; y en cuanto á los rústicos dice Gregorio Lopez⁴ que deberán arreglarse á la forma comun, pues la ley que la estableció no hace distincion. Algunos autores afirman tambien que los testamentos hechos en tiempo de peste exigen ménos solemnidades, por el temor que los hombres tienen en esos casos de acercarse á los enfermos; pero Gomez, fundado en la dicha razon de la generalidad de la ley, está por la negativa; y Maymó dice⁵, que cuando mas, podrá remitirse la presencia simultanea de los testigos*.

23.* Varios autores juzgan⁷ que para el valor del testamento hecho *ad pias causas*⁸ basta que se otorgue ante dos testigos conforme dispone el derecho canónico⁹, añadiendo que así ha de observarse en el fuero eclesiástico y en el secular. Maymó¹⁰ sin embargo lleva la opinion contraria, fundado en que la ley recopilada no hace excepcion; á lo que debemos agregar la cédula de 15 de noviembre de 1781¹¹, que prohíbe á los jueces eclesiásticos tomar conocimiento de nulidades de testamentos, inventarios, secuestro, &c. aunque aquellos se hubieren otorgado por personas eclesiásticas y algunos de los herederos ó legatarios, fuesen comunidad ó persona eclesiástica, ó obras pías....por ser la testamentificacion acto civil sujeto á las leyes reales, sin diferencia de testadores, y un instrumento público que tiene en las leyes prescrita la forma de su otorgamiento; disposicion que com-

1 En la ley 3 de Toro n. 48. vers. *Item etiam*. y l. 7. tit. 1. part. 6.

2 L. 6. id. id.

3 L. 2. tit. 4. lib. 5. R. ó 2. tit. 18. lib. 10. N.

4 En la gl. 1. de dicha ley 6.

5 En el lug. cit. al princ. del número.

6 *Juris Instit.* lib. 2. tit. 11. n. 7. al fin

7 Covarrubias en el cap. 11. *De testamentis*. Gonzalez en el mismo. Molina *De just. et jur.* trat. 2. disp. 134. y Alvarez *Instit.*

tuc. lib. 2. tit. 11. al fin.

8 Por *causa pia* se entiende todo aquello que se deja en bien del alma, como para limosnas para el culto divino, para los pobres aunque sean parientes, redimir cautivos, casar huérfanas, sufragios á los difuntos, propagacion de la fe, defensa de la religion y conversion de los gentiles.—E.

9 C. p. 11. *De testamentis*.

10 Lug. cit. n. 9

11 L. 16. tit. 20. lib. 10. N.

prende á las causas pías, así por su generalidad, como por haberlas mencionado ántes.*

24. Para dar á cualquier testamento la calidad de instrumento público, deben comparecer los testigos á presencia del juez, y depone acerca de la voluntad del testador, si se trata de un testamento nuncupativo; pero si se trata del cerrado solo testificarán de su otorgamiento, pues se ignoran sus disposiciones. El privilegiado no necesita otro requisito que el reconocimiento del juez.

25. Cualquiera persona de ambos sexos que no esté comprendida en las excepciones de la ley positiva ni imposibilitada por la natural, puede hacer¹ cuantos testamentos quisiere hasta su muerte², y no ménos dar poder y comision á otra ú otras personas á fin de que en su nombre ordenen su testamento, ó concluyan el que hubiere empezado á hacer, como tambien revocar los anteriores, y mandar que algunas cláusulas de él no se publiquen sino en dia determinado³.

26. Estan privados de testar los impúberos, es decir, los varones que no han cumplido catorce años de edad, y las hembras que no han cumplido doce⁴. Pero si murieren ántes, no se dirá por eso que murieron intestados, pues hablando con propiedad, solo corresponde esta denominacion á los que fallecen sin hacer testamento pudiendo, ó á los que le hicieron y fué declarado nulo por alguno de los defectos que invalidan tales actos: los impúberos para este efecto se consideran como si no existiesen.

27. Tampoco pueden testar el loco y el desmemoriado mientras lo fueren; pero es válido el testamento que otorgaron completamente ántes de contraer la referida dolencia⁵, y tambien el que el loco hiciere en sus lúcidos intervalos. Si alguno tachare de nulidad este testamento, deberá probar que el otorgante estaba á la sazón falto de juicio, por medio del escribano y testigos que se hallaban presentes (a).

28. El pródigo, contra quien ha recaído prohibicion judicial de manejar sus bienes: el mudo y sordo por naturaleza; *pero si lo fuere por enfermedad, y supiese escribir, entónces podrá hacer testamento escribiéndolo por sí mismo, ó dándolo á leer al escribano ó á algun testigo si no lo hubiere; y si solamente supiese leer necesita para ello otorgamiento del soberano, del mismo modo que el mudo de nacimiento que no sea sordo y sepa leer; mas el que solo fuere sordo por nacimiento ú ocasion, bien puede hacer tes-

1 L. 13. tit. 1. part. 6.

2 L. 25. tit. 1. part. 6.

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

4 Dicha ley 13. vers. *Otroct dezimo*,

5 L. 13. tit. 1. part. 6.

(a) Vease abajo el n. 17. del cap. 26 de este libro.

tamento¹ *. Tampoco pueden testar el hermafrodita, si en él no prevalece claramente el sexo varonil (b).

29. Los condenados á muerte ó deportacion solo podian testar por sí ó por apoderado, de aquellos bienes que permitia la sentencia;² *pero hoy, supuesto que está prohibida la confiscacion de bienes³, podrá hacerlo de toda su hacienda*. Al traidor declarado, á los que se dan en rehenes (a), á los condenados por libelos infamatorios, y á los que han sido declarados por hereges, no se les permite testar.⁴

30. Pero respecto de los hereges tolerados y sobre los cuales no haya recaído sentencia judicial declaratoria, no hay prohibicion alguna. Asi el escribano y testigos deberán prestarse sin reparo á los testamentos de los hereges tolerados en virtud de tratados con sus respectivas naciones, de los que hablaremos adelante; debiendo decirse otro tanto, y con mayor razon, de los demas extranjeros no católicos, que como ya se dijo, hoy son admitidos en la república, y se les ha prometido entera proteccion en su persona y bienes siempre que respeten las leyes del pais.⁵

31. Tampoco pueden testar los siervos, aunque al tiempo de hacerlo gozasen del concepto de libres, si en realidad se averigua despues que no lo eran⁶. Igualmente estan imposibilitados de testar los usureros públicos, á ménos que restituyan ó den fianza de restituir las usuras, pues de no hacerlo así la ley los declara infames, y los priva hasta de sepultura eclesiástica⁷.

¹ Cit. ley 13. al fin.

(b) Si tanto los hombres como las mugeres pueden hacer testamento, ¿por qué negar esta facultad á los hermafroditas en quienes no predomine el sexo viril (que son reputados como hembras) cuando no existe ley alguna que expresamente así lo determine? Creemos que Febrero padeció aqui una muy crasa equivocacion confundiendo la facultad de testar con la habilidad para testificar en testamento, acerca de la cual, como hemos visto ya en el n. 6., si existe la limitacion referida.—E.

² L. 3. tit. 4. lib. 5. R., ó 3. tit. 18. lib. 10. N.

³ Art. 147 de la Const. fed.

(*) En el dia los rehenes, así como los prisioneros, conservan todos los derechos de ciudadanos, y por consiguiente la facultad de testar. Así opina Vattel en su *Derecho de gentes* lib. 3. os. 219 y 220. concluyendo de todo, „que el testamento de un prisionero de guerra debe valer en su patria, si no ha caducado por algun vicio inherente.—E. Lo mismo debe decirse de los cautivos, mayormente cuando la ley 8. tit. 21. part. 4. prohibe que ninguno de otra creencia pueda tener siervo cristiano. Esto es el parecer del reformador del Febrero:

mas no se sabe en qué lo funda, cuando las leyes que mandan lo contrario no han sido derogadas, y la que él cita no habla del asunto. La razon porque se prohibe testar á los cautivos es la falta de libertad. Así en constando que obraron libremente, es válida su disposicion, y no de otro modo. Esta es la regla que debe seguirse, y la misma que con mucho juicio establece la ley 6. tit. 29. part. 2.

⁴ L. 16. al fin. tit. 1. part. 6.

⁵ Recuérdese lo dicho arriba, lib. 1. tit. 1. cap. 2. n. 13.

⁶ L. 16. al fin. tit. 1. part. 6.

⁷ LL. 9. tit. 13. part. 1., 4. tit. 6. part. 7. y 5. tit. 6. lib. 8. R., ó 4. tit. 22. lib. 12. N.

Gom. ley 3 de Toro. Ninguna de las autoridades citadas por el autor prueba que los usureros no pueden hacer testamento. Esta disposicion es del derecho canónico en el cap. 2. al fin *De usuris* in 6.; y como no se halla confirmada por el derecho civil, juzgamos no deber admitirla entre nosotros, contra el tenor de la ley 13. al princ. tit. 1. part. 6. que dice: *Todos aquellos á quien non es defendido por las leyes deste nuestro libro, pueden facer testamento*. La misma idea ocurrió sin duda á los adicionadores de la glosa de dicho capítulo;

32. Los canónigos regulares y demas religiosos profesos de uno y otro sexo, tampoco pueden testar, ni los ermitaños que viven bajo regla aprobada¹; *á ménos que obtengan autorizacion para ello de la Silla apostólica* (a).

33. Los excomulgados vitandos no podrán tampoco testar, especialmente si permanecen mas de un año en la excomunion; pero sí podrán hacerlo los tolerados, por cuanto el concilio constantiense y la extravagante de Martino V. que empieza *Ad vitanda scandala*. . . les concede el privilegio de tratar con los fieles á invitacion de estos, y el de ejercer actos jurisdiccionales. De los primeros hay quien opina que pueden testar por no estar expresamente excluidos por el derecho², fundándose en que siendo el testamento un acto puramente civil debemos atenernos á la letra de la misma. Por tanto sienten que si la comunicacion con ellos está prohibida por las leyes eclesiásticas, serán los testigos contraventores de ellas, pero no será nulo el testamento³.

34. Los clérigos seculares pueden testar de sus bienes *patrimoniales, quasi patrimoniales é industriales*; aunque entre nosotros, testan, por costumbre, de los que ganan por razon de la iglesia, y como está mandada observar por una ley recopilada⁴, disponen de todos sin diferencia alguna. Se extiende esta facultad á los que habiendo sido religiosos profesos han obtenido su competente secularizacion, segun se declaró en 1786 con audiencia fiscal por la primera sala del consejo.

35. Los arzobispos y obispos tampoco pueden testar de los bienes adquiridos por renta ó emolumentos de sus obispados, ni enagenarlos por contrato, aun cuando se les permita donarlos en vida a sus parientes, criados y demas⁵; pero pueden testar de los patrimoniales ó adventicios en la forma que quisieren⁶. Pa-

adquirieren con motivo de dicho empleo y durante él, siempre y en cualquiera tiempo que quisieren, así entre vivos como tambien *causa mortis*, y por via de última voluntad á favor de cualesquiera personas; y con tal que dejen alguna manda, á proporcion de sus facultades, para invertirla en objetos piadosos, sobre lo que se les grava la conciencia. Este privilegio no creemos que competa á los regulares capellanes de ejército de la república, así por no haberse comunicado á América, como por haber sido concedido á los ejércitos del rey católico.—E.

¹ LL. fin. tit. 21. part. 1. y 17. tit. 1. part. 6., y la céd. de 29 de noviembre de 1796. Sobre esta materia véase á Gom. ley 3 de Toro, n. 12. y la nota.

(a) La ley 9. tit. 27. lib. 1. N. R. inserta un Breve de la Santidad de Pio VI. en que se concede la facultad y autoridad que sea necesaria y conducente, á todos y á cada uno de los regulares que ejerzan ó ejercieren el empleo de capellanes en los ejércitos ó armada del rey católico, para que puedan libre y lícitamente disponer de todas sus cosas y bienes, de cualquiera género y calidad que sean, que

adquirieren con motivo de dicho empleo y durante él, siempre y en cualquiera tiempo que quisieren, así entre vivos como tambien *causa mortis*, y por via de última voluntad á favor de cualesquiera personas; y con tal que dejen alguna manda, á proporcion de sus facultades, para invertirla en objetos piadosos, sobre lo que se les grava la conciencia. Este privilegio no creemos que competa á los regulares capellanes de ejército de la república, así por no haberse comunicado á América, como por haber sido concedido á los ejércitos del rey católico.—E.

² Gom. ley 3. de Toro, n. 15.

³ Pérez in tit. *Qui testamentum facere poss.* n. 14.

⁴ L. 13. tit. 3. lib. 5. R., ó 12. tit. 20. lib. 10. N. y la 6. tit. 12. lib. 1. R. I.

⁵ L. fin. tit. 21. part. 1.

⁶ LL. 2 y 3. tit. 21. part. 1.

ra esto deben los promovidos á obispados hacer inventario de sus bienes propios en el juzgado del colector general de espolios, juez privativo de este ramo, pues alguna vez se han contentado con hacerlo ante los corregidores, y se ha declarado nulo (*).

36. Los peregrinos y romeros tienen facultad de testar como quisieren: si fallecieren intestados, debe la justicia del lugar en que acaezca su muerte, inventariar y depositar sus bienes, gastando lo preciso en su entierro, y dar cuenta al superior para que disponga del sobrante entre sus consanguíneos si los tuviere, y á falta de ellos en obras pías, pues nunca han de recaer en el fisco ².

37. Todo extranjero puede igualmente hacer testamento de sus bienes, sin que nuestras leyes les hayan impuesto restriccion alguna (a). *En los tratados hechos por nuestra república con Inglaterra, reino de Hannover, Países-Bajos, Dinamarca, Estados- Unidos de Norte América y Sajonia, se ha estipulado que los súbditos de ambas naciones respectivamente, en lo que concierne, entre otras cosas, á la sucesion de las propiedades personales por testamento ó de otro modo cualquiera, y al derecho de disponer de ellas por la misma via, gozarán de iguales privilegios y libertades que los naturales del pais en que residan, y sin que se les carguen mayores impuestos ó derechos que los que pagan los nacionales. Además, en el tratado con Sajonia se ha añadido, que en caso de estar ausente el heredero, se atenderá al cuidado de la herencia, como se cuidaria de la que perteneciese á un natural del pais, hasta que aquel tome sus medidas para recogerla. Que si se suscitasen contestaciones entre varios que reclamen el todo ó parte de la sucesion, se decidirán definitivamente segun las leyes y por los jueces del pais en que existan los bienes vacantes; y que si por muerte de alguna persona que posea bienes raices en territorio de al-

(*) En el artículo 8 del último Concordato se obligó su Santidad á no conceder en adelante á ningún prelado por benemerito que fuese facultad para testar de los frutos ó espolios de sus iglesias episcopales, aun en favor de causas pías. *Febrero reformado.*

1 LL. 30. tit. 1. part. 6. y 2. tit. 12. lib. 1. R., ó 2. tit. 30. lib. 1. N.

2 LL. 13. tit. 1. part. 6. y 5. tit. 12. lib. 1. R., ó 5. tit. 30. art. ib. 1. N.

(a) La práctica, dice Vattel, (*Derecho de gentes*, lib. 2. cap. 9. § 14) de apropiarse el fisco los bienes que al morir deja en su territorio un extranjero, se fundaba en cierto derecho que excluía á los extranjeros de toda herencia en el estado, ya sea á los bienes de un ciudadano, ya á los de un extranjero; pero en la mayor parte de los estados civilizados, añade, se ha modificado y aun abolido sucesiva-

mente. En la cédula de 6 de julio de 1776 publicada en esta capital en 8 de noviembre del mismo año se dispuso que en lo sucesivo no se secuestrasen los bienes de extranjeros que muriesen en América, si se hallasen casados con españolas ó indias, y dejaren hijos habidos en ellas; observándose esto puntualmente sin embargo de cualesquiera providencias que hubiera en contrario. Hoy en la república, supuesto que los extranjeros gozan de toda seguridad en sus personas y propiedades (art. 1. de la ley de 18 de agosto de 1824), y además de todos los derechos civiles que las leyes conceden á los mejicanos, á excepcion del de adquirir propiedad territorial rústica (art. 6. del dec. de 12 de marzo de 1828), no hay duda en que podrán disponer de sus bienes por testamento, y estos no se aplicarán al fisco.—E.

guna de las partes contratantes, pasasen éstos por las leyes del pais á un ciudadano ó súbdito de la otra parte, este si por su calidad de extranjero fuese inhábil para poseerlos, conseguirá un plazo suficiente para venderlos y recoger su producto sin obstáculo, quedando exento de todo derecho de retencion por parte del gobierno de los estados respectivos*. De esto se deduce que siendo comprendidos los peregrinos y romeros en los enunciados pactos, se deben entender con ellos todas las franquicias estipuladas en los mismos, y así solo se observarán las leyes arriba citadas con aquellos que pertenezcan á naciones con quienes no hubiere ningun tratado especial (*).

38. Tampoco pueden testar libremente los hijos de familia que se hallan bajo la patria potestad, aun cuando por su edad estuvieren aptos para ello, pues necesitan licencia de sus padres ó abuelos, á ménos que sea para disponer de la tercera parte de sus bienes adventicios, castrenses ó cuasi castrenses, segun lo resuelve una ley recopilada ². Pero si los hijos de familia fallecieren en pais extranjero, se procederá en orden á la disposicion testamentaria de sus bienes con arreglo á los pactos celebrados con

1 En el n. 17. del cap. 2. tit. 1. lib. 1. véanse las fechas de todos estos tratados.

(*) Con respecto á los extranjeros pertenecientes á alguna de las naciones con quienes la nuestra no ha celebrado ningun convenio sobre este particular, se tendrán presentes las juiciosas observaciones del reformador de Febrero, que transcribimos para instruccion del escribano en el caso remoto que tenga que hacer uso de ellas. Como el extranjero, dice, permanece ciudadano de su pais y miembro de su nacion, los bienes que deje por su fallecimiento en pais extraño, deben naturalmente pasar á quienes sean sus herederos segun las leyes del estado de que es individuo, sin que impida esta regla general que los bienes inmuebles deban seguir las disposiciones legales del territorio en que estan situados. El extranjero pues tiene por derecho natural la libertad de hacer un testamento. En cuanto á la forma ó solemnidades prescritas para justificar la verdad del acto, parece debe observar el testador las establecidas en el pais donde testa, á ménos que ordene otra cosa la ley de su estado, en cuyo caso tendrá precision de seguir las formalidades que le prescriba, si quiere disponer válidamente de los bienes que posee en su patria. Hablo de un testamento que ha de abrirse en el lugar de la muerte; porque si un viajero lo hace y envía válido á su pais con arreglo á las leyes del mismo, es igual que si lo hubie-

† Esta doctrina es toda de Vattel en el lugar arriba citado.—E.

ra otorgado en el. Tocante á las disposiciones testamentarias debe decirse, que las concernientes á los bienes raices han de adaptarse á la legislacion del pais en que se hallan, puesto que segun ellas deben poseerse, y lo mismo sucede respecto de los bienes muebles que el testador tiene en su patria. Pero respecto de los bienes muebles que el extranjero tenga consigo, como dinero y otros efectos, ha de distinguirse entre las leyes locales, cuyo efecto no puede extenderse fuera del territorio, y las leyes que afectan propiamente la cualidad de ciudadano. Permaneciendo el extranjero ciudadano de su patria, siempre está ligado por estas últimas leyes en cualquier lugar que se halle, y debe conformarse con ellas en la disposicion de sus bienes libres y de cualesquiera de sus bienes muebles; pero no le obligan las mismas leyes del pais en que reside y de que no es ciudadano. Per lo tanto, un hombre que teste y muera en pais extranjero, no podrá privar á su viuda de la parte de sus bienes muebles que le señalan las leyes de su nacion. Todo lo contrario sucede en las leyes locales: estas prescriben lo que puede hacerse en el territorio, y no se extienden á mas; por lo que el testador estando fuera de este no está sometido á ellas, ni los bienes que estan igualmente fuera del tal territorio. Así el extranjero solo tiene obligacion de observar las leyes del pais donde testa, respecto de los bienes que en el posee.

2 L. 1. tit. 8. lib. 5. R., ó 1. tit. 20. lib. 10. N.

aquel gobierno: pues si para el efecto de testar se estipula que sean considerados los extrangeros en dicho pais como los mismos naturales, y estos pudieren testar aun cuando sean hijos de familia, igual facultad gozarán los españoles que tengan la misma calidad; mas esto solo se entiende de los bienes que allí posean (a).

39. Si el que tiene legal prohibicion de testar pidiere y obtuviere dispensa de la ley que se lo prohíbe para hacer testamento, y en su virtud lo otorgare con arreglo á derecho, será válido, aunque la dispensa sea posterior al otorgamiento. La razon es, porque no considerándose perfecto el testamento sino despues que fallece el testador, la habilitacion subsana cualquier defecto anterior á la muerte. Antiguamente si alguno conseguia del soberano la gracia de que se hallase presente á la formacion de su testamento, era válido este, aun cuando no le hubiera presenciado ningun otro testigo ¹.

40. Para que el testamento solemne se considere tal y produzca todos sus efectos, son precisas cuatro cosas. 1.ª Que el testador tenga capacidad natural y legal de testar al tiempo de otorgarle, y voluntad libre para disponer de sus bienes ². Si perdiese esta capacidad, ó se inhabilitase por alguna de las causas que expresa el derecho, no tendrá fuerza el testamento, á ménos que rehabilitado el testador le confirme de nuevo. 2.ª Que nombre heredero hábil para serlo, pues si no lo fuere ó si no hubiere aquel instituido á ninguno, no valdrá el testamento sino como última voluntad, y se declarará intestado en orden á la institucion; pero serán válidas las mandas, mejoras y demas disposiciones que contenga conformes á derecho, y pasarán sus bienes á los que abintestato deben heredarle, ó al fisco en su caso ³. 3.ª Que conste de las solemnidades prescritas por la ley como forma sustancial ⁴ y que quedan expresadas, pues sin su observancia todo es nulo. 4.ª Que se confirme con la muerte del testador, y acepte el heredero su herencia, pues si no la aceptare, pasará á los herederos abintestato, á ménos de haberle aquel nombrado substituto, pues en

(a) Para la inteligencia de este párrafo, véase lo que se dice adelante en el n. 43. vers. *Pero es de advertir de este capítulo.*
¹ L. 5. tit. 1. part. 6. Maimón (*Institut.* lib. 2. tit. 11. n. 9 es de sentir, que atendida la generalidad de las tantas veces citada ley de la Recopilacion sobre testamentos, no valdrian hoy los otorgados ante el soberano, que antiguamente se decian hechos con fe pública. Esta opinion es ciertísima en nuestra forma de gobierno; pues no tienen los depositarios de los supremos po-

deros otras atribuciones que las designadas por la constitucion, y entre ellas no se encuentra la de autorizar los testamentos de los particulares, que dimanaba de aquella plenitud de poder que se atribuye á los monarcas absolutos.—E.
² L. 13. tit. 1. part. 6.
³ L. 1. tit. 4. lib. 5. R., ó 1. tit. 18. lib. 10. N.
⁴ Matienzo en la ley 1. tit. 4. lib. 5. R. gl. 4 y 14. ley 2. tit. y lib. cit. de la R. y de la N.

tal caso pertenecerá á este ¹. Estas cuatro cosas constituyen la perfeccion legal del testamento y su validez perpetua é indestructible.

41. Además, debe tener otros requisitos que contribuyen á su mayor claridad ó que prescribe la ley ó la costumbre; pero su omision no invalida el testamento en manera alguna. Tales son la invocacion divina, la protestacion de la fe, señalamiento de sepultura y hábito, misas y mandas forzosas, filiacion y naturaleza del testador, declaracion de bienes y deudas, matrimonios que contrajo, dotes y arras de sus mugeres, hijos que haya tenido y su estado actual, y anticipaciones que les hubiere hecho, eleccion de testamentarios, revocacion de otras disposiciones anteriores, y por último cuantas declaraciones tenga por oportunas. Las relativas á acreditar la religion, naturaleza y enlaces del testador pueden suplirse con informacion de testigos, párroco &c. En orden á sepultura dispondrá el heredero ó los testamentarios, y si no, se enterrará en su parroquia. El mismo arreglará el funeral conforme á las circunstancias del testador y usos del pais, y hará la parte de los testamentarios, si no los hubiere, cumpliendo las mandas piadosas, á lo cual en caso de omision le apremiará el obispo, como executor legal de todas ellas ². Las forzosas tampoco importa nada que se hayan omitido en el testamento, pues tienen su cuota determinada y notoria. Tampoco es precisa la revocacion del testamento anterior aunque lo hubiese, pues uno y otro deben cumplirse en cuanto no esté el primero en contradiccion con el último, en cuyo caso se ha de observar este (a). Si en ambos hay institucion de heredero, se partirá entre ellos la herencia, á ménos que alguno de los dos crea tener mejor derecho, y entónces lo ventilará en juicio.

42. Además de las disposiciones referidas pueden contener los testamentos otras varias, como son legados ó mandas gratuitas, memorias, capellanías, patronatos, mejoras, declaraciones, consignaciones, substitucion de herederos y legatarios, nombramiento de tutores con relevacion de fianzas ó sin ella, siempre que sea para todo y no para una cosa, no solo á sus hijos pupilos legítimos y naturales, nacidos y póstumos, sino tambien á los extraños que instituyere simple ó condicionalmente, designando el tiempo segun su voluntad, y dar poder para nombrarles tutor. Puede igualmen-

¹ L. 1. cit. Matienzo en ella, gl. 14 ns. 2. y sig.

² Conc. Trid. sess. 22. cap. 8. *De reformatione.*

(a) Acerca de este punto téngase presente la ley 21. tit. 1. part. 6. que dice: „El primero testamento se puede desatar por otro que fuese fecho despues cumplidamente.“

Esta disposicion concuerda con el § 2. *Inst. quib. mod. testam. infirm.*; sobre el cual advierte Vinnio que basta solo que el segundo testamento se haya hecho, para que el anterior se rompa *ipso jure*, aunque en aquel no se revoque expresamente. Véase el cap. 15. de este libro.—E.

te dividir sus bienes, aplicando á su arbitrio los que quiera y á quien quiera¹, á cuya disposicion deberán conformarse si no hubiere herederos forzosos ó no fuere en perjuicio de estos, pues la legítima de los mismos debe quedar salva en cantidad y calidad. Los extraños deben contentarse con lo que el testador les deje, y cumplir las honestas y posibles condiciones que les imponga. El modo con que ha de extenderse el testamento y el orden que ha de guardarse en su formacion, se expresarán en el capítulo que trate de las prevenciones á los escribanos en esta materia, y sobre todo en la plantilla de las escrituras correspondiente á la misma, que se insertan al fin.

43. Por varias causas puede declararse nulo el testamento, aun cuando el testador no lo revoque. La primera, *por defecto del mismo testador*: v. gr. si es pupilo, siervo, monge profeso, pródigo declarado, loco furioso ó mentecato, ó tiene otra prohibicion de las que dejo explicadas; pues concurrendo en él alguno de estos defectos ó impedimentos no puede testar, ni por consiguiente vale el testamento que ordene, ni tampoco los legados ni fideicomisos que contenga, porque el que tiene prohibicion de testar, la tiene para disponer de sus bienes de cualquier modo que sea. Pero es de advertir que si el hijo llega á la pubertad, puede testar con arreglo á la ley 6.^a de Toro de la tercera parte de lo que posea y tenga suyo, en perjuicio de sus ascendientes, no obstante que exista en poder de su padre, como si estuviera fuera de él²; lo cual no sucedia por derecho comun ni por el de las Partidas, pues estando bajo de la patria potestad le prohibian testar y hacer codicilos³. La segunda, *por error del mismo testador*; que es cuando el que puede testar y testó, erró ó se equivocó en la persona nombrada: v. gr. si instituyó á uno en el concepto de ser su hijo legítimo, adoptivo ó ilegítimo, ó á otro en el de ser su consanguíneo, no siéndolo realmente, en cuyos casos y otros semejantes no vale la institucion, porque falta la voluntad y consentimiento del mismo testador, por haber errado en la causa eficiente y final, que es la institucion de heredero⁴; pero los legados y fideicomisos que el testamento contenga serán válidos, respecto presumirse no haber padecido error en ellos; lo cual no sucederá si yerra el nombre del legatario, como se dirá en su lugar. La tercera, *por voluntad imperfecta y no consumada del testador*; para cuya inteligencia es de advertir que el testamento puede ser imperfecto por razon de voluntad, por falta de solemnidad de

1 LL. 1. tit. 1. lib. 16 y 19. tit. 3. part. 6.

2 L. 5. de Toro, que es la 4. tit. 4. lib. 6. R. 4. tit. 18. lib. 10. N.

3 L. 13. tit. 1. part. 6.

4 L. 12. tit. 3. part. 6.

5 Gom. en la 24. de Toro, n. 1. vers. *Decimo et finaliter*. Matienzo en la 8. tit. 6. lib. 5. R. gl. 1. n. 3.

testigos, ó por no haberse hecho publicacion de él. Se dice imperfecto por razon de voluntad, cuando el testador no la explicó; v. gr. cuando consta que quiso testar por escrito, á cuyo fin hizo llamar al escribano, y habiendo principiado á dictarlo por sí, falleció sin concluirlo y sin que se publicase ante los testigos; y por la de solemnidad, cuando lo tiene extendido enteramente, y muere ántes que se lea ó que se concluya su lectura á presencia de todos los testigos, y por consiguiente ántes de decir *que así lo otorga*; ó cuando á su publicacion no interviene el número de testigos prescritos por la ley; en cuyos casos serán nulos el testamento, los legados, los fideicomisos y demas disposiciones que contenga¹: lo primero porque su lectura ó publicacion ante los testigos es sustancial², y del todo necesaria en cualquier instrumento para que se estime válido; lo segundo, porque ántes de su publicacion no se acredita la constante y última voluntad del testador, respecto no poder probarse ni saberse, á causa de que al tiempo de publicarse puede mudar, quitar, añadir y alterar lo que le parezca como varias veces sucede³; lo tercero, porque aunque esté extendido, puede contener algunas cosas diversas de las que el testador quiso ó quiera cuando lo otorga; y lo cuarto, porque no hay 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, inhabil é incapaz de percibir la herencia. En este caso aunque por caducar la institucion se rompía en todo el testamento segun derecho comun y de las Partidas⁴, y no valian los legados ni fideicomisos⁵, lo mismo que en el que carecia de institucion⁶, no sucede asi por el nuestro que lo ha corregido en esta parte⁷; 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

1 Gom. en la 3. de Toro, n. 107. Flores de Mena, lib. 1. Var. q. 1. n. 38 al 43.

2 LL. 103. tit. 18. part. 3. ibi. *Debe ser leído y fecho ante siete testigos.....* y 23. tit. 1. part. 6.

3 L. 16. tit. 25. lib. 4. R., ó 4. tit. 23. lib. 10. N.

4 Gom. ibi. ns. 18 y 19.

5 Princ. del tit. 3. part. 6.

6 L. 3. et per tot. tit. 4. *De his qui pro non*

scriptis habent. ley. 1. Cod. *De haeredib. instituend.* y ley univ. § *Et cum triplici: § In primo; y § Pro secundo.* Cod. *De caduc. tollend.*

7 L. fin. § *Illud.* Cod. *De codicil.* ley 1. ff. *De jure codicillor.* y ley *exhaeredi.* § *Cum filiae.* ff. *De vulgar. et pupillar. substitution.*

8 L. 1. tit. 4. lib. 5. R., ó 1. tit. 18. lib. 10. N. y en ella Matienzo gl. 14. n. 81.

(*) En virtud de la citada ley 1, si fuese ins-

cuando el testador deja de nombrar por su heredero á un hijo ó descendiente legítimo 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 validos, 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 institucion; 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 mencionada ley 1.^a 2.^a La sexta, por falta de adición ó admision de la herencia, que es cuando el heredero instituido no quiere aceptarla, ó la repudia expresamente (a). La séptima causa por que se puede anular el testamento es, por la arrogacion ó 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

titudino 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. 19. de los testamentos del Ordenamiento de Alcalá, pues no se recopiló entera segun se halla en él. *En atencion á ser muy escasos los ejemplares de este código, insertamos á continuacion la parte de la ley que debe consultarse. „Et el testamento sea valedero en las demandas, é en las otras cosas, que en él se contienen, aunque el testador non aya fecho heredero alguno; et estonce herede aquel, que segun derecho, é costumbre de la tierra avia de heredar, si el testador non ficiera testamento; † é cemplase el testamento. Et si ficiera heredero el testador, é el heredero non quisiera la heredad, vale el testamento en las mandas, é en las otras cosas, que en él se contienen; et si alguno dejare á otro en su postrimera voluntad heredad, ó manda, ó mandare que la den, ó que la aya otro, é aquel primer á quien fuere dejada, non la quisiera, mandamos que el otro, ó otros que la puedan tomar é aver.“ —E.

(**) 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

† En un ejemplar manuscrito de la Biblioteca del Escorial se lee: heredero.

ó anulará el testamento en cuanto á la institucion de heredero, sino tambien en cuanto á las mejoras de tercio y quinto, mandas y substitution pupilar, dice Gomez en la ley 24 de Toro, n. 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. Infierese, 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 percibirán 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 demas observaria el testamento, y quedaria en su vigor la letra de dicha ley 24 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 sabiendolo despues no lo revocó. Febrero adicionado.

1 L. 24. de Toro que es la 8. tit. 6. lib. 5.^o R. u 8. tit. 8. lib. 10. N.

2 Matienzo en dicha ley l. gl. 16. n. 47. y gl. 14. n. 7.

(a) Tengase presente lo dicho en el n. 40.

que estén 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.

44. *Una solemnidad sustancial en los testamentos es que se escriban en papel sellado. La ley mejicana¹ sobre este punto dispone que los testamentos cuyo heredero ó herederos no sean ascendientes ni descendientes sino colaterales ó extraños, se escriban en papel del sello primero, y los de los notoriamente pobres en el del cuarto; mas como nada dice acerca de los testamentos en que se instituye á un ascendiente ó descendiente, creemos deber observarse la ley de Indias² que manda se use para el primer pliego del sello segundo, en los testamentos de cualquier género y forma que sean, y para las demas hojas, en los protocolos y registros, del sello tercero; arreglándose en los testimonios, segun sean las diversas cantidades en que las partes resulten interesadas, á lo dispuesto en la citada ley nacional. Si el testamento fuere cerrado, podrá escribirse en papel comun, con la calidad de que el escribano despues de abierto, saque copia para el protocolo escrita en el sello correspondiente á este, y testificada la ponga en el registro con el original³; mas la cubierta con que se cierre debe ser siempre del sello tercero⁴. Otros, suponiendo que despues de dicha ley que dió las reglas generales para el uso del papel sellado, no puede tenerse por vigente disposicion alguna anterior, ni general ni particular, opinan que conforme á ella el protocolo de cualquier testamento deberá escribirse en el sello tercero; y las copias, si el heredero es colateral ó extraño, ó aun cuando sea ascendiente ó descendiente, si la herencia llega ó excede de dos mil pesos, en el primero; si esta no asciende á tanto, pero pasa de quinientos, en el segundo; y si es menor que tal cantidad, en el tercero.*

1 De 6 de octubre de 1823.

2 L. 18. tit. 23. lib. 8. R. I.

3 Art. 51. de la ley 11. tit. 24. lib. 10. N.

4 Sala Ilustrac. al derecho, ley 2. tit. 4. n. 11. al fin.

CAPITULO II.

De los herederos en general.

- | | | |
|---|---|---|
| 1 | Importancia legal de la institucion de heredero. | dicilo. |
| 2 | ¿Qué se entiende por heredero, y quiénes pueden serlo? | 4 En su institucion debe explicarse el testador claramente. |
| 3 | La institucion de heredero debe hacerse en testamento y no en codicilo. | 5 Pero no es precisa la institucion nominal si se refiere á codicilo. |
| 6 | El testador puede instituir heredero. | 6 El testador puede instituir heredero. |

cuando el testador deja de nombrar por su heredero á un hijo ó descendiente legítimo 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 validos, 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 institucion; 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 mencionada ley 1.^o 2.^o La sexta, por falta de adición ó admision de la herencia, que es cuando el heredero instituido no quiere aceptarla, ó la repudia expresamente (a). La séptima causa por que se puede anular el testamento es, por la arrogacion ó 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

titudado heredero un incapaz, como dice el autor, valdran las mandas y demas disposiciones del testamento. Para la debida inteligencia de dicha ley debe leerse la única tit. 19. de los testamentos del Ordenamiento de Alcalá, pues no se recopiló entera segun se halla en él. *En atencion á ser muy escasos los ejemplares de este código, insertamos á continuacion la parte de la ley que debe consultarse. „Et el testamento sea valedero en las demandas, é en las otras cosas, que en él se contienen, aunque el testador non aya fecho heredero alguno; et estonce herede aquel, que segun derecho, é costumbre de la tierra avia de heredar, si el testador non ficiera testamento; † é cemplase el testamento. Et si ficiera heredero el testador, é el heredero non quisiera la heredad, vale el testamento en las mandas, é en las otras cosas, que en él se contienen; et si alguno dejare á otro en su postrimera voluntad heredad, ó manda, ó mandare que la den, ó que la aya otro, é aquel primer á quien fuere dejada, non la quisiera, mandamos que el otro, ó otros que la puedan tomar é aver.“ —E.

(**) 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

† En un ejemplar manuscrito de la Biblioteca del Escorial se lee: heredero.

ó anulará el testamento en cuanto á la institucion de heredero, sino tambien en cuanto á las mejoras de tercio y quinto, mandas y substitution pupilar, dice Gomez en la ley 24 de Toro, n. 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. Infierese, 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 percibirán 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 demas observaria el testamento, y quedaria en su vigor la letra de dicha ley 24 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 sabiendolo despues no lo revocó. Febrero adicionado.

1 L. 24. de Toro que es la 8. tit. 6. lib. 5.^o R. u 8. tit. 8. lib. 10. N.

2 Matienzo en dicha ley l. gl. 16. n. 47. y gl. 14. n. 7.

(a) Tengase presente lo dicho en el n. 40.

que estén 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.

44. *Una solemnidad sustancial en los testamentos es que se escriban en papel sellado. La ley mejicana¹ sobre este punto dispone que los testamentos cuyo heredero ó herederos no sean ascendientes ni descendientes sino colaterales ó extraños, se escriban en papel del sello primero, y los de los notoriamente pobres en el del cuarto; mas como nada dice acerca de los testamentos en que se instituye á un ascendiente ó descendiente, creemos deber observarse la ley de Indias² que manda se use para el primer pliego del sello segundo, en los testamentos de cualquier género y forma que sean, y para las demas hojas, en los protocolos y registros, del sello tercero; arreglándose en los testimonios, segun sean las diversas cantidades en que las partes resulten interesadas, á lo dispuesto en la citada ley nacional. Si el testamento fuere cerrado, podrá escribirse en papel comun, con la calidad de que el escribano despues de abierto, saque copia para el protocolo escrita en el sello correspondiente á este, y testificada la ponga en el registro con el original³; mas la cubierta con que se cierre debe ser siempre del sello tercero⁴. Otros, suponiendo que despues de dicha ley que dió las reglas generales para el uso del papel sellado, no puede tenerse por vigente disposicion alguna anterior, ni general ni particular, opinan que conforme á ella el protocolo de cualquier testamento deberá escribirse en el sello tercero; y las copias, si el heredero es colateral ó extraño, ó aun cuando sea ascendiente ó descendiente, si la herencia llega ó excede de dos mil pesos, en el primero; si esta no asciende á tanto, pero pasa de quinientos, en el segundo; y si es menor que tal cantidad, en el tercero.*

1 De 6 de octubre de 1833.

2 L. 18. tit. 23. lib. 8. R. I.

3 Art. 51. de la ley 11. tit. 24. lib. 10. N.

4 Sala Ilustrac. al derecho, ley 2. tit. 4. n. 11. al fin.

CAPITULO II.

De los herederos en general.

- | | | |
|---|---|---|
| 1 | Importancia legal de la institucion de heredero. | dicilo. |
| 2 | ¿Qué se entiende por heredero, y quiénes pueden serlo? | 4 En su institucion debe explicarse el testador claramente. |
| 3 | La institucion de heredero debe hacerse en testamento y no en codicilo. | 5 Pero no es precisa la institucion nominal si se refiere á codicilo. |
| 6 | El testador puede instituir heredero. | 6 El testador puede instituir heredero. |

- ro simple y condicionalmente.
- 7 Hay condiciones que invalidan la institucion.
- 8 Nueva division de las condiciones.
- 9 La institucion á dia cierto es válida.
- 10 El heredero que se apodera de la herencia sin autorizacion judicial teniendo coherederos, la pierde.
- 11 Las herencias se adquieren por testamento ó abintestato.

- 12 Los herederos son universales y particulares.
- 13 Subdividense en forzosos ó legítimos, necesarios y voluntarios, ¿Cuáles se dicen forzosos?
- 14 ¿Quiénes se llaman necesarios?
- 15 ¿Cuáles se dicen voluntarios ó extraños?
- 16 ¿Quiénes son herederos substitutos?

1. **E**s 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 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 esté por derecho privado de heredar³. (a)

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, quién deberá restituirla al instituido en el codicilo, reservando la parte que en su caso deba deducirse (*). Además, si se nombra el heredero simplemente en el testamento, no debe inponér-

1 L. 1. tit. 4. lib. 5. R., ó 1. tit. 18. lib. 10. N.

2 L. 1. tit. 3. part. 6.

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

(a) En el cap. 14. de este título se hablará de los que tienen prohibicion de heredar.

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

(*) Para que valga la institucion de herede-

ros 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 por fideicomiso.

sele despues condicion ni substituto en el codicilo ni en otra cosa, y aunque se haga no valdrá sino en la forma que se dirá en el párrafo 5; 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 institucion¹, 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, y 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(a)*. 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 nombre³ (*).

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 sujeto que designará en el codicilo⁴, pues esta manera de instituir no encierra nulidad alguna. Lo mismo se dirá si en el testamento se refiere 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 tenga 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. Pero si yerra el nombre del heredero, y creyendo

1 LL. 6, 10 y 11. tit. 3. part. 6.

2 L. 11. tit. 3. part. 6.

(a) Para que la institucion se tenga por captatoria, es necesario que esté concebida con palabras de futuro, porque si fueren de pretérito mas bien se juzga remuneratoria, (LL. 71 y 81. D. De hered. instit.); como si el testador dijere: *Instituyo á Ticio en la parte en que él me instituyó*. Vinnio (in § 9. Inst. eod) dice que las instituciones mutuas de los casados no deben incluirse entre las captatorias, pues que únicamente dimanán de su reciproco afecto; y sus adicionadores alegan para fundar esta opi-

nion la ley 9. tit. 6. lib. 3. del Fuero real.—E.

3 Ley citada. Gom. ley 3 de Toro. núm. 109. Castill. lib. 1. De contr. cap. 29.

(*) El que quiera enterarse á fondo de los casos en que el testador dispone válida ó inválidamente de sus bienes, contestando si ó no por hallarse muy agravado, lea á Florez de Mena, lib. 1. Var. quaest. 1 núm. 45 hasta el 51.

4 Ley 8 tit. 3 Part. 6.

5 Matienzo en la ley 1. t. 4 l. 5 Rec.

6 Matienzo en la ley 1, tit. 4 lib. 5. Rac. glos. 16. núm. 13.

instituir á uno nombra á otro, es nula la institucion¹, 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 legítimo, legitimado ó adoptivo, ó de ser pariente, no siéndolo en realidad, pues por el error ó equivocacion falta la voluntad y consentimiento del mismo testador²; mas *si instituyere á un amigo íntimo, bajo la denominacion de hermano, ó si aunque errase en el nombre ó apellido de alguno, consta ciertamente de su persona, valdrá la institucion³; * y en todo caso los legados y fideicomisos que el testamento contenga, serán válidos mientras no conste haber padecido tambien igual equivocacion en ellos⁴.

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 cumplimiento⁵. Siendo frecuentísimo 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 aquellos 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 aquellos 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 queme la casa á Fulano, ó deje morir de hambre á su propio padre*⁶. 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 absolutamente⁷. Mas no sucede así en los contratos, que celebrados bajo condicion imposible, son enteramente nulos por derecho romano, y no ménos en España, aun cuando no conste de ley expresa, pues es doctrina de los mejores in-

1 Ley 12 tit. 3. Part. 6.

2 Arg. de dicha ley.

3 L. 13 id. id.

4 Gom. ley 24 de Toro, núm. 1. vers. 10, y Mantienz. en la 8. tit. 6 lib. 5. Rec.

5 Ley 1 tit. 4. Part. 4. ley 26. *De cond. just. ley 8 De per. et com. rei vend. § 3. Inst. De inut. stipul.*

6 L. 3. tit. 4 Part. 6.

7 Ibid.

térpretes¹. 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. *Avirtiendo que no debe decirse lo mismo de la condicion difícil, aunque parezca imposible por razon de las circunstancias de la persona que debe cumplirla, ú otra causa, pues mientras no se verifique, no puede pedirse lo dejado en el testamento².*

7. Sin embargo, hay algunas que vician é invalidan la institucion, y son las imposibles de hecho: v. g. *Instituyo á Pedro por mi heredero, si diere á Juan un monte de oro*³. 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 ántes que el otro⁴ (*). 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 verifica⁵. 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 consisten en no hacer alguna cosa por parte del instituido: y dada que sea, percibe la herencia desde luego⁶ (a).

9. Si el testador hace la institucion á dia ó tiempo cierto, como *Nombro á Pedro mi heredero desde ó hasta el dia de S. Juan de tal año*, es válido el nombramiento, mas no la designacion del plazo⁷, á mé-

1 Greg. Lop. glos. de la ley 17. tit. 11. Part. 5. Gom. lib. 1. Var. cap. 11. n. 60

2 Vinnio en el § 10 Inst. *De hereder. inst.*

3 Yerra por consiguiente Alvarez cuando asienta en sus *Instituciones* (lib. 2 tit. 14 regla 6), que aun la condicion imposible de hecho se tiene por no puesta.—E.

4 L. 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.—E.

5 L. 8 t. 4 p. 3.

6 LL. 7 y 14, tit. 4 y 22. tit. 9. Part. 6.

(a) Acerca de los casos en que la condicion de no casarse impuesta al heredero ó legatario debe

rá ó no tenerse por escrita, véanse á Gomez en la ley 4 de Toro n. 9, á Sala, *Digesto rom. hisp.* lib. 35. tit. 1. n. 11. y sig., y para los negocios que ocurran en el Estado de Méjico el decreto de su legislatura de 9 de octubre de 1833.—E.

7 L. 15, tit. 3, Part. 6. Supuesto que hey conforme á la ley recopilada, no solo los soldados, sino cualquier hombre puede morir en parte testado y en parte intestado, juzga Torres (en el § 10 Inst. *De hered. inst.*) que está corregida la citada ley de las Partidas, en cuanto prohíbe á los paisanos instituir heredero desde, ó hasta cierto dia. Por consiguiente, será válida la asignacion de plazo; y la herencia, ántes de que llegue el dia, ó despues de cumplido el tiempo, segun fuere la institucion, pertenecerá, como dicen los adicionadores de Vinnio, á los herederos abintestato.—E.

nos que el testador sea caballero ó soldado que está en el servicio de la nacion. 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 cláusula¹.

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 pacífica posesion de sus bienes á los legítimos herederos².

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 fué 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*³. Los forzosos son los parientes del testador por línea recta, para cuya inteligencia es de advertir, que el parentesco natural ó de consanguinidad tiene tres líneas, dos rectas y una transversal. La primera línea 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 línea 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 línea transversal es de los colaterales, como hermanos, primos, tíos, sobrinos &c. Son pues los *descendientes* y los *ascendientes* legítimos del difunto, herederos forzosos en su caso, y se dicen legítimos porque nacen con

1 L. 15. tit. 3 Part. 6.

2 L. 3. t. 13 L. 4 R., 6 tit. 34. lib. 11. N.

3 L. 21. tit. 3 Part. 6.

las condiciones que exigen las leyes civiles y canónicas¹. Llámense *forzosos*, porque hay obligacion en el testador de instituirlos, cuando falta motivo legal para su desheredacion, y si no lo hiciera, podrian anular el testamento en esta parte alegando la pretericion².

14. De los herederos necesarios hay poco que saber, porque no existen ya en nuestra legislacion, y solo se mencionan por mera noticia. Llámábanse 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 aquellas, sino de todos sus bienes habidos ántes ó despues de su fallecimiento, en recompensa de la libertad que adquirian en virtud de la institucion³.

15. Herederos voluntarios ó extraños son todos los que no estan comprendidos en la línea recta descendente ni ascendente 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 substitutos, que son aquellos á quienes se trasfiere la herencia por disposicion del testador, siempre que los principales la repudian ó fallecen ántes de entrar en ella, ó en edad ó en estado de no poder testar. De unos y otros se tratará en capítulo separado (*).

1 LL. 1 y 2, tit. 13. Part. 4. y 21. tit. 3. Part. 6.

2 L. 1 vers. Pero si.... tit. 8 part. 6.

3 L. 21. tit. 3 Part. 6.

(*) Cómo hayan de conducirse los herederos en

la aceptación de la herencia y formación de inventario, y en qué penas incurren faltando á la debida legalidad en esta materia, se explicará en el tratado de inventarios y particiones

CAPITULO III.

De la sucesion de los descendientes legítimos á los bienes de sus ascendientes por testamento.

- | | | | |
|---|--|---|--|
| 1 | Diferencia entre las dos líneas de herederos forzosos. | 5 | do otro matrimonio. |
| 2 | En la línea de los descendientes de legítimos ocupan el primer lugar los hijos legítimos del testador. | 6 | Compréndense los hijos de los clérigos de menores, si despues se han casado sus padres. |
| 3 | Esto se verifica aunque se casen in articulo mortis. | 7 | Tambien los nietos, hijos de un hijo natural, respecto de sus abuelos. |
| 4 | Lo mismo sucede aunque entre el nacimiento de los hijos y el matrimonio subsecuente haya media- | | Son tambien legítimos los que nacen de infieles convertidos, ántes de la conversion de los mismos. |

nos que el testador sea caballero ó soldado que está en el servicio de la nacion. 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 cláusula¹.

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 pacífica posesion de sus bienes á los legítimos herederos².

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 fué 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*³. Los forzosos son los parientes del testador por línea recta, para cuya inteligencia es de advertir, que el parentesco natural ó de consanguinidad tiene tres líneas, dos rectas y una transversal. La primera línea 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 línea 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 línea transversal es de los colaterales, como hermanos, primos, tíos, sobrinos &c. Son pues los *descendientes* y los *ascendientes* legítimos del difunto, herederos forzosos en su caso, y se dicen legítimos porque nacen con

1 L. 15. tit. 3 Part. 6.

2 L. 3. t. 13 L. 4 R., 6 tit. 34. lib. 11. N.

3 L. 21. tit. 3 Part. 6.

las condiciones que exigen las leyes civiles y canónicas¹. Llámense *forzosos*, porque hay obligacion en el testador de instituirlos, cuando falta motivo legal para su desheredacion, y si no lo hiciera, podrian anular el testamento en esta parte alegando la pretericion².

14. De los herederos necesarios hay poco que saber, porque no existen ya en nuestra legislacion, y solo se mencionan por mera noticia. Llámábanse 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 aquellas, sino de todos sus bienes habidos ántes ó despues de su fallecimiento, en recompensa de la libertad que adquirian en virtud de la institucion³.

15. Herederos voluntarios ó extraños son todos los que no estan comprendidos en la línea recta descendente ni ascendente 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 substitutos, que son aquellos á quienes se trasfiere la herencia por disposicion del testador, siempre que los principales la repudian ó fallecen ántes de entrar en ella, ó en edad ó en estado de no poder testar. De unos y otros se tratará en capítulo separado (*).

1 LL. 1 y 2, tit. 13. Part. 4. y 21. tit. 3. Part. 6.

2 L. 1 vers. Pero si.... tit. 8 part. 6.

3 L. 21. tit. 3 Part. 6.

(*) Cómo hayan de conducirse los herederos en

la aceptación de la herencia y formación de inventario, y en qué penas incurren faltando á la debida legalidad en esta materia, se explicará en el tratado de inventarios y particiones

CAPITULO III.

De la sucesion de los descendientes legítimos á los bienes de sus ascendientes por testamento.

- | | | | |
|---|--|---|--|
| 1 | Diferencia entre las dos líneas de herederos forzosos. | 5 | do otro matrimonio. |
| 2 | En la línea de los descendientes de legítimos ocupan el primer lugar los hijos legítimos del testador. | 6 | Compréndense los hijos de los clérigos de menores, si despues se han casado sus padres. |
| 3 | Esto se verifica aunque se casen in articulo mortis. | 7 | Tambien los nietos, hijos de un hijo natural, respecto de sus abuelos. |
| 4 | Lo mismo sucede aunque entre el nacimiento de los hijos y el matrimonio subsecuente haya media- | | Son tambien legítimos los que nacen de infieles convertidos, ántes de la conversion de los mismos. |

- 8 Igualmente son legítimos los póstumos.
- 9 Circunstancias que han de concurrir en los hijos legítimos para ser herederos forzosos de sus padres.
- 10 La institucion de estos ha de ser directa y no fideicomisaria.
- 11 Debe igualmente estar concebida sin condicion ni gravámen.
- 12 Lo dicho hasta aquí se entiende tambien respecto de los nietos, biznietos y demas. ¿Qué es heredar *in capita* e *in stirpem*?
- 13 ¿Qué parte debe dejar el testador á sus descendientes legítimos, y de qué otra parte puede disponer?
- 14 ¿Qué cosa es la *legítima*, y cuándo se llama *diminuta* ó *corta*?
- 15 Los hijos no tienen derecho á su legítima sino despues de muerto

- su padre.
- 16 Pero si el padre quiere puede dársela en vida.
- 17 El padre puede revocar siempre que quiera la distribucion que hubiere hecho de las legítimas de sus hijos.
- 18 Distincion de casos cuando el padre quiere que sea irrevocable la distribucion en vida de la legítima de sus hijos.
- 19 Doctrinas diversas cuando estos se hallan bajo la patria potestad.
- 20 El juramento que hacen los hijos de no reclamar mayor porcion de su legítima los imposibilita de hacerlo.
- 21 Pero si no hay juramento podrá repartir el aumento que le corresponda.

1. Aunque se dijo en el capítulo anterior que eran herederos forzosos los individuos comprendidos en las líneas rectas del testador, hay entre unos y otros notable diferencia. La línea de los descendientes legítimos es la preferida, y siempre que haya alguno dentro de ella excluye á los que se hallen en las otras líneas.

2. Entre los descendientes ocupan el primer lugar los hijos legítimos del testador, sin distincion de varones y hembras, y se llaman así porque nacen segun ley y disposicion de nuestra Santa Madre Iglesia. Pueden ser de tres clases: unos nacidos y procreados durante el matrimonio verdadero de sus padres, para el cual no tuvieron impedimento canónico: otros, que naciendo igualmente de padres bien y legalmente casados, resultó despues entre estos algun impedimento canónico, que ignoraban ambos ó al ménos uno de ellos; y otros, que habiendo nacido de padres solteros y libres de impedimento canónico para contraer, se casaron despues, porque el subsiguiente matrimonio legitima los hijos; y si la madre era sierva, recobra por este medio su libertad (*).

3. Se verifica lo expuesto, aunque se casen al tiempo de su

1 LL. 1. tit. 13. Part. 4. 2 y 4. tit. 6. lib. 3 del Fuero Real.

(*) Entiéndase que los hijos legitimados que la ley considera legítimos, y concurren como herederos forzosos de sus padres y abuelos en primera línea excluyendo á la de los ascendientes, son únicamente los que se legitimaron por el matrimonio posterior de sus padres; mas no los legi-

timados por decreto del cuerpo legislativo, pues estos no concurren á la herencia con los legítimos, segun terminantemente lo previene la ley 12 de Toro, que es la 10 t. 8 l. 5 R., ó 7. tit. 20. lib. 10 N., añadiendo que en orden á honores y preeminencias no se diferencian de los primeros.

muerte, y por esto no haya esperanza de que puedan procrear¹. Mas no cuando el impedimento es cierto y perpetuo, v. gr. en el castrado que está imposibilitado de tener sucesion, pues ni puede casarse, ni aun cuando lo verifique vale el matrimonio². Lo mismo sucede si el que está próximo á morir, decrépto, ó de tal modo ha perdido el uso de sus sentidos que no puede prestar su consentimiento para contraer matrimonio, en cuyo caso ni este vale ni los hijos se legitiman³ (**).

4. Tambien se legitiman por el matrimonio subsecuente, y entran á heredar con los hijos legítimos, los que despues de nacidos de muger soltera ó viuda se casó su padre con otra muger, si muerta esta contrajo matrimonio con la madre de los referidos; y es la razon, porque para la legitimacion de los hijos no toman en cuenta las leyes el tiempo medio, sino los extremos, que son estar en aptitud sus padres para casarse sin dispensa cuando los procrearon, y verificarse despues en cualquier tiempo su matrimonio⁴.

5. Repútanse igualmente como legítimos los hijos del clérigo de menores habidos en su concubina, si posteriormente se casó con ella, perdiendo el beneficio⁵, y se amplía y ha lugar aun en el caso de que concurren en sus hijos al tiempo de su generacion los dos vicios de incesto y adulterio, pues prevalece el favor del matrimonio⁶, porque como basta que en uno de los dos tiempos, que son la generacion del hijo ó su nacimiento, esten sus padres libres de impedimento canónico para contraer, segun la ley 11 de Toro; aunque cuando fué engendrado interviniere el incesto y adulterio de sus padres, si cuando nació habia muerto el marido de su madre, ó la muger de su padre, y estaba obtenida la dispensacion, y casados los dos, se removieron ambos impedimentos; y así nació en tiempo hábil para ser reputado por hijo legítimo y de legítimo matrimonio. Y si obtenida la dispensacion no se hubiesen casado, se legitimarán por el subsecuente, porque cuando nació ya eran libres sus padres, y mediante la dispensa anterior se hallaban ya tan aptos para contraerle como si jamas hubiera habido impedimento alguno.

6. Esta doctrina comprende tambien á los nietos: por lo que si el abuelo tuvo algun hijo natural en muger soltera ó viuda, y este otro hijo legítimo, y despues de muerto el hijo natural, se casa el

1 Cast. en la ley 21 de Toro, n. 25. y Cifuentes, n. 15. Gom. ley 12 de Toro, n. 56.

2 Gom. ibid. vers. *Sed advertendum*.

3 Gom. n. 58. vers. *Secundo*.

(**) Se exceptúa el caso en que se justifique haberse contraído el matrimonio en fraude del sustituto ó fideicomisario llamados á la sucesion, pues aunque aqual es válido, no da derecho á la herencia.

4 Gom. dicha ley 12, n. 60.

5 Covarr. in *Epitome de sponsal.* part. 2 cap. 8. Greg. Lop. ley 1 tit. 13. Part. 4. glos. 9.

6 Vasquez *De sucesion.* part. 1. lib. 3. § 22. Morquez. *De do.* lib. 4. cap. 6. n. 24.

abuelo con la referida muger, se legitimará el nieto para con su abuelo, y como legítimo le sucederá del mismo modo que si el matrimonio se hubiese verificado en vida de su padre¹.

7. También son legítimos los que nacen de infieles, que después se convierten á nuestra santa religion, aunque esten en el grado prohibido por derecho canónico, porque entre ellos el matrimonio es un mero contrato, y no estan sujetos á las leyes canónicas hasta que se reducen al gremio de la Iglesia².

8. Son tambien hijos legítimos los póstumos, esto es, los que nacen después del fallecimiento de sus padres;³ por cuya razon dice el derecho que el que deja á su muger en cinta, no muere sin hijos; y siendo sus madres libres y no siervas, ó aun quando sean siervas al tiempo de su nacimiento, si al de su concepcion eran libres, no solo se tendrán por libres, sino que gozarán y les competirán todos los privilegios que á los nacidos. Lo mismo sucederá si quando los conciben son siervas, y al tiempo de parirlos estan manumitidas; porque el hijo sigue la condicion de su madre, excepto en quanto á los honores civiles, que sigue la de su padre, si nace después que los obtuvo y no ántes⁴. Para que se tengan por legítimos es preciso que los para su madre á lo mas á los diez meses después de la muerte de su marido, y que á este tiempo viva en su compañía; pues si nacen, aunque no sea sino un dia entrado en el oncenno mes, no se reputarán por legítimos, pero si naciendo dentro de los siete⁵ ó de los nueve, que es lo comun; bien que suele haber partos verdaderos de once meses, lo que pocas veces sucede. Véase acerca de este punto á Lara *De vita homin.* cap. 10. (*).

9. Para poder heredar los descendientes legítimos á sus ascendientes y llamarse naturalmente nacidos y no abortivos, han de nacer vivos enteramente, como se indicó en el cap. 1. tit. 1. lib. 1, y vivir después veinte y cuatro horas naturales á lo ménos, ser bautizados antes de morir, aunque solo fuese por medio del agua de socorro; y por último, han de haber venido al mundo con figura racional, en términos que no quedase duda de que pertenecian á la especie humana. Si no se verifican estas tres circunstancias, no podrán heredar á sus ascendientes, aun quando expresamente los instituyan por sus herederos.

10. La institucion que los padres deben hacer en sus hijos legítimos es la directa, y no la oblicua ó por fideicomiso. Llámase

1 Gom. en la ley 12 de Toro, n. 62 vers. Sed his non obstantibus.

2 Cap. Gaudemus 15. Qui filii sint legitimi.

3 L. 20. tit. 1 Part. 6.

4 L. 1. tit. 1. lib. 6. Rec. suprimida en la N.

5 L. 4. tit. 23. Part. 4. Lara *De vita homin.* cap. 10. Menoch. lib. 2. presumpt. 52. Rojas *De incomp.* part. 2. cap. 4.

(*) Véase lo que sobre este punto se dijo en el cap. 1. tit. 1. lib. 1.

se directa quando en su virtud puede admitirse ó pedirse la herencia sin ministerio de otra persona, y oblicua siempre que es precisa la intervencion de tercero.

11. Dicha institucion ha de ser íntegra y sin condicion ni gravámen, por lo cual no admite coherederos extraños. Por tanto, si alguno de estos fuere instituido, será su nombramiento ineficaz y nulo¹. Unicamente respecto del póstumo se verifica haber una condicion tácita, que es la de que se haya de realizar su nacimiento. Luego que esto sucede se le dan todos los remedios posesorios de tenuta y restitucion *in integrum* que le competen², para lo cual basta que no tenga impedimento legal al tiempo de morir el que los instituye, aun quando ántes le tuviera.

12. Lo dicho hasta aquí no solo se entiende de los hijos legítimos, sino tambien de los nietos, biznietos, y demas descendientes directos del testador, todos los cuales son sus herederos forzosos en su caso, excluyendo los de mas próximo grado á los mas remotos, y pueden anular el testamento de su ascendiente, si no los instituye, ó si los olvida en él, que es lo que se llama pretericion. Así en caso de tener hijos vivos no podrá instituir por herederos á sus nietos, hijos de estos, sino que los hijos distribuirán entre sí la herencia á partes iguales (salvas las mejoras, de que se hablará después). Esto es lo que se llama heredar *in capita* ó *por cabezas*. Pero si los nietos del testador son hijos de algun hijo difunto, deberá el abuelo instituirles en la parte que hubiera correspondido á su padre si viviera, y esta la dividirán entre sí á partes iguales: de modo que entre todos juntos en representacion de su padre muerto heredarán tanta porcion como cada uno de sus tios. Esto es lo que se llama heredar *in stirpem* ó *por stirpes*.

13. Explicado el órden y forma en que el testador debe instituir á sus descendientes legítimos, resta decir qué parte de herencia debe dejarles; pues aunque las leyes reconocen en ellos un derecho á la totalidad del caudal de sus ascendientes, sin embargo han permitido siempre á los padres el que puedan disponer en favor de extraños ó de su alma de alguna parte de sus bienes. La ley 17. tit. 1. part. 6., que en este particular daba á los ascendientes bastante amplitud, fué moderada por otras del Fuero Real, que solo les concedian la facultad de disponer libremente de un quinto de su caudal en vida y de otro en muerte³; pero después la ley 28 de Toro redujo la facultad de aquellos á dis-

1 LL. 7 tit. 1 Part. 6 y 1 tit. 6 lib. 3 del Fuero Real. Leyes 17 al fin, tit. 1. 4 y 7. tit. 11. y 11. tit. 4. Part. 6.

2 Lara *De vita homin.* cap. 2.

3 LL. 9. tit. 5 y 7. tit. 13 lib. 3 del Fuero Real.

poner en vida ó muerte de solo un quinto¹, prohibiendo que la suma empleada en ambas ocasiones exceda de la cuota referida (*).

14. De lo dicho se infiere que los bienes todos de sus ascendientes, á excepci6n del enunciado quinto, forman la *legítima* de sus descendientes, y se llama así porque está designada por la ley, no pudiendo defraudarles el testador de la parte mas mínima de ella. Pero puede aumentar en vida ó en muerte la porci6n de alguno ó algunos de ellos, con menoscabo de los demas, en la tercera parte de su caudal, y esto es lo que se llama mejorarlos en el tercio. Cuando la legítima consiste en la totalidad de la herencia distribuida por igual entre los descendientes, se llama *plena ó completa*: cuando algunos de estos la reciben con el menoscabo del tercio, por haber el ascendiente mejorado en él á otro ú otros, se llama *legítima corta ó diminuta*. Así se ve que aunque el tercio se considera legítima por cuanto toca necesariamente á los herederos forzosos, no tiene en realidad concepto de tal sino respecto del mejorado. Como el padre es libre en dejar el quinto de sus bienes á un extraño, con mayor razon puede disponer de él en favor de alguno ó algunos de sus hijos, aun cuando lo haya mejorado en el tercio, y esto es lo que se llama mejorarle en tercio y quinto. De todo lo cual se habla extensamente en el capítulo de las mejoras.

15. No se debe á los hijos su legítima sino despues de la muerte de su padre, y así no está obligado á dársela en vida, ni aun cuando esten presos y la necesiten para pago de alguna multa ó condena que se les haya impuesto². Sin embargo creen algunos que hay casos en que tienen los padres obligacion de satisfacer ciertos gastos ó penas impuestas á sus hijos, fundándose en razones que no son despreciables³.

16. Pero si el padre quiere, es dueño de entregar á sus hijos en vida la legítima que les corresponderia en caso de muerte, aun cuando estos lo resistan y no la quieran⁴, porque aquel plazo se estableció en favor de los padres, y por tanto lo pueden renunciar. Sin embargo no deberán hacerlo cuando se expongan á que redunde en perjuicio de ellos, como si fuesen menores ó pródigos, pues estan obligados á evitarles cuanto pueda serles nocivo⁵.

1 L. 12 t. 6. l. 5 R., ó la 8. tit. 20. lib. 10. N.
(*) En el obispado de Ciudad Rodrigo es costumbre inconcusa que los ascendientes puedan legar la cuarta parte de sus bienes, aun cuando tengan hijos legítimos. Y no faltan autores que enseñan la misma facultad fuera de dicho obispado á los padres que no dejan mas hijos que un póstumo, fundándose en la ley 3. tit. 12. lib. 3 del Fuero Real: pero no es así, porque estas leyes no tienen lugar sino donde estan en constante observancia, como lo manda la l de Toro, y la ci.

tada no le está en parte alguna. Al contrario, por las leyes 3. tit. 23. Part. 4 y 20 tit. 1 Part. 6. el póstumo en cuanto concierne á su utilidad se considera como nacido.

2 Menchac. in *Authentic. Novissim. Cod. De inoffic. test.*

3 El adicionador del Febrero en nota al n. 10. §. 1 cap. 1 lib. 2 part. 2.

4 Menchac. *De sucesion. creat.* § 7.

5 Velasco *De partit. cap.* 21. n. 6.

17. Puede por consiguiente hacer en vida la distribuci6n, y tambien revocarla despues de hecha y de entregados los bienes en ella contenidos, á ménos que no exprese su voluntad de que sea irrevocable. Si lo expresa, será considerado el acto como una donacion *inter vivos*; pero de lo contrario no tendrá otro concepto que el de última voluntad anticipada, y es sabido que las últimas voluntades son revocables hasta la muerte¹.

18. Si dice que quiere sea estable é irrevocable para siempre, se ha de distinguir: ó los hijos entre quienes se efectúa la partici6n estan bajo de la patria potestad ó nó. Si no existen por hallarse casados ó emancipados por su padre ó por la ley, valdrá, y no se podrá revocar, porque por la tradicion que les hace de los bienes, se les transfriere irrevocablemente el dominio de ellos².

19. Pero si existen, se podrá revocar, porque no se les transfriere su dominio, y es nula la donacion que sus padres les hacen estando en su poder³. Previniendo que si por esta partici6n no consiguió algun hijo la legítima íntegra que le correspondia atendidos los bienes que al tiempo de formalizarla tenia su padre, no le dañará, antes bien podrá repetir el residuo así de ellos como de los posteriormente adquiridos ó aumentados⁴.

20. Valen en tanto grado la asignacion de bienes hecha por el padre entre sus hijos mayores y la tradicion que de sus legítimas les hizo en vida con cláusula y juramento de que no han de pretender mas de los paternos, sin embargo de que se aumenten despues, renunciándolos expresamente, que ya se multipliquen ó disminuyan, ni el hijo tendrá repeticion contra los referidos bienes aumentados, ni el padre contra los dados al hijo, ni aunque la intenten deben ser oidos, porque el juramento confirma y vigoriza el pacto⁵.

21. Pero si no interviene pacto jurado de no pretender suplemento de legítima de los bienes que despues de la tradicion aumente el padre, aunque esten discordes los autores acerca de si los hijos podrán ó no pedirlo, la mas segura opinion es que pueden, y que creciendo las facultades de sus padres, debe crecer tambien su legítima, no obstante que al tiempo que se hizo la partici6n hubiesen recibido íntegra la que con atencion á los bienes paternos les correspondia ent6nces, porque se debe regular segun los que tienen al tiempo de su muerte unidos con ellos, y no segun otros. Nada sirve alegar que siendo así, tendrá el hijo dos legítimas, una al tiem-

1 Ayor. part. 3. quest. 10. Morquesch. *De di. vis honor.* lib. 4. cap. 3 n. 5 y 6.

2 Gom. en la ley 17 de Toro n. 21. vers. *Sed his non obstantibus.*

3 L. 3. tit. 4. part. 5. Velasco *De partit. cap.* 21. dicho ns. 13 y 14.

4 Boer. decis. 62. n. 8. Tello en la ley 23 de Toro n. 13. Velasco dicho cap. 21. n. 17.

5 Palac. Rub. in Rubr. § 16. n. 16. Mench. *De sucesion. creat.* § 18. n. 80. Molin. *De primogen.* lib. 2. cap. 13. n. 5.

po de la particion y otra despues de la muerte de su padre, pues en el efecto no es mas que una entregada en dos tiempos y veces, porque la asignacion primera lleva la tácita condicion, con tal que los bienes paternos no se aumenten¹.

¹ Velasc. De partit. cap. 21. desde el n. 19. Morquecho De divis. lib. 4. cap. 5.

CAPITULO IV.

De las mejoras.

1. ¿Qué son mejoras y de cuántas especies? ¿quién puede hacerlas?
2. El mejorante puede designar la finca ó albaja de la mejora.
3. El que mejora en términos genéricos se entiende que mejora en tercio y quinto.
4. Los padres no pueden mejorar á sus hijas por razon de dote.
5. Los padres pueden mejorar por razon de dote á su hija natural, no teniendo hijos legítimos.
6. La madre tampoco puede mejorar á su hija por razon de dote, ni por otro contrato sin licencia del marido.
7. En qué caso puede el abuelo mejorar á su nieta por razon de dote ó casamiento.
8. La prohibicion de mejorar á las hijas por razon de dote se entiende solo por contrato entre vivos.
9. El pacto de mejorar ó de no mejorar es válido.
10. Si el que hace la promesa de mejorar no la cumple, y es por contrato oneroso, estará únicamente obligado á resarcir el daño.
11. Pero si el pacto ó promesa fueron espontáneos deberá cumplirse.
12. Si el interesado en el pacto de no mejorar consiente en la renuncia de este beneficio, cesa aquella prohibicion.
13. Al hijo, en cuyo favor se hizo el pacto de mejora, sucederán en ella sus hijos, si el primero muere antes que su padre.
14. Esta doctrina no se opone á la ley que permite al abuelo mejorar á sus nietos.
15. Los padres por ninguna promesa renuncian el derecho de disponer del quinto de sus bienes.
16. La promesa de no mejorar á un hijo se extiende á los nietos hijos de este.
17. La promesa de no mejorar á un hijo no se extiende á los demas.
18. Excepcion de esta regla.
19. La facultad de mejorar se extiende á los abuelos respecto de sus nietos.
20. El ascendiente no puede mejorar á su hijo único ni imponer sobre su herencia ningun gravámen.
21. El gravámen impuesto cuando el hijo no era único, cesa cuando llega á serlo.
22. Pero el hijo único podrá ser mejorado con cierta condicion.
23. Otro caso en que es válida la mejora del hijo único.
24. Las madres y abuelas pueden mejorar á sus descendientes estando viudas, ó teniendo bienes libres.
25. Si muerto el marido no confirma la viuda la mejora hecha en vida de aquel sin su licencia, es nula.
26. La consignacion determinada de la mejora la ha de hacer por sí mismo el mejorante, no pudiendo encargarla á otro, *si no fuere al mejorado.*
27. Debe sin embargo hacerla de modo que no cause á los demas

- coherederos grave perjuicio en su legitima.
28. Al mejorado debe entregarse la mejora en los mismos bienes que el mejorante designó.
 29. Cuando la finca no tiene cómoda division serán libres los no mejorados en satisfacer la mejora en dinero ó de otro modo.
 30. Pero entre herederos extraños elegirá el mejorado los bienes que tenga por conveniente.
 31. ¿De qué gravámen es susceptible el tercio?
 32. El gravámen impuesto en la mejora de un hijo cesa cuando el padre hace simplemente la misma mejora en otro hijo.
 33. La entrega de cantidades hecha por el padre á un hijo emancipado para edificar en terreno de este se reputa mejora tácita.
 34. Lo mismo sucede cuando le redimen de cautiverio, y en otros casos.
 35. Se entiende que hay mejora respecto de los hijos nombrados por el padre en la institucion de heredero, cuando no nombra á otro ú otros hijos.
 36. La finca poseida por el padre con gravámen de restitucion no se toma en cuenta para las mejoras.
 37. El mejorado puede repudiar la herencia y aceptar la mejora.
 38. Muerto uno de los mejorados acrece á los otros su parte en la mejora.
 39. Otro caso en que acrece al mejorado la parte de otro difunto.
 40. Otro caso diferente en que hay derecho de acrecer.
 41. Aceptada la mejora y entregada la escritura, vuelve á la propiedad del padre la parte del mejorado que muere.
 42. La donacion por testamento ó entre vivos en qué casos se presumirá mejora, y en qué casos no.
 43. Las mejoras son válidas, aun cuando se rescinda el testamento por pretericion ó desheredacion.
 44. Son válidas dos mejoras en el quinto en favor de dos herederos forzosos.
 45. Hasta qué punto está obligado el mejorado á sufrir el gravámen del pago de deudas impuesto por el mejorante.
 46. El mejorado en tercio y quinto que recibió en vida los bienes de su mejora, estará obligado á pagar el funeral del mejorante.

1. **L**ámase mejora la porcion de sus bienes que deja el ascendiente á alguno de sus herederos descendientes, ademas de los que le corresponden á partes iguales con todos los otros. La mejora puede ser expresa ó tácita: expresa, cuando se emplea la palabra *mejoro* ú otra equivalente: tácita, cuando se hace simple donacion por mera liberalidad, en cuyo caso se considera mejora, y no se debe rebajar de la legitima del agraciado¹. Divídese tambien la mejora en *simple* y *condicional*. Es simple la que se hace absolutamente, y condicional la que lleva consigo alguna condicion ó carga. Las mejoras pueden ser del *tercio* solo, del *tercio y quinto*, ó de cualquiera cantidad menor que los dos. Las diferencias legales entre unas y otras se irán explicando por su orden en el discurso de este capítulo. El que tiene potestad de testar, puede disponer de sus bienes en la cantidad y forma que se le antoje, si testa entre extraños; pero no es libre de ha-

¹ Tello en la ley 26. de Toro, n. 1. Matienz. en la 10. tit. 6. lib. 5. Rec. glos. 1.

po de la particion y otra despues de la muerte de su padre, pues en el efecto no es mas que una entregada en dos tiempos y veces, porque la asignacion primera lleva la tácita condicion, con tal que los bienes paternos no se aumenten¹.

¹ Velasc. De partit. cap. 21. desde el n. 19. Morquecho De divis. lib. 4. cap. 5.

CAPITULO IV.

De las mejoras.

- | | | | |
|----|--|----|--|
| 1 | ¿Qué son mejoras y de cuántas especies? ¿quién puede hacerlas? | 14 | Esta doctrina no se opone á la ley que permite al abuelo mejorar á sus nietos. |
| 2 | El mejorante puede designar la finca ó albaja de la mejora. | 15 | Los padres por ninguna promesa renuncian el derecho de disponer del quinto de sus bienes. |
| 3 | El que mejora en términos genéricos se entiende que mejora en tercio y quinto. | 16 | La promesa de no mejorar á un hijo se extiende á los nietos hijos de este. |
| 4 | Los padres no pueden mejorar á sus hijas por razon de dote. | 17 | La promesa de no mejorar á un hijo no se extiende á los demas. |
| 5 | Los padres pueden mejorar por razon de dote á su hija natural, no teniendo hijos legítimos. | 18 | Excepcion de esta regla. |
| 6 | La madre tampoco puede mejorar á su hija por razon de dote, ni por otro contrato sin licencia del marido. | 19 | La facultad de mejorar se extiende á los abuelos respecto de sus nietos. |
| 7 | En qué caso puede el abuelo mejorar á su nieta por razon de dote ó casamiento. | 20 | El ascendiente no puede mejorar á su hijo único ni imponer sobre su herencia ningun gravámen. |
| 8 | La prohibicion de mejorar á las hijas por razon de dote se entiende solo por contrato entre vivos. | 21 | El gravámen impuesto cuando el hijo no era único, cesa cuando llega á serlo. |
| 9 | El pacto de mejorar ó de no mejorar es válido. | 22 | Pero el hijo único podrá ser mejorado con cierta condicion. |
| 10 | Si el que hace la promesa de mejorar no la cumple, y es por contrato oneroso, estará únicamente obligado á resarcir el daño. | 23 | Otro caso en que es válida la mejora del hijo único. |
| 11 | Pero si el pacto ó promesa fueron espontáneos deberá cumplirse. | 24 | Las madres y abuelas pueden mejorar á sus descendientes estando viudas, ó teniendo bienes libres. |
| 12 | Si el interesado en el pacto de no mejorar consiente en la renuncia de este beneficio, cesa aquella prohibicion. | 25 | Si muerto el marido no confirma la viuda la mejora hecha en vida de aquel sin su licencia, es nula. |
| 13 | Al hijo, en cuyo favor se hizo el pacto de mejora, sucederán en ella sus hijos, si el primero muere antes que su padre. | 26 | La consignacion determinada de la mejora la ha de hacer por sí mismo el mejorante, no pudiendo encargarla á otro, *si no fuere al mejorado.* |
| | | 27 | Debe sin embargo hacerla de modo que no cause á los demas |

- | | | | |
|----|---|----|---|
| | coherederos grave perjuicio en su legitima. | 37 | El mejorado puede repudiar la herencia y aceptar la mejora. |
| 28 | Al mejorado debe entregarse la mejora en los mismos bienes que el mejorante designó. | 38 | Muerto uno de los mejorados acrece á los otros su parte en la mejora. |
| 29 | Cuando la finca no tiene cómoda division serán libres los no mejorados en satisfacer la mejora en dinero ó de otro modo. | 39 | Otro caso en que acrece al mejorado la parte de otro difunto. |
| 30 | Pero entre herederos extraños elegirá el mejorado los bienes que tenga por conveniente. | 40 | Otro caso diferente en que hay derecho de acrecer. |
| 31 | ¿De qué gravámen es susceptible el tercio? | 41 | Aceptada la mejora y entregada la escritura, vuelve á la propiedad del padre la parte del mejorado que muere. |
| 32 | El gravámen impuesto en la mejora de un hijo cesa cuando el padre hace simplemente la misma mejora en otro hijo. | 42 | La donacion por testamento ó entre vivos en qué casos se presumirá mejora, y en qué casos no. |
| 33 | La entrega de cantidades hecha por el padre á un hijo emancipado para edificar en terreno de este se reputa mejora tácita. | 43 | Las mejoras son válidas, aun cuando se rescinda el testamento por pretericion ó desheredacion. |
| 34 | Lo mismo sucede cuando le redimen de cautiverio, y en otros casos. | 44 | Son válidas dos mejoras en el quinto en favor de dos herederos forzosos. |
| 35 | Se entiende que hay mejora respecto de los hijos nombrados por el padre en la institucion de heredero, cuando no nombra á otro ú otros hijos. | 45 | Hasta qué punto está obligado el mejorado á sufrir el gravámen del pago de deudas impuesto por el mejorante. |
| 36 | La finca poseida por el padre con gravámen de restitucion no se to- | 46 | El mejorado en tercio y quinto que recibió en vida los bienes de su mejora, estará obligado á pagar el funeral del mejorante. |

1. **L**ámase mejora la porcion de sus bienes que deja el ascendiente á alguno de sus herederos descendientes, ademas de los que le corresponden á partes iguales con todos los otros. La mejora puede ser expresa ó tácita: expresa, cuando se emplea la palabra *mejoro* ú otra equivalente: tácita, cuando se hace simple donacion por mera liberalidad, en cuyo caso se considera mejora, y no se debe rebajar de la legitima del agraciado¹. Divídese tambien la mejora en *simple* y *condicional*. Es simple la que se hace absolutamente, y condicional la que lleva consigo alguna condicion ó carga. Las mejoras pueden ser del *tercio* solo, del *tercio y quinto*, ó de cualquiera cantidad menor que los dos. Las diferencias legales entre unas y otras se irán explicando por su orden en el discurso de este capítulo. El que tiene potestad de testar, puede disponer de sus bienes en la cantidad y forma que se le antoje, si testa entre extraños; pero no es libre de ha-

¹ Tello en la ley 26. de Toro, n. 1. Matienz. en la 10. tit. 6. lib. 5. Rec. glos. 1.

cer lo que guste teniendo herederos legítimos, pues solo le está permitido en los términos siguientes. El padre, madre, abuelos y demas ascendientes directos pueden mejorar por una sola vez en vida ó muerte á alguno ó algunos de sus hijos, nietos y descendientes legítimos, (aunque vivan los padres de estos) en el tercio y remanente del quinto de sus bienes libres, ya lo hagan por testamento ú otra última disposición, ya por contrato entre vivos. La mejora del tercio entre descendientes legítimos se entiende no solo en orden á la propiedad de los bienes que la constituyen, sino al usufruto de los mismos, ya porque el tercio es verdadera legítima, como queda dicho, y ya tambien porque las leyes no hacen distincion alguna. Por tanto si el ascendiente mejora en el tercio y quinto de su caudal á alguno ó algunos de sus descendientes legítimos, dejando á otro ú otros el usufruto por tiempo fijo ó indeterminado, será nula esta segunda concesion por lo relativo al tercio, y solo tendrá efecto en el quinto, sobre el cual determinará el testador lo que se le antojare, ya sea entre parientes ó extraños, gravándole como gustare, y se observará cuanto dispusiere, pues tiene para ello total y absoluta licencia.

2. Tambien puede el testador prefiar por sí mismo la finca ó fincas en que ha de consistir la mejora del tercio y quinto y el dinero con que debe satisfacerse; pero si esta consignacion no alcanza para el cupo de la mejora se atenderá al modo y términos en que se haya explicado el testador. Si dice v. gr.: *Mejoro á mi hijo Pedro en el tercio y quinto de todos mis bienes, y para parte de pago le consigno tales fincas*, nombrándolas, deberá suplirse lo que falte de los demas de su herencia, porque la mejora consiste en este caso en la totalidad del tercio y quinto, y no en las alhajas consignadas, que solo deben entrar como parte ¹. Lo cual se entiende así, aunque el testador omita la palabra *todos*, y diga solo de *mis bienes*, porque la indefinida equivale á la universal. Pero si el testador dijo: *Mejoro á mi hijo Pedro en tal y tal finca por razon del tercio y quinto*, en este caso no debe suplirse del resto de sus bienes la cantidad que fuere para el completo, porque es claro que no quiso el testador mejorarle mas que en el valor de dichas alhajas ². Mas si estas excedieren de la suma que corresponde al tercio y quinto, quedará revocada la mejora en el exceso, el cual se aplicará al mejorado como parte de la cuota que debe percibir en igualdad con los demas coherederos. Y si todavía fuere mayor el exceso que la porcion que le cabe de la herencia, devolverá el sobrante en especie ó en dinero si la finca no tuviere cómoda division ³.

¹ Cifuentes en la ley 17 de Toro.
² Gomez ley 17. de Toro, n. 14.

³ Ley 10. tit. 6. lib. 5. R., ó 10. tit. 6. lib. 10. N.

Entre herederos extraños no hay semejante obligacion, debiéndose observar siempre la voluntad del testador en todas sus disposiciones.

3. Mejorando genéricamente el padre á un hijo en contrato ó última voluntad, sin expresar si es en el tercio ó en el quinto, diciendo solamente: *mejoro á mi hijo fulano*, léjos de viciarse esta mejora por la incertidumbre que trae consigo, es válida, y se entiende mejorado el hijo en tercio y quinto, que es cuanto la ley le permite. La razon es porque está manifiesta su voluntad de favorecerle en todo aquello que está en su mano, y segun un axioma de derecho los favores en caso de duda deben entenderse con amplitud.

4. Aunque los padres pudiendo estan obligados por derecho á dotar á sus hijas legítimas existentes en su dominio, ya sean ó no ricas ¹; no obstante, en ninguna cosa pueden mejorarlas, ni prometérsela con título de mejora por razon de dote ni por la de casamiento ²; ni aun cuando las prometan el tercio ó quinto se entienden mejoradas en ellos, ni en alguno de ellos tácita ni expresamente por contrato entre vivos, como lo preceptúa la ley 1 tit. 2 lib. 5 Rec. ó 6 tit. 3 lib. 10 N. en su 2.ª parte; *y por la misma razon no valdrá el pacto ó promesa que haga el padre á su hijo ó yerno de que no mejorará á ninguno de sus otros hijos*: porque por virtud de él se priva al padre de testar á su arbitrio, y recae en la hija la parte de la mejora que podia dejar á sus hermanos y se habia de dividir entre ellos, ó tocar á uno solo ³; y esto es defraudar indirectamente la ley prohibitiva, y ser mejorada tácitamente la hija (a). Lo cual se entiende ya esté casada ó soltera esta, y se la entreguen ántes de casarse ó despues de casada por via de aumento ⁴: pues la que se constituye durante el matrimonio se llama propiamente dote, sin embargo de que no haya intervenido promesa. Se entiende igualmente ya sea la dote para contraer matrimonio, ó para entrar en religion ó profesar si es novicia, aunque ningun hermano varon tenga, y las demas hermanas esten casadas excepto ella, y aun cuando al tiempo de dotarla sea única, si despues procrea su padre mas hijos, pues se revocará en el exceso de su legítima, de modo que quede igualada con ellos. Y asimismo se entiende, no obstante que el padre haga la dona-

¹ Ley 8. tit. 11. Part. 4.

² Gutierr. *De juram. conf.* part. 1. cap. 59. Mat ley 1. tit. 2. lib. 5. Rec.

³ Acev. en la ley 6. tit. 6. lib. 5. Rec. n. 24. Gutierr. *De juram. conf.* part. 1. cap. 59.

(a) Sobre este punto, el adicionador de Febrero observa, que la ley prohibe solamente la desigualdad á favor de la hija por via de dote; pero no que el padre se obli-

que á guardar una igualdad dictada por la razon, y en que se interesan tambien la tranquilidad y armonia de las familias, Es cuanto se puede cavilar, añade, contra las mugeres, y un enigma indisoluble decir que la privacion de mejorar es mejora.-E.

⁴ Baez *De non melior. filiab.* cap. 5. n. 11. al 23.

cion á la hija con la calidad y obligacion de restituir el exceso al hijo que nazca: pues sin embargo de esta condicion y gravámen no valdrá, porque se hace por razon de matrimonio, cede en detrimento de sus hermanos, y es en fraude de la ley que lo prohíbe y anula los pactos contrarios¹. Por lo que si la dote que las da su padre excede de la legítima que las puede corresponder cuando muere, atendido el valor líquido y efectivo de sus bienes unido con el de su dote, deben restituir el exceso á sus hermanos, por no trasferirselas su dominio, y no se les imputará en el tercio ni quinto, ni en parte de ambos ni de alguno: lo uno porque siempre que la ley resiste y anula algun contrato, se impide la traslacion del dominio, y ninguna obligacion natural ni civil nace de él²; y lo otro porque para dotar, y que la dote sea congrua y no se gradúe de inoficiosa, se ha de atender á las facultades del donante, á su calidad y condicion, y á la de la dotada y su marido, á los hijos con que el donante se halla y á la costumbre del pueblo³. Pero bien puede mejorarlas haciéndolas alguna donacion simple por mera liberalidad; y cesando todo fraude valdrá, porque la ley inserta reprueba solamente las mejoras por via de dote ó matrimonio á causa de ser excesivas, mas no las donaciones provenientes de mera liberalidad, pues de lo contrario seria correctiva de las que permiten dichas donaciones⁴.

5. Careciendo un padre de hijos legítimos y teniéndolos naturales, parece que no podria mejorar á una hija natural por via de dote ni casamiento, porque no debe ser de mejor condicion que la legítima, y porque la ley citada no solo se estableció á favor de los hijos á fin de que no fuesen perjudicados en sus legítimas, sino al de sus padres, para evitar que estos por dotar inmoderadamente á sus hijas se empobreciesen; cuya razon milita para con las naturales igualmente que para con las legítimas, y así deberia gobernar y observarse la misma disposicion; pues aunque cada uno es dueño de sus bienes y puede hacer de ellos lo que quiera, conviene á la república que no sea pródigo ni abuse de ellos imprudentemente. Pero á pesar de eso, lo cierto es que puede mejorar por via de dote á su hija natural en la forma que quisiere. Lo primero, porque la ley prohibitiva habla de las legítimas y no de las naturales, por lo que no se amplía ni debe ampliar á estas su prohibicion. Lo segundo, porque manda que el padre no pueda dar tercio ni quinto á su hija legítima por via de dote ni casamiento, ni se entienda mejorada tácita ni expresamente por

1 Baez. ibi. cap. 14 n. 6. al 12.

2 Ley *Frater á fratre* ff. de *condit. indebit.* Baez. ibi. cap. 36. n. 4. Acevedo en la ley 1. tit. 2. lib. 5. Rec. n. 21. y 22.

3 Ley *Filia*. 41. ff. de *leg. Decio* consil. 277. vers. *Tamen his*.

4 Gatierr. *De juram. confirm.* cap. 50. n. 15.

contrato en sanidad, y estas palabras no cuadran ni convienen á otros hijos que á los legítimos, á quienes su padre puede mejorar, y se debe la herencia y legítima; por lo que, y por no deberse estas á los naturales, ni ser herederos de sus padres contra su voluntad, ni (ya haya ó no legítimos) tener mas derecho que al quinto, que es lo que teniendo estos puede dar á aquellos ó dejarles por via de alimentos; es visto haber querido que su prohibicion no se entendiese con otras hijas que con las legítimas. Y lo tercero, porque aunque el padre haga donacion de todos sus bienes, no pueden revocarla los naturales como legítimos: y si carecen de potestad para impugnar y revocar la donacion inmensa, tampoco la tendrá para revocar la mejora que no lo es; por cuyas razones el padre que no tiene hijos legítimos, puede mejorar en contrato por via de dote ó casamiento á sus hijas naturales¹.

6. Como la madre (siendo católica) no está obligada á dotar á sus hijas, parece que podria mejorarlas por via de dote ó casamiento; pero tampoco lo puede hacer, porque la ley enunciada emplea las palabras: *Ninguno puede dar ni prometer &c.*, por lo cual es claro que está comprendida del mismo modo que el padre². Pero hay respecto de ella una prohibicion que no tiene este, y es que la madre tampoco puede mejorar á las hijas naturales por razon de dote ni casamiento, aun cuando no tenga hijos legítimos, porque á falta de estos obtienen los naturales privilegios de legitimidad, y son herederos forzados de su madre *ex testamento* y *abintestato*. Pero si tiene hijo ó hija legítima, solo podrá disponer del quinto en favor de los naturales, del mismo modo que si fueran extraños. Los hijos legitimados son tambien preferidos á los naturales, como se dirá en su lugar.

7. Discuerdan los autores sobre si la ley prohibitiva de mejorar por via de dote ó casamiento á las hijas, comprende al abuelo respecto de sus nietas. La opinion mas fundada es, que si la nieta es hija de hija, no podrá su abuelo mejorarla, por la regla general de que estando uno privado de sucesor, lo estan tambien sus descendientes, y ciertamente no hay razon para que la tal hija sea de mejor condicion que su madre³. Pero si la nieta es hija de hijo, podrá mejorarla, porque sucede en los derechos de su padre, el cual como varon no debe estar comprendido en una ley que solo habla de las hembras⁴.

8. Aunque queda sentado que las hijas legítimas no pueden ser mejoradas en tercio, quinto, ni en otra cosa alguna por sus padres tácita ni expresamente, por prohibirlo la ley inserta, se circunscribe y limita esto al tiempo y caso de que habla, que es por contrato

1 Baez. *De non meliorand. filiar.* cap. 13. n. 2. al 9.

2 Baez. *ibid.* cap. 11. n. 11. al 25.

3 Baez. *ibid.* cap. 7. n. 36.

4 Tello en la ley 17. de Toro, n. 75.

en sanidad, pero no por testamento ó por otra última voluntad; pues en esta no solo puede mejorarlas, sino hacerlas legados como á sus hijos sin diferencia, porque la legal prohibicion no se amplía á las últimas disposiciones¹: y pueden tambien confirmar la dote inoficiosa hecha sin sospecha de fraude, y mandar que la hija la lleve íntegra en cuanto quepa en el tercio, quinto y legitima; porque por su confirmacion convalece². Y la razon porque no se prohíbe que en última disposicion sean mejoradas, es porque si las mejora en contrato, como este es irrevocable segun las leyes 17 y 22 de Toro, se causa grave daño no solo al mejorante, porque queda privado de sus bienes sin poder reclamar ni arrepentirse, sino á los demas hijos, porque son defraudados en sus legitimas; pero en testamento ú otra última voluntad es al contrario, pues puede enmendar, revocar y anular la mejora en él hecha, y ningun perjuicio se le causa, por no surtir efecto hasta despues de su muerte: por lo que cesando la razon de la prohibicion, debe cesar la ley prohibitiva³; y una cosa es contraer, y otra testar⁴. Pero es de advertir que la validacion de la mejora á favor de las hijas en testamento ú otra última voluntad, se entiende con tal que en contrato no se haya estipulado ó precedido promesa de hacerla; pues si precedió, y haciendo el testador mencion de la promesa en el testamento constituye la mejora, no valdrá, porque se conceptúa hecha en fraude de la ley, y en consecuencia de la obligacion primera. Y lo propio milita aunque no haya precedido promesa de mejorar á la hija, si estaba tratado ya su matrimonio, y por razon de este la mejora ó hace donacion el padre en su testamento, pues como fraudulenta tampoco valdrá⁵.

9. Como de la convencion y pactos justos de los contrayentes reciben la ley los contratos, y á quanto se obliga el hombre á tanto queda obligado⁶; por esto prometiendo absolutamente por contrato en sanidad el padre, madre ú otro ascendiente legitimo mejorar á algun hijo ó descendiente suyo por via de casamiento ó por otra causa onerosa, ó no mejorar á ninguno en tercio ni quinto, y otorgándose sobre esto escritura pública⁷ (pues no basta la privada en quanto al pacto de no mejorar y sí á la promesa de mejora)⁸, debe observarse el pacto, segun lo ordena la ley 22 de Toro, que es

1 Baez tit. cit. cap. 20. n. 6. al 11. Martienz. en la ley 1. tit. 2. lib. 5. glos. 2 n. 4. y glos. 3 n. 2.
2 M. rg. *De dvis.* lib. 4. cap. 13. n. 43.
3 Matienz. ibi. Baez. ibi. n. 3. y 14.
4 Ley *Verba contraxerunt.* ff. *De verbor. signific.*
5 Ayor. *De partit.* part. 2. quaest. 2. Baez. ibi. n. 15. Gutierr. *de juram. confirm.* part. 1. cap. 59. dicho n. 16. y otros.

6 Ley 2. tit. 16. lib. 5. R. ó 1. tit. 1. lib. 10. N.
7 El modo de probar el contexto de la escritura en caso que esta y su protocolo se pierdan, se dijo en el capitulo sobre los instrumentos de que debe y puede dar copia el escribano.
8 Matienz. en la ley 2. tit. 16. lib. 5. Reg. glos. 2.

la 6 tit. 6 lib. 5 R. ó 6 tit. 6 lib. 10 N. Lo cual se entiende, ya el contrato oneroso se haga con tercero ó con el hijo solamente, pues debe el ascendiente cumplir la promesa¹.

10. Si el padre promete por via de casamiento ó por contrato oneroso no mejorar á hijo alguno, y acepta su hija y yerno la promesa, si procediese contra esta, parece deberá pagarles el daño que por su contravencion les causó, pues en las obligaciones de hacer ó no hacer sucede en su lugar el interes, y no será obligado á cumplir el pacto, ni incumbe á la hija el que lo cumpla ó no; por lo que reintegrándola de lo que la tocara, á no haber contravenido á él, no puede pretender otra cosa, ni aunque la pretenda se le debe oír, porque los pactos se establecieron para que cada uno consiga lo que le interesa².

11. Pero si el contrato y promesa de no mejorar fué absoluto, sin haber precedido causa alguna para hacerlo mas que la mera voluntad del padre dirigida á solo el fin de que todos sus hijos consiguiesen su legitima íntegra y completa, y le heredasen con igualdad³, deberá observar el pacto, y por consiguiente á ninguno de sus hijos, nietos ni descendientes podrá mejorar, y si lo hiciere será nulo é ineficaz⁴. Mas no obstante, véase lo explicado en el párrafo 4.º acerca de las hijas, pues será lo que se observe.

12. Si el hijo á cuyo favor se hizo el pacto de no mejorar á los demas lo remitiere, y consintiere que su padre ó madre mejoren al que quieran, ó falleciere en vida del mejorante sin descendientes, pueden mejorar á otro hijo, porque este pacto fué meramente personal, hecho con solo aquel hijo, en virtud del cual ningun derecho adquirieron los otros. Al contrario si falleció en vida de su padre dejando hijos ó descendientes, pues entónces á ningun hijo puede mejorar, porque todos estos entran en el lugar de su padre muerto, y como que juntos le ocupan, deben suceder en todo el derecho que le compete⁴.

13. Cuando el padre ó la madre prometieron mejorar á uno de sus hijos, y este no remitió el pacto y derecho en su virtud adquirido, y murió en vida del padre ó madre con quienes lo hizo, sin dejar descendientes, pueden mejorar á cualquiera de los otros hijos; pero no si dejó hijos ú otros descendientes legitimos, pues entónces estarán obligados á mejorar á todos sus nietos, hijos de este hijo difunto, y no á uno de ellos solamente, porque todos juntos entran á

1 Ayor. part. 2. quaes. 14. n. 43. y 44. Martienz. en la ley 6. glos. 2. n. fin. tit. 6. lib. 5.
2 Ayor. dicha part. 2. quaest. 15.
3 Gom. en la ley 22. de Toro. n. 27. Ayor. quaest. 15. vers. *Si vero prom.* Mat. en

dicha ley 6. tit. 6. lib. 5. glos. 1 n. 4. &c. Ibi Acev. n. 9.
4 Gom. ibi. n. 24. vers. *Sed his non obstant.* Ibi. Palac. Rub. y Tell. Acev. en dicha ley 6. tit. 6.

ocupar el lugar de su difunto padre, y suceder en el derecho que le competia; y así se ha de dividir igualmente entre todos la mejora, y no llevarla uno solo¹.

14. Lo cual procede sin embargo de que la ley 18 de Toro permite al abuelo que pueda mejorar á cualquiera de sus nietos y descendientes, ya esté vivo ó no su padre, pues la disposicion de esta ley se entiende cuando no precedió el pacto de no mejorar; pero habiendo precedido, no puede el abuelo mejorar á sus nietos sin expreso consentimiento de su hijo en vida, ni despues de muerto este, porque, como queda expuesto, todos los nietos entran á ocupar su lugar, y suceden en todo el derecho en que á vivir sucederia, y cada uno en su respectiva parte solamente².

15. Aunque el padre ó la madre prometan por causa onerosa no mejorar á sus hijos ni descendientes en el tercio y quinto de sus bienes, pueden disponer por su alma, ó á favor de causas pias ó en lo que quisieren, del quinto de ellos, porque en este caso solo el tercio es legitima necesaria de todos sus hijos, y así no pueden dejar éste á uno ó á mas; sino que lo han de partir igualmente, por haber adquirido en virtud del pacto igual derecho á él que á los demas bienes; pero el quinto no lo es, por lo que como hacienda suya tienen facultad de usar de ella á su arbitrio, y de lo contrario quedarian intestables³.

16. Prometiendo por causa onerosa ó simplemente el padre ó madre en escritura pública no mejorar á alguno de sus hijos, no pueden mejorar tampoco á sus nietos ni á otro descendiente de este hijo, porque cuando consta de la voluntad del testador, se comprenden siempre en el nombre de hijos los nietos y demas descendientes, aunque sea en materia odiosa por militar la misma razon; y en el presente caso consta de su voluntad, pues teniendo mas afecto al hijo que al nieto y á otro descendiente, por la menor distancia de grado, una vez que prometen no mejorarle, es visto no querer mejorar tampoco al nieto, porque versa la propia y aun superior razon⁴. Si los ascendientes se obligan á no mejorar á ningun descendiente, y luego lo mejoran, la mejora es nula: por igual razon, si habiendo prometido mejorar, no cumplen la promesa en su testamento, se entenderá válida⁵: si dicha mejora se pactó que fuese simple y absoluta, no podrá despues ser gravada de modo alguno⁶.

17. Sin embargo de que el padre y la madre hayan prometido

1 Gom. ibi. n. 24. Tello, n. 19. 20. Matienz. en dicha ley 6. glos. 7.

2 Palac. Rib. ibi. col. 6. Cast. en dicha ley 22 n. 30. Gom. dicho n. 24. vers. Nec. obstat.

3 Gom. ibi. n. 26. Angul. en la ley 6. glos. 6. n. 2. Acev. ibi. n. 6. al fin.

4 Mat. en dicha ley 6. glos. 1. n. 4. Acev. en ella. n. 9. Cifuentes en la ley 22 de Toro. Gom. en ella. n. 27.

5 Ley 6. tit. 6. lib. 5. R. 6. tit. 6. lib. 10. N.

6 Ley 2. tit. 16. lib. 5. R. 6. 1. tit. 1. lib. 10. N.

no mejorar á cierto hijo, pueden mejorar á otro, porque su promesa se circunscribe solamente á él, y no se amplió á los demas; por lo que no debe obrar fuera de su intencion, pues la causa limitada produce efecto limitado: es así que el testador se limitó y prohibió especifica y determinadamente no mejorar á cierto hijo: luego por no haberse extendido á otros hijos y descendientes su prohibicion, podrá mejorarlos¹.

18. Pero si la razon ó causa final de la promesa de no mejorar á aquel hijo, mira y tiene su tendencia á favor de todos los demas (v. gr. porque sucedan igualmente) y en la promesa se expresa, á ninguno de ellos podrá mejorar, porque en este caso solo la causa general produce efecto general.

19. La facultad de mejorar los padres á sus hijos legítimos se entiende aun cuando sean procreados en diversos matrimonios: extendiéndose igualmente á los abuelos, los cuales pueden mejorar á sus nietos y demas descendientes legítimos, no solo en el quinto sino hasta en el tercio de sus bienes, aun cuando sus hijos, padres de los referidos nietos, esten vivos. Así lo dispone la ley 18 de Toro, que es la 2. tit. 6. l. 5. R. 6. 2. tit. 6. lib. N. 10. (*). Y no solo se amplía esta facultad á mejorar un hijo, nieto ó descendiente, sino á dos ó mas, con tal que quede alguno que no esté mejorado, pues la mejora supone predileccion. Así podrá el abuelo mejorar al nieto que sea hijo de su hijo único, porque siempre hay dos personas entre las cuales se puede optar². Cuando el abuelo mejora á alguno de sus nietos, cuyo padre fuere disipador, puede privar á este del manejo de los bienes que forman la mejora, siempre que haga constar aquel defecto, pero no del usufruto de los mismos, el cual pertenece en todo caso al padre del nieto mejorado³.

20. Pero si el ascendiente no tiene mas que un hijo ú otro descendiente legítimo, no puede mejorar á nadie en el tercio de sus bienes, ni imponerle ningun gravámen, á ménos que para ello inter venga dispensa de la ley, ó que siendo mayor de veinte y cinco años, consienta en ello con juramento de no reclamar. La razon es porque el único descendiente en el grado mas próximo ha de suceder forzosamente en todos los bienes de su ascendiente, á excepcion del quinto, suponiendo las leyes que por lo ménos ha de haber dos con

1 Angul. en dicha ley 6. glos. 2. n. 1. Matienz. en ella, glos. 1. n. 3. Gom. en la 22. n. 29.

(*) Este caso es el único que conviene con la definicion dada de las mejoras, y es excepcion de la regla general. En efecto, en la mejora de los nietos, viviendo sus padres, se desmiente el principio de que

para ser mejorado en el tercio es menester ser heredero, y de que el tercio es parte de la legitima, de que nunca se puede defraudar á los forzosos.

2 Covarr. lib. 1. Var. cap. 19 n. 4. Tello, ley 18. de Toro, n. 3.

3 Salgad. *Labyrinth. cred.* part. 4. cap. 15. Molin. de *Primog.* lib. 1. cap. 16.

derecho individual de ser mejorados, cuando permiten la mejora del tercio¹.

21. Esta doctrina tiene lugar aunque en el pacto de tal se haya impuesto el gravámen de restitucion si no naciere mas que un hijo, ó sea hecha la mejora por contrato en cantidad irrevocable, ó el mejorado lo haya sido en última disposicion, habiendo muchos descendientes, pues si todos fallecieren, y al tiempo de la muerte del mejorante se hallare único, cesará el gravámen, y todos los bienes de sus ascendientes, (excepto el quinto) serán legítima suya: porque esta se debe regular según el tiempo de la muerte; y como al de ella lo es, y no puede haber mejora por faltar sujeto en quien se verifique, y por no consumar ni surtir su efecto hasta entónces, por eso el gravámen se entiende no impuesto².

22. Si un padre mejora á su hijo único con la condicion de *si otro hijo ó hijos le naciesen*, será válida tambien la mejora y gravámen, porque el acto que no puede ser hecho puramente, se puede hacer con condicion³: por lo que si el hijo único fuere mejorado simplemente por sus padres, convalecen la mejora y gravámen luego que nace otro hijo, del mismo modo que si despues de nacido hubiera sido hecha; pues toda disposicion que siendo puramente hecha no tiene vigor, se entiende ordenada con la tácita condicion con que vale el acto⁴, y este cuando no puede valer puramente, se resuelve en condicion. Y lo mismo procede, aunque en la mejora no ponga la condicion referida, si le nacen despues mas hijos, porque es visto haberla hecho con la esperanza de procrearlos y en perjuicio suyo; y como hasta que fallece no tiene derecho á la mejora el mejorado, y al tiempo de su fallecimiento ya estan nacidos, convalece esta y queda firme⁵; pues el padre pudo revocarla, y respecto no haberlo hecho, quiso que subsistiese, y manifestó que tuvo mas aficion á aquel hijo que á los otros.

23. Tambien es válida la mejora del hijo único cuando el padre constituye mayorazgo irrevocable del tercio, entrega en vida á su hijo los bienes que lo importan, sin reservarse su usufruto, y este percibe sus frutos, los cuales equivalen al gravámen⁶. Y lo propio milita si la hace de tercio y quinto, con la condicion de que si el hijo no consintiere el gravámen del mayorazgo hecho en el ter-

1 Ley 11. tit. 4. Part. 6. Baez. *De non me-
lior filiab.* cap. 9. n. 6.
2 Angul en dicha ley 1. glos. 10. n. 6 y
7. al fin. Cast. lib. 3. *Controv.* cap. 13.
n. 51. y sig.
3 Molin. dicho lib. 2. cap. 3. n. 7. y cap.
11. cit. 9.

4 Morquech. lib. y cap. cit. n. 9. Baez. di-
cho cap. 9. n. 60.
5 Baez. dicho cap. 9. n. 14. al 18. Covarr.
lib. 2. *Var.* cap. 19. n. 2. al 4.
6 Molin. dicho lib. 2. y cap. 11. n. 4. Mor-
quech. ibi. n. 12.

cio, no lleve el quinto, pues entónces ó deberá consentir el gravámen del tercio, ó perderá el quinto¹.

24. Las madres y abuelas, aunque no pueden mejorar á hijo ni descendiente alguno suyo por contrato sin licencia de su marido, tienen facultad de hacerlo estando viudas: y tambien cuando estan casadas, si sus bienes son libres de tal suerte que su marido no tiene el usufruto de ellos, pues teniéndolo, aunque será válida la mejora por lo tocante á su perfeccion y firmeza, y no se podrá revocar, siguiéndose su tradicion ó haciéndola por contrato ó causa onerosa con tercero; pero no en cuanto á privar á su marido de su usufruto, pues este debè quedarle para superar las cargas matrimoniales²; porque cuando alguno dona ó lega algo, se entiende donar y legar solamente el derecho que tiene en la cosa legada, salvo siempre el de otro³.

25. Pero si el marido asiente á la mejora despues, ó si muerto este la confirma la viuda, será válida. Si esta no la confirma quedará ineficaz, por la razon general de que el tiempo no legitima lo que desde un principio es nulo. Tampoco servirá que la muger al tiempo de hacer la mejora renuncie la ley 55 de Toro, que es la que le obliga á pedir licencia á su marido, por cuanto las renunciaciones han de ser de lo favorable, y no de lo adverso.

26. Aunque puede el mejorante consignar la mejora en fincas determinadas, como se dijo en el párrafo 2^o, esta consignacion la ha de hacer por sí mismo, y no servirá que la encargue á otros, pues lo prohíbe la ley 19 de Toro, que es la 3. tit. 6. lib. 5. R. ó 3. tit. 6. lib. 10. N.: y la razon es, porque la facultad y declaracion de ánimo es cierto derecho personalísimo coherente á la persona del ascendiente, por lo que no se puede ceder ni cometer á otro⁴. Sin embargo esta prohibicion parece que no se extiende hasta impedir que se deje al mismo mejorado la libertad de escoger los bienes de su mejora, por dos razones: 1^o porque la ley citada usa de estas palabras, *á otra persona alguna*, sin hacer mencion del hijo mejorado, y por eso no es creible que quisiera comprenderlo; así como en la obligacion general no se incluyen las cosas que deben expresarse especialmente, por no ser verosímil que pensase en ellas el que se obligó⁵: 2^o la facultad expresada redundará en utilidad de los hijos, y por lo mismo se debe ampliar en su beneficio⁶.

1 Molin. ubi. supr. n. 8. Baez. dicho cap.
9. n. 21. Téngase presente acerca de la
doctrina de este número, que hoy está pro-
hibida la fundacion de mayorazgos, como
se verá en el correspondiente lugar.—E.
2 Ley 25. tit. 11. Part. 4. Matienz. en la 2.
tit. 6. lib. 5. glos. 1.
3 *Si domus.* 71. § *Si fundus.* y *Non quo-*

cumque. 28. § 1. ff. *de leg.* 1. Gom. ley
18. de Toro. n. 3. Cast. en ella, n. 2.
Matienz. en dicha ley 2. tit. 6. y glos.
1. n. 2. y 3.
4 Gom. en la ley 19 de Toro, n. 2.
5 Arg. de la ley 5. t. 13. p. 5.
6 Sala *Ilustrac. al der.* lib. 2. tit. 6. n. 6.

27. Esta asignacion parece debe hacerse de suerte que los demas hijos no sean gravados en sus legitimas, ni por ella se les defrauden estas¹, como sucederia en caso de ser hecha la asignacion en todo lo mejor, mas fructifero y permanente, con presuncion de dolo por defraudar á los no mejorados; pero en este caso se debe reducir á albedrio de buen varon, y entenderse hecha la asignacion, no precisamente en todo lo referido y que lo peor sea para estos, sino en lo bueno y que quede tambien para ellos, por no ser justo que despues de ser mejorado el hijo, lleve los bienes mejores y fructiferos, y que sus hermanos despues de no serlo, quedándose con solo su legitima diminuta, lleven lo peor é infructifero. Si el testador manda que pueda el mejorado tomar de propia autoridad los bienes de su mejora, lo podrá hacer. Si prohíbe que la tome hasta que los testamentarios cumplan sus disposiciones, tambien será obedecida su voluntad, en cuanto no sea contra derecho.

28. Si el testador ha señalado en bienes determinados la mejora de tercio y quinto, ó del uno de estos solo, se ha de entregar al mejorado ó legatario (ya sea legitimo ó extraño) en los propios bienes en que se la señaló, y no en dinero. Lo cual se entiende, excepto que estos no puedan dividirse cómodamente, v. g. cuando naturalmente no admiten division, porque por la naturaleza tienen sus fines destinados, sin los cuales el individuo no puede subsistir, á la manera del ciervo, el caballo &c., ó cuando no se puede hacer la division sin daño de los mismos bienes, como sucede en el horno, molino, nave y otras cosas semejantes, pues en estos casos se le puede dar en dinero, para evitar que con la division sea dura y nociva la seperacion. Y si no la señaló, se ha de dar en la parte de hacienda que dejare. Así lo ordena la ley 20 de Toro, que es la 4 tit. 6 lib. 5 R., ó 4 tit. 6 lib. 10 N., la cual reforma el derecho comun en cuanto disponia que tuviese el heredero facultad de pagar los legados en dinero².

29. Pero es de advertir que cuando la hacienda no tiene cómoda division por alguna de las razones expuestas en el párrafo antecedente, no estan obligados los no mejorados á dar precisamente en dinero el tercio ó quinto á los que lo son, porque no les compele á ellos la ley, ántes bien lo deja á su arbitrio y voluntad, respecto que no dice que *deben*, sino que *puedan*; y así la pagarán en dinero ó en otros bienes de la herencia segun quisieren, como cuando se la señala, sin que el mejorado tenga accion á pedir que se le dé indispensablemente en dinero³.

1 Covarr. in cap. *Reynaldus*. § 2. n. 5. al fin. de testam. Mat. ley 3. dicho tit. 6. lib. 5. glos. 1. n. 2.

2 Gom. lib. 1. Var. cap. 12 n. 21.

3 Gom. en la 20 de Toro. n. fin. vers. Sed adverti.

30. Pero cuando la mejora recae en herederos extraños á falta de legitimos, el mejorado debe llevar indistintamente su mejora en los bienes que dejó el testador, y el heredero no tiene derecho á elegir; porque si teniendo descendientes, y dejando el quinto á extraño, debe hacerlo este en los propios bienes del testador, como dice la ley, con superior razon siendo todos extraños lo deberá llevar, pues para el caso lo mismo es que sea el quinto, que el cuarto, tercio, ú otra cuota ó parte de bienes. A mas de que cuando hay algunos casos de ley nueva, la disposicion de esta en uno se entiende y amplía á los demas⁴.

31. Aunque la legitima de los hijos y descendientes legitimos no puede ser gravada ni aun con condicion por sus padres⁵, si estos dejaren á algunos mas porcion que la que por ella les corresponde, se les permite poner en el exceso condiciones posibles y honestas⁶. Y respecto no ser legitima rigurosa de todos el tercio, si sus padres lo dejaren á alguno ó algunos, podian imponer en él para siempre ó por tiempo señalado á su arbitrio, en contrato ó en última voluntad, sin distinguir de cuarta ni quinta generacion, el gravámen de restitucion, incompatibilidad y fideicomiso, y no otro alguno en propiedad ni usufruto, con los vínculos, sumisiones y sustituciones que les pareciere, con tal que fuese con arreglo á las disposiciones legales⁷. Pero en el quinto no solo pueden poner el gravámen referido, sino otro cualquiera posible y honesto, y hacer lo que quisieren de él, sin estar obligados á observar el orden y llamamientos expresados, porque es suyo privativo, ninguna ley les precisa á ello, ni sus descendientes tienen el mas leve derecho á que se lo deje⁸.

32. Si el padre mejora á un hijo en el tercio y quinto de sus bienes por última voluntad, y le impone el gravámen de restituirlo á otro hijo ó descendientes en época determinada, y despues en el artículo de la muerte hace simplemente las mismas mejoras en favor de otro hijo, quedará removido el gravámen impuesto al primero, porque en el hecho mismo de no haberlo expresado, se entiende haber sido su voluntad removerlo⁹.

33. Será mejora tácita de un hijo emancipado el que su padre le entregue cierta cantidad de dinero para que plante viña ú olivar en suelo suyo ó fabrique edificio, y tambien cuando compra alguna cosa en nombre del hijo y se la entrega⁷.

1 Gom. lib. 1. Var. cap. 12. n. 21. vers. Advertend. tamen est.

2 L. 17. al fin. tit. 1. ley 11. tit. 4. y leyes 4. y 7. tit. 11. part. 6.

3 Dicha ley 11. tit. 4. part. 6.

4 L. 11. tit. 6. lib. 5. R., ó 11. tit. 6. lib. 10. N.

5 Avendaño en la ley 27 de Toro. Angol. en dicha ley 11. gl. 3 y 16.

6 Cast. en la ley 27 de Toro. n. 11. vers. Sed quaero.

7 Masc. conclus. 554, na. 52 y 53. vol. 2. De probat.

34. Lo mismo procede si su madre lo redime del cautiverio¹; ó si no teniendo ni administrando bienes suyos le da alimentos; pues se presume que lo practica movida de piedad y con ánimo de hacerle donacion², cuya presuncion es por razon de la sangre y conjuncion de personas, y por favor de los alimentos, en los cuales se considera grande equidad y estudio de los padres para que sus hijos no perezcan: así no se les deben imputar en su legítima estas y otras donaciones semejantes, sino estimarse por mejorados en ellas hasta en lo que permite la ley, no constando lo contrario de la voluntad del donante, de lo cual se trata mas latamente en el punto de las colaciones.

35. Se entiende que hay mejora, cuando el padre testando entre hijos, nombra á uno ó mas por sus universales herederos, preteriendo absolutamente, ó injustamente exheredando á los restantes, ó instituyendo á todos, pero dejando á alguno ó algunos menor parte de herencia que la que por sus legítimas debe corresponderles; en cuyo caso aquel hijo ó hijos instituidos por universales herederos, no solo percibirán su legítima, sino que se conceptuarán mejorados en el tercio y quinto, si el testamento contiene la *cláusula codicilar*, cuyos efectos se explican en su capitulo correspondiente, y la solemnidad de testigos que prefine la ley, y no de otra suerte: y los preteridos, ya sean los que á la sazón viven, ó los que viviendo su padre nacen despues de la institucion, y no fueron nombrados específica ni genéricamente, ó los injustamente exheredados ó perjudicados en su legítima, percibirán únicamente esta diminuta, porque su padre careció de potestad para privarles de ella, gravársela y desfalcársela³; pues la cláusula codicilar hace que el testamento valga del modo que por derecho pueda valer, que segun el nuestro es el expuesto, sobre lo cual he visto caso práctico así resuelto; pero nombrándolos, aunque no sea sino genéricamente, no procederá lo explicado.

36. Si el padre ó la madre estando poseyendo alguna finca con el gravámen de no enagenarla, y con obligacion de restituirla á cualquiera de sus hijos, mejorasen á alguno de ellos en el tercio y quinto de sus bienes, y falleciesen sin hacer la restitucion ni mencionar la finca, no llevará en ella el mejorado la parte que le cabria en la mejora, sino que por igual se repartirá entre todos. La razon es porque la mejora se extiende en los bienes propios del mejorante, y la finca no lo era: ademas la omision de su restitucion individual hace que se presuma que quiso se distribuyese entre todos, pues el grava-

1 Decio consil. 623. n. 8. Alciat. regul. 1. praesumpt. 32. n. 2. Menoch. *De arbitr.* cas. 88. n. 29.

2 L. penult. tit. 12. part. 5.
3 Gom. en la ley 3. de Toro, n. 86.

do á restituir indistintamente á alguno de su familia, puede hacer la restitucion á dos ó mas individuos de ella¹.

37. El mejorado en tercio ó quinto puede repudiar la herencia y aceptar la mejora, satisfaciendo primero de prorata las deudas del difunto, y quedando obligado en los mismos términos á las que pueden aparecer en lo sucesivo²; pero en la deduccion de la mejora se ha de atender al valor de los bienes á la muerte del testador, y no al que tenían en el tiempo en que fué mejorado³.

38. Mejorando el padre ó la madre por última disposicion en el tercio y quinto de sus bienes á dos ó mas hijos, si el uno de ellos fallece ó repudia su parte, ó por otro motivo deja de llevarla, se acrece á los demas mejorados; por lo que dividirán entre sí la mejora íntegra, como si solos lo hubieran sido, porque fueron conjuntos en la cosa y palabras, pues lo mismo se observa en los legados⁴.

39. Lo propio milita cuando son conjuntos solamente en la cosa: v. g. si dice el testador: *Mejoro á mi hijo Pedro en el tercio y quinto de mis bienes: ó lego tal heredad*, y luego dice tambien: *Mejoro á mi hijo Juan en el tercio y quinto de mis bienes, ó le lego la misma heredad*: ó cuando lo son en las palabras, v. g. si dice: *Mejoro ó lego á mis hijos Pedro y Juan en el tercio y quinto de mis bienes por partes iguales*; pues en todos estos casos si el uno fallece ó repudia su parte, ó interviene otro motivo por el cual no deben llevarla, se acrece al otro⁵.

40. Y si los mejoró por contrato en sanidad, se ha de distinguir: ó fué revocable ó irrevocable la mejora: si fué revocable, sin entregarles la posesion de los bienes de su importe ni escritura en que se hizo, ha lugar tambien el derecho de acrecer entre ellos, porque esta mejora es á manera de legado, y en cierto modo retiene la naturaleza de hecha en testamento ó en otra última voluntad, por poderse revocar hasta la muerte, con la cual, y no ántes, se confirma⁶; pues aunque por derecho comun no ha lugar el de acrecer en los contratos lucrativos⁷, porque en ellos se hace interpretacion estricta, y en las últimas voluntades lata⁸, y segun el mismo derecho y el de las Partidas⁹, solo ciertas personas podian estipular por otro; pero hoy como por la ley estipulada¹⁰ estan corregidas en esta parte ambos de

1 Ayor. part. 2. q. 27.

2 L. 5. tit. 6. lib. 5. R., ó 5. tit. 6. lib. 10. N.

3 LL. 7. tit. 6. lib. 5. R., ó 7. tit. 6. lib. 10. N.

4 L. 33. tit. 9. part. 6.

5 LL. cit. Morq. *De divis.* lib. 3. cap. 10. n. 1. al 3.

6 Palac. Rub. en la ley 44. de Toro n. 2.

7 Greg. Lop. en la 43. tit. 5. part. 5. gl. 5.

8 L. Si mihi et tertio. ff. *De verbor. obligat.*

ley Aquam. ff. *quemadmodum servitutes amittant.* L. Si duo patroni. ff. *De jure jurand.*

8 L. In testam. ff. *De regul. jur.* L. Quidquid astringendo. ff. *De verbor. obligation.*

9 L. 7. tit. 11. part. 5. L. Stipulatio isto. §. Alteri. ff. *De verbor. obligat.* y §. Si quis alium. Institut. *De inutil. stipulat.*

10 L. 2. tit. 16. lib. 5. R., ó 1. tit. 1. lib. 10. N.

rechos, y segun ella puede uno prometer por otro¹, debe tener lugar el de acrecer en la mejora referida, pues en los contratos lo tiene², y principalmente concurriendo, como en este caso concurren, el afecto y amor del padre, que obran mucho acerca de este derecho³. Por lo que si el testador lega cierta cantidad en dote á dos ó mas hijas juntamente, muerta la una, ha lugar el derecho de acrecer á favor de la viva: y así la llevará íntegra, como si todo se la hubiera legado, pues esto proviene de la voluntad del testador, el cual se presume que así lo hubiera hecho y mandado⁴.

41. Pero si el padre ó madre mejoraren por contrato irrevocable en sanidad á dos ó mas hijos en el tercio y quinto de todos sus bienes, entregándoles la escritura de mejora, y los mejorados la aceptaren, y despues viviendo el padre falleciere sin sucesion uno de ellos (por cuya razon recaerá toda su hacienda en su padre, como su legítimo y único heredero segun la ley 6 de Toro), aunque el que sobreviva pretenda la parte de su hermano muerto, no la llevará, porque cuando la herencia ó mejora se acepta, no tiene lugar el derecho de acrecer, pues este por razon de la parte vacante y presunta voluntad del testador se introdujo: y como por la tradicion de la escritura y su aceptacion se transfirió con igualdad en los hijos mejorados la posesion y dominio de los bienes de la mejora, cada uno consigne su porcion, y por tanto cesa el derecho de acrecer, excepto en el usufruto⁵; por eso no debe el que sobrevive llevar mas que la parte que aceptó, que es la mitad de la mejora, pues la otra mitad se hizo del padre en virtud de dicha ley.

42. Si los padres hicieren donacion por testamento de alguna cantidad ó finca á cualquiera de sus hijos sin emplear la palabra *mejora*, se entiende mejorado en aquella, si no excediere del tercio y quinto, pues si excediere se le descontará en parte de su herencia, como queda dicho⁶. Lo mismo sucederá si la donacion fué *inter vivos*, siempre que no se hable de ella en el testamento, pues si en él expresan los testadores en su respectivo caso, que lo que le donaron se traiga á colacion y particion á cuenta de su legítima, se entenderá que no quisieron mejorarle.

43. Las mejoras de tercio y quinto son válidas, aunque el testamento del que las hizo se rescinda por pretericion ú omision, ó bien por desheredacion, del mismo modo que se ha dicho acer-

¹ Rodrig. Suar. en la ley *Quoniam in prioribus*. q. 8. col. 4. Cod. *De inoff. testam.* Covar lib. 1. Var. cap. 14. n. 13. Greg. Lop. en la 7. tit. 11. part. 5. gl. 1 y 2. en la 48. tit. 5. part. dicha gl. 1.
² Gutier. in *Repet. leg. unic. Cod. Quando non petentium partes*. n. 86. Ayllon. ad Gom. lib. 1. Var. cap. 10. n. 8.

³ Men. lib. 4. praesumpt. 149. al fin.
⁴ Palac. Rub. in cap. *Per vestras* § 24. n. 8. Men. praesumpt. 149. al fin lib. 4.
⁵ Greg. Lop. en la ley 33. tit. 9. part. 6. Gom. lib. 1. Var. cap. 10. n. 6.
⁶ L. 10. tit. 6. lib. 5. R. 6 10. tit. 6. lib. 10. N.

ca de otras disposiciones que tienen siempre valor como últimas voluntades¹.

44. Si el ascendiente mejora en el quinto de sus bienes por donacion pura *inter vivos* á alguno de los legítimos descendientes, y á otro por testamento ó última voluntad, y no dispone del tercio, serán válidas ambas mejoras, sin embargo de que la ley 28 de Toro prohíbe á los ascendientes mandar mas de un quinto en vida y muerte². La razon es porque si tiene facultad para mejorar á alguno ó algunos de ellos en el tercio y quinto de sus bienes libres, claro es que debe tenerla para disponer de los dos quintos, los cuales componen menor cantidad que el quinto y tercio, redundando el exceso en beneficio de los otros herederos, cuya legítima respectiva recibe aumento y no gravámen³.

45. Si mejora únicamente en el tercio á alguno ó algunos de sus descendientes legítimos, mandando que el mejorado pague algunas mandas ú otros gastos, y no ha dispuesto del quinto, estará obligado este á sufrir dicho gravámen hasta la cantidad del quinto, y no mas, porque el exceso es parte del tercio, y este legítima de los coherederos, á que no se ha de tocar en detrimento suyo.

46. Si los bienes del tercio y quinto se entregaron en vida al mejorado en uno y otro, tendrá esta obligacion de pagar los gastos del funeral y misas, pero no los legados que dejó dispuestos el testador, porque no tuvo libertad de dejar ninguno. Pero si al tiempo de la donacion impuso al mejorado *inter vivos* en tercio y quinto la condicion de pagar los legados de su testamento, tendrá que cumplirla hasta donde alcance el quinto, y no mas. Se advierte que si los mejorados son muchos, y el testador no expresa entre ellos diferencia alguna, debe distribuirse igualmente entre todos la mejora.

¹ L. 8. tit. 6. lib. 5. R. 6 8. tit. 6. lib. 10. N. | ³ Mat. en la ley 12. tit. 6. lib. 5. R.
² Gom. en la ley 17. de Toro n. 22.

CAPITULO V.

De la revocacion de las mejoras.

¹ Los padres pueden por su sola voluntad revocar la mejora del tercio, ya sea hecha entre vivos ó en testamento, hasta su muerte.

² La revocacion se hace por medio de palabra ó por hechos, cual es

la enagenacion.

³ Se presume revocada la mejora, cuando el mejorante se despropia de la finca ó alhaja en que consiste, á ménos que sea por urgencia ó causa onerosa.

rechos, y segun ella puede uno prometer por otro¹, debe tener lugar el de acrecer en la mejora referida, pues en los contratos lo tiene², y principalmente concurriendo, como en este caso concurren, el afecto y amor del padre, que obran mucho acerca de este derecho³. Por lo que si el testador lega cierta cantidad en dote á dos ó mas hijas juntamente, muerta la una, ha lugar el derecho de acrecer á favor de la viva: y así la llevará íntegra, como si todo se la hubiera legado, pues esto proviene de la voluntad del testador, el cual se presume que así lo hubiera hecho y mandado⁴.

41. Pero si el padre ó madre mejoraren por contrato irrevocable en sanidad á dos ó mas hijos en el tercio y quinto de todos sus bienes, entregándoles la escritura de mejora, y los mejorados la aceptaren, y despues viviendo el padre falleciere sin sucesion uno de ellos (por cuya razon recaerá toda su hacienda en su padre, como su legítimo y único heredero segun la ley 6 de Toro), aunque el que sobreviva pretenda la parte de su hermano muerto, no la llevará, porque cuando la herencia ó mejora se acepta, no tiene lugar el derecho de acrecer, pues este por razon de la parte vacante y presunta voluntad del testador se introdujo: y como por la tradicion de la escritura y su aceptacion se transfirió con igualdad en los hijos mejorados la posesion y dominio de los bienes de la mejora, cada uno consigne su porcion, y por tanto cesa el derecho de acrecer, excepto en el usufruto⁵; por eso no debe el que sobrevive llevar mas que la parte que aceptó, que es la mitad de la mejora, pues la otra mitad se hizo del padre en virtud de dicha ley.

42. Si los padres hicieren donacion por testamento de alguna cantidad ó finca á cualquiera de sus hijos sin emplear la palabra *mejora*, se entiende mejorado en aquella, si no excediere del tercio y quinto, pues si excediere se le descontará en parte de su herencia, como queda dicho⁶. Lo mismo sucederá si la donacion fué *inter vivos*, siempre que no se hable de ella en el testamento, pues si en él expresan los testadores en su respectivo caso, que lo que le donaron se traiga á colacion y particion á cuenta de su legítima, se entenderá que no quisieron mejorarle.

43. Las mejoras de tercio y quinto son válidas, aunque el testamento del que las hizo se rescinda por pretericion ú omision, ó bien por desheredacion, del mismo modo que se ha dicho acer-

¹ Rodrig. Suar. en la ley *Quoniam in prioribus*. q. 8. col. 4. Cod. *De inoff. testam.* Covar lib. 1. Var. cap. 14. n. 13. Greg. Lop. en la 7. tit. 11. part. 5. gl. 1 y 2. en la 48. tit. 5. part. dicha gl. 1.
² Gutier. in *Repet. leg. unic. Cod. Quando non petentium partes*. n. 86. Ayllon. ad Gom. lib. 1. Var. cap. 10. n. 8.

³ Men. lib. 4. praesumpt. 149. al fin.
⁴ Palac. Rub. in cap. *Per vestras* § 24. n. 8. Men. praesumpt. 149. al fin lib. 4.
⁵ Greg. Lop. en la ley 33. tit. 9. part. 6. Gom. lib. 1. Var. cap. 10. n. 6.
⁶ L. 10. tit. 6. lib. 5. R. 6 10. tit. 6. lib. 10. N.

ca de otras disposiciones que tienen siempre valor como últimas voluntades¹.

44. Si el ascendiente mejora en el quinto de sus bienes por donacion pura *inter vivos* á alguno de los legítimos descendientes, y á otro por testamento ó última voluntad, y no dispone del tercio, serán válidas ambas mejoras, sin embargo de que la ley 28 de Toro prohíbe á los ascendientes mandar mas de un quinto en vida y muerte². La razon es porque si tiene facultad para mejorar á alguno ó algunos de ellos en el tercio y quinto de sus bienes libres, claro es que debe tenerla para disponer de los dos quintos, los cuales componen menor cantidad que el quinto y tercio, redundando el exceso en beneficio de los otros herederos, cuya legítima respectiva recibe aumento y no gravámen³.

45. Si mejora únicamente en el tercio á alguno ó algunos de sus descendientes legítimos, mandando que el mejorado pague algunas mandas ú otros gastos, y no ha dispuesto del quinto, estará obligado este á sufrir dicho gravámen hasta la cantidad del quinto, y no mas, porque el exceso es parte del tercio, y este legítima de los coherederos, á que no se ha de tocar en detrimento suyo.

46. Si los bienes del tercio y quinto se entregaron en vida al mejorado en uno y otro, tendrá esta obligacion de pagar los gastos del funeral y misas, pero no los legados que dejó dispuestos el testador, porque no tuvo libertad de dejar ninguno. Pero si al tiempo de la donacion impuso al mejorado *inter vivos* en tercio y quinto la condicion de pagar los legados de su testamento, tendrá que cumplirla hasta donde alcance el quinto, y no mas. Se advierte que si los mejorados son muchos, y el testador no expresa entre ellos diferencia alguna, debe distribuirse igualmente entre todos la mejora.

¹ L. 8. tit. 6. lib. 5. R. 6 8. tit. 6. lib. 10. N. | ³ Mat. en la ley 12. tit. 6. lib. 5. R.
² Gom. en la ley 17. de Toro n. 22.

CAPITULO V.

De la revocacion de las mejoras.

¹ Los padres pueden por su sola voluntad revocar la mejora del tercio, ya sea hecha entre vivos ó en testamento, hasta su muerte.

² La revocacion se hace por medio de palabra ó por hechos, cual es

la enagenacion.

³ Se presume revocada la mejora, cuando el mejorante se despropia de la finca ó alhaja en que consiste, á ménos que sea por urgencia ó causa onerosa.

- 4 Si el mejorante compra una finca con el dinero en que hizo mejora, y luego la vende, se presume revocada esta.
- 5 Si el padre lega ó dona á un hijo finca en que esté mejorado otro en tercio y quinto, se revoca la mejora en el importe de la finca.
- 6 Mejorado un hijo con el fin de que se case, y muere la novia, se entiende revocada la mejora.
- 7 Excepcion de la doctrina precedente.
- 8 Si mejorado un hijo se enemista despues con su padre, cesa la mejora.
- 9 Si un padre mejora á su hijo único, y le nacen despues otros, parece revocarse la mejora.
- 10 Razones que hacen mas probable la opinion contraria.
- 11 Casos en qué la mejora es irrevocable.
- 12 Siempre se tiene por revocable la mejora del quinto.
- 13 Será ó no revocable la mejora de que se está en posesion respecto de los bienes futuros que adquiera el mejorante?
- 14 Sobre el mismo asunto.
- 15 La mejora se convierte en donacion irrevocable, cuando entregada la cosa en que consiste, no se hace mencion de mejora ni del instrumento en que fué hecha.
- 16 Si un hijo es mejorado en testamento y otro en codicilo, se sosten-

drán á partes iguales ambas disposiciones.

- 17 Lo mismo sucede si las dos mejoras se hicieron en un mismo instrumento.
- 18 Si el padre mejora á un hijo en créditos, y luego los cobra y con su importe compra una finca, se entiende la mejora sustituida en ella.
- 19 Si es mejorado el hijo en testamento, y en codicilo se le lega una finca diciendo que se contente con ella, cesa la mejora.
- 20 Si la finca de la mejora sirve despues de hipoteca, no se revoca la mejora, á ménos que el empeño sea tan cuantioso que equivalga á venta.
- 21 Si un padre vende la finca en que ha mejorado á un hijo, y mas adelante la vuelve á comprar, convalence la mejora.
- 22 Si un padre vende la finca de la mejora y con su importe compra otra, se subroga la segunda en su lugar.
- 23 Se conceptúa cláusula revocatoria de una mejora el que despues exprese el padre querer que sus herederos partan la herencia con igualdad.
- 24 Casos en que se revocan las mejoras por ingratitud.
- 25 Esta accion es personal del mejorante; casos en que compete tambien á sus herederos.

1. **N**o porque los hijos y demas descendientes legítimos sean mejorados por contrato ó por última voluntad se hacen al instante dueños de los bienes de la mejora en términos que esta sea irrevocable. Los mejorantes pueden revocar la del tercio hasta su muerte, bien sea por su libre y espontánea voluntad, bien porque hayan los mejorados incurrido para ello en alguno de los excesos por que la ley les impone dicha pena. Hablarémos por su orden de uno y otro caso. Del primero trata la ley 17 de Toro, que es la l.^a t. 6 l. 5 R. 6, 1. tit. 6. lib. 10. N., diciendo: *Cuando el padre ó la madre mejoraré alguno de sus hijos ó descendientes legítimos en el tercio de sus bienes, en testamento ó en otra postrimera voluntad, ó por otro algun contrato entre vivos; hora el hijo esté en poder del padre que*

hizo aquella mejoría ó no, fasta la hora de la muerte la puede revocar cuando quisiere &c. Lo cual se entiende aunque le entreguen la posesion de los bienes en la mejora contenidos, si la hicieron en testamento ó en esta última voluntad, y mucho mas si hacen mencion de esta, porque la entrega, como accesoria á la disposicion en cuya virtud se hace, sigue su naturaleza y vicisitudes¹: pero téngase entendido que la revocacion de la mejora ha de aparecer muy clara, y que la prueba le toca á quien afirma que existe.

2. La revocacion se puede hacer de dos modos: el primero, *por palabras expresas*, y entónces no hay duda que es válida por la ley, pues para ello concede facultad al mejorante; y respecto á usar de esta cesa la mejora. El segundo modo es de *hecho*, que es por la enagenacion, en cuyo caso cesa tambien; porque si por las palabras se revoca, con superior razon por la enagenacion de la cosa donada, por ser mas poderosa la enagenacion que consiste en hecho que la que consiste en meras palabras². Si la mejora se hizo de cuota cierta, v. gr. del tercio en general, y enagena dicha cuota el mejorante, se entiende revocada la mejora; si solo enagena parte de ella, la mejora quedará disminuida en la cantidad enagendada. Para que la enagenacion de la mejora induzca revocacion, ha de ser hecha de título *lucrativo*, pues esta supone voluntad libre; pero no si fué por título *oneroso*, porque supone necesidad mientras no se pruebe lo contrario³.

3. Si la mejora está consignada en finca ó alhaja, se presume revocada cuando despues la enagena el mejorante voluntariamente⁴. Lo cual se entiende aunque la enagenacion sea inútil⁵; mas no por la promesa de venderla, ni por arrendarla por tiempo largo⁶. Pero si tiene necesidad de hacer la enagenacion, ya sea por urgencia propia ó por otra causa onerosa, no se revocará, pues en duda se presume haberla tenido, á ménos que se pruebe lo contrario⁷.

4. Si el padre mejora á un hijo suyo en cierta suma que tiene en parte determinada, v. gr. en un cofre, y con ella compra despues una finca y la vende, se contempla revocada la mejora, porque ya no existe el dinero ni lo que con él se compró y subrogó en su lugar. Pero si la finca permanece en su poder al tiempo que muere, no se presume revocada; y así llevará el hijo

1 Gom. en la ley 17 de Toro, n. final. Matienz. tit. 6. lib. 5. Rec. glos. 4. Hieron. Gabriel conf. 105. núm. 4. lib. 1.

2 Matienz. en la ley 10. tit. 6. lib. 5. glos. penult. núm. 8.

3 L. 40. tit. 9. Part. 6. al fin. Gom. lib. 1. Var. cap. 12. núm. 56.

4 LL. 17 y 40. tit. 9. Part. 6.

5 Covarr. *De testam.* Part. 2. núm. 21., y part. 3. núm. 49.

6 Alex. conf. 136. núm. 3. y cons. 188. al fin. lib. 6. Menoch. pres. 167. núm. 45. y 93. lib. 5.

7 L. 40. al fin. tit. 9. Part. 6. Tello en la 17 de Toro núm. 122. Gom. lib. 1. Var. cap. 12. núm. 56.

la finca¹, porque no está consumido lo que se halla empleado en el cuerpo del patrimonio: y lo propio milita si la trueca por otra.

5. Si un padre lega ó dona á un hijo cierta cantidad ó finca, y despues mejora á otro en tercio ó quinto, se entenderá revocada la mejora en el importe de la suma donada ó legado; previniendo que siempre que por la enagenacion del legado no se revoque la mejora, se debe dar al mejorado el importe de la cosa legada, salvas las legítimas de sus hermanos².

6. Cuando el padre mejoró á algun hijo en el tercio de sus bienes para en el caso de que se casase con cierta muger, si esta fallece ántes de verificarse el matrimonio, se conceptúa revocada la mejora, porque la causa impulsiva y final de hacérsela su padre fué el mismo matrimonio, el cual cesando ó no verificándose, cesa la mejora³.

7. Lo cual se entiende excepto que conste haber sido hecha no solo por causa del matrimonio, sino por contemplacion del hijo, pues en este caso no se revoca la mejora por no verificarse el matrimonio⁴; y en duda mas se presume hecha por atencion al hijo que al casamiento (al modo que el legado que se conceptúa hecho por afecto al legatario), porque el amor del padre hácia su hijo influye y estimula á creer que por este lo hizo, así como el del marido hácia su muger⁵.

8. Si despues de haber mejorado el padre á su hijo interviene entre los dos grande enemistad, se presume revocada la mejora⁶. Lo cual procede aunque luego otorgue codicilo, y en él ninguna mencion haga de ella, pues todavía se juzga revocada⁷, y segun la comun y mas verdadera opinion, aun quando el mismo padre haya dado motivo para que su hijo se enemiste con él⁸, excepto que despues se reconcilien, pues por la reconciliacion convalence⁹.

9. Si el padre hace á su hijo único mejora revocable del tercio y quinto de sus bienes, y le entrega la mayor parte de estos, y

1 Menoch. cons. 144. núm. 34. vol. 2.

2 Matienz. ley 10. tit. 6. lib. 5. Rec. LL. 17. 40. tit. 9. Part. 6.

3 Decio cons. 485. núm. 7. y cons. 601. núm. 2. Anchar. cons. 137. núm. 2. vers. *La dubio*. Socin. Junior cons. 58. núm. 2. cons. 64. núm. 4. lib. 3. y cons. 108. núm. 5. y 6. vol. 1.

4 Menoch. cons. 156. núm. 10. y sig. lib. 2. Cephal. cons. 429. núm. 34. y sig. lib. 3. y Ruin. cons. 38. núm. 6. lib. 2.

5 Decio cons. 601. al fin. Socin. Senior cons. 69. núm. 5. lib. 1. Menoch. cons. cit. núm.

9. Morquech. lib. 3. cap. 4. núm. 29. al 31.

6 Gom. lib. 1. Var. cap. 12. núm. 56. Menoch. cons. 30. núm. 17. lib. 1.

7 Aretin. cons. 93. núm. 5. Mantie. *De conjec.* lib. y tit. dichos. núm. 2.

8 Pal. Rub. in Rubr. *de donat.* § 70. núm. 9. y § 78. núm. 57. Covarr. in Rubr. *de testam.* part. 2. núm. 10. vers. *Ex premisis*. Mantie. ubi sup. núm. 9. y 14.

9 Gom. lib. 1. Var. cap. 12. y num. 56. dichos. Menoch. praesunt. 170. núm. 13. lib. 5.

luego le nacen otros hijos, ¿se revocará esta donacion y mejora en todo ó parte por su supernacencia? Parece que sí¹; porque aun la donacion que se hace con consentimiento de dos no se puede revocar sin el del donatario, y una vez perfecta es irrevocable: se revoca no obstante por el superveniente nacimiento de los hijos, con superior razon y mas facilidad se debe revocar la mejora, que con sola la voluntad del mejorante puede ser revocada como el legado².

10. Sin embargo de lo expuesto y de las razones de los autores citados, no es lo que en el presente caso se debe seguir; por lo que no se revocará la donacion ó mejora por la mera supernacencia de mas hijos al mejorante, porque por ellas no son gravados en su legítima necesaria ó rigurosa, y cuando el padre la hizo fué con el conocimiento de que podía procrearlos, y así en cuanto á la sustancia vale desde el principio, aunque el hijo mejorado sea único: bien que entónces no puede llamarse propiamente mejora; pero esto no vicia la sustancia de la donacion, y solo hace que la mejora que al principio vale como donacion, se sostenga y conserve como mejora por voluntad del mejorante, para en el caso de tener mas hijos. Y aunque es constante que por el posterior nacimiento de estos, al donante se revoca la donacion³, esto es, quando la hizo á extraños y no los tenia; pero siendo hecha á hijos la revocan los hermanos supervenientes en cuanto al aumento de su legítima solamente: quiero decir, que la parte que á estos toque de legítima, llevará de ménos el mejorado, porque son mas partícipes interesados en número á la herencia, y cuantos mas á ménos les toca.

11. Aunque el mejorante puede revocar la mejora hecha en sanidad lo mismo que en testamento, se exceptuan cuatro casos en que la ley no se lo permite, y la mejora del tercio se hace irrevocable. El primero, quando el mejorante puso por sí mismo en posesion al mejorado de la cosa en que le consignó la mejora, y si es de cuota (v. gr. el tercio), de los efectos que lo componen; ó *fictamente*, que es por cláusula de *constituto* (qué cláusula sea esta, se explica en el párrafo 13). El segundo, quando le entrega ante escribano la escritura de mejora. El tercero, quando el contrato se celebró con un tercero y medió causa onerosa, como casamiento ú otra semejante⁴. En estos tres casos es irrevocable la mejora, á ménos que el mejorante se reservase por cláusula expresa la facultad de revocarla, ó concurra alguna de las causas por las que segun nuestras leyes pueden revocarse las donaciones

1 L. 8. tit. 4. Part. 5.

2 Socin. cons. 93. Alex. const. 41. núm. 6. vol. 1.

3 L. 8. tit. 4. Part. 5.

4 L. 17. de Toro que es la ley 1. tit. 6. lib. 5. R., ó 1. tit. 6. lib. 10. N.

perfectas. El cuarto caso (del cual no habla la citada ley) es cuando el instrumento que se hace se afirma y corrobora con juramento, siempre que no sea contra las buenas costumbres, ni redunde en perjuicio de tercero¹.

12. Discuerdan los autores acerca de si puede haber mejora irrevocable respecto del quinto, pues la ley habla solo del tercio. Los que niegan la irrevocabilidad de este caso, se fundan en que siendo el quinto lo único de que un padre puede disponer con libertad, se quedaria sin bienes, y por consiguiente imposibilitado de testar, sobre cuyo punto véanse los autores².

13. Si el padre y la madre ó alguno de ellos mejoraron á un hijo en el tercio de sus bienes, le entregaron la posesion respectiva de los que tenían y lo completaban, y despues adquirieron otros muchos en cuyo caso se amplía á ellos esta mejora, se pregunta, ¿si serán revocables respecto de los adquiridos posteriormente, de que no le entregaron ni por falta de existencia en su poder pudieron entregarle la posesion, y por consiguiente si podrán revocarla? Y se responde que si la mejora fué hecha por causa onerosa de matrimonio, y no se limitó á ciertos bienes, ni miró mas á los que entónces tenían que á los que despues adquiriesen, ó si le entregaron la escritura de mejora, no la pueden revocar; ni tampoco si le entregaron simple y généricamente la posesion de esta, de tal suerte que se puede extender á los bienes futuros, v. gr. *constituyéndose poseedores de ella en nombre del hijo*: porque siendo como es propio de la naturaleza de la mejora el que se amplie á estos, surte el mismo efecto la cláusula de *constituto*, y se extiende á los adquiridos despues, ya el mejorante diga expresamente *que se constituye poseedor de la mejora por los presentes y futuros*, ó ya lo haya hecho simplemente y solo diga *que se constituye poseedor en nombre de su hijo*, pues en ambos casos versa la misma regla y razon³.

14. Y si le entregaron la posesion de la mejora, limitada solamente á los bienes presentes, y despues adquirió otros, en los cuales se juzga mejorado el hijo, parece que en cuanto á estos será revocable por la limitacion expresa de tradicion de posesion á los presentes; pero no obstante de ningun modo se puede revocar, porque por lo mismo que es perfecta é irrevocable respecto de los bienes presentes, lo es tambien respecto de los futuros, y se amplía á estos⁴.

1 Tello, Gomez y Cifuentes, en la ley citada. Angulo *De melior.* en la ley 1. tit. 6. lib. 5. R. glos. 8. y sig.
2 Gom. ley 17. de Tero, núm. 10. Greg. Lop. en la 3. tit. 4. Part. 5. Gutierr. ley 2. tit. 6. lib. 5. R. y otros.
3 Gom. en dicha ley 17. núm. 11 y 12. Greg.

Lop. en la 5. tit. 13. Part. 5. glos. fin. y en la 9. tit. 30. Part. 3. glos. fin. Tiraquel *De cons.* part. 1. ampliat. 32. núm. 1. Mat. en la 2. tit. 9. ley 5. glos. 3. núm. 19. y en la 1. tit. 6. glos. 4. núm. 11.
4 Gom. ibi núm. 13. Molin. *De prim.* lib. 4. cap. 2. núm. 21.

15. Si el padre ha mejorado en testamento, donacion por causa de muerte, ó en otra última voluntad á un hijo y despues le entregó los bienes de la mejora, sin hacer conmemoracion ó mencion de ella ni del instrumento en que se hizo, se convierte por la entrega en verdadera donacion en sanidad, y se constituye irrevocable; pero si se hizo conmemoracion de ella y del instrumento, se puede revocar; y tambien aunque no la haga si al instante que lo otorgó se los entregó, porque es visto habérselos entregado en virtud y á consecuencia de él, por lo que debe seguir su naturaleza¹.

16. Si un padre mejoró en su testamento á un hijo ó descendiente legítimo en el tercio de sus bienes, ó en el tercio y quinto, y despues en codicilo á otro, no se entiende haber revocado la mejora en el codicilo, y por consiguiente ser excluido de su percibo el primero, y que el segundo solo ha de llevarla, miéntras no lo exprese; ántes bien concurrirán ambos igualmente á su goce, como si á un propio tiempo y en una cláusula fueran mejorados, al modo que se debe hacer en el legado del fundo hecho en estos términos.

17. Lo mismo procede con mayor razón si en el propio testamento ó en otro acto incontinenti celebrado hiciere el padre mejora ó prelegado á dos hijos con separacion; pues aunque no se niega que puede mudar su voluntad y revocarlo, no se presume haberlo hecho miéntras no lo diga, porque el amor de él para con sus hijos es igual regularmente, y no es creible que sin motivo quisiese retractarse al instante de lo que acababa de practicar².

18. Si el padre mejora á un hijo en el tercio, ó en él y en el quinto, y por parte de su importe le consigna los créditos que tiene contra ciertos deudores, y despues de hecha la mejora cobra y deposita su importe, ó con él compra alguna finca ú otra cosa, no se entiende revocada la mejora en esta parte; ántes bien el dinero depositado, ó la finca con él comprada y existente en su poder al tiempo de su muerte, se subroga en lugar de los créditos, y así la llevará el mejorado³.

19. Mejorando el padre á un hijo en testamento, si despues en codicilo le lega una finca y manda que se contente con esta, se presume revocada la mejora; y así por razon de mejorado no llevará mas que la finca, ya equivalga ó no su valor al de mejora. Pero si en el mismo testamento le hiciere legado de la finca, no se juzgará

1 Acev. en la ley 1. tit. 6. lib. 5. R. núm. 28. Gom. ibi núm. 24. y lib. 1. Var. cap. 12. núm. 4. Matienz. en dicha ley 1. glos. 4. núm. 26 y 27. Morq. ley 3. cap. 6. desde el núm. 63. al 71. Covarr. in *Rubr. de testam.* part. 2. núm. 21. Molin. dicha cap. 2. núm. 19.

2 Alex. cons. 47. núm. 18. vol. 1. Corn.

3 cons. 308. vol. 1. Matienz. *De coniect. ultim. volunt.* lib. 12. tit. 1. núm. 2. Masc. *De probat.* vol. concl. 128. núm. 13 y 14.
3 Masc. concl. 1281. núm. 89 y 132. Meno. h. cons. 254. núm. 3. lib. 3. Alex. cons. 169. núm. 4. lib. 6. Morq. *De divis.* ley 4. cap. 4. núm. 36.

revocada la mejora, pues no se presume que incontinenti mudó de parecer, ántes sí que le legó la finca señalándola por parte de ella¹.

20. Y si despues de haberle mejorado y legado la finca en testamento la hipotecó á cierta cantidad que sobre ella impuso, no se contempla por este empeño revocada la mejora ó legado; y así el heredero debe pagar el empeño y entregar la finca al legatario ó mejorado². Lo cual se entiende excepto que esté empeñado en tanta cantidad que no puede haber esperanza de satisfacerla, pues entónces se contempla revocada, porque se juzga vendida por ella, y así á nada mas está obligado.

21. Si el padre enajena voluntariamente la finca en que habia mejorado á su hijo, y despues de enajenada la compra y existe en su patrimonio al tiempo de su muerte, convalece la mejora, porque la consanguinidad y amor paterno inducen esta presuncion.

22. Si el padre mejora á alguno de sus hijos y señala la mejora en alhaja cierta, y despues la vende y compra otra, se subroga esta en lugar de aquella. Y si lo mejora en cosas ciertas suyas propias y ademas en una que es agena, con la condicion de *si fuere suya al tiempo de su muerte*, porque tal vez pensaba comprarla, y con efecto la compra despues y entrega al mejorado, se entiende tocar á la mejora, y entregada como por parte de esta; y si la vinculó, quedará tambien vinculada la tal alhaja³.

23. Se conceptúa revocada la mejora ó legado hecho por el testador á uno de dos herederos suyos por la hecha posteriormente al otro cuando expresa que la hace porque se guarde igualdad entre ellos, y así ambos heredarán igualmente. Y si la hace á entrámbos por una misma causa, y revoca luego la del uno, expresando que hace luego la revocacion porque se observe igualdad entre ellos, es visto ser revocada tambien la del otro aunque no lo diga⁴.

24. Habiendo hablado de la revocacion de las mejoras por la libre y espontánea voluntad del mejorante, resta tratar ahora de la que procede de haber incurrido el mejorado en alguno de los excesos á que por la ley está impuesta dicha pena. El primer caso es cuando el mejorado deshonra al mejorante de palabra: el segundo por haberle acusado de delito que merezca pena de muerte, mutilacion de miembro, perdimiento de la mayor parte de sus bienes ó destierro: el tercero por haber puesto en él sus manos airadas; y el cuarto por haberle hecho grave daño en sus bienes, ó imaginado su lesion ó muerte⁵. Por estas causas, como efectos de ingratitud, pue-

1 Paul. cons. 106. vol. 1. Corn. cons. 308. núm. 1. vol. 4. Decio cons. 7. núm. 21. vol. 2.
2 L. 40. al medio. tit. 9. Part. 6.
3 Greg. Lop. en la ley 40. tit. 9. Part. 6.

glos. unic. vers. *Quid autem*.
4 Mantie *De conject.* tit. 5. lib. 12. núm. 30 y 39.
5 L.L. 10. tit. 4. Part. 5, y 1 tit. 6. lib. 5. R., ó I. tit. 6. lib. 10. N.

de el mejorante revocar la mejora; pero es menester que las declare y pruebe en juicio(*). Sin embargo el ingrato hará suyos los frutos percibidos, porque la mejora fué válida en su principio, y solo tendrá que restituir los devengados desde la contestacion de la demanda. Véase á Hermosilla en la ley 10. tit. 4 Part. 5. glos. 8. núm. 20.

25. La facultad de revocar las mejoras por ingratitud corresponde únicamente al mejorante, por ser personal¹. Sin embargo hay casos en que puede competir á sus herederos, á saber: cuando aquel se quejó de la ingratitud judicialmente: cuando murió principiado el pleito, ó haciendo gestiones para principiarle; y por último cuando el mejorante ignoró la injuria, ó le faltó tiempo de hacer la acusacion por haberla sabido tarde. El que desée mayor instruccion puede ver á á Hermosilla y otros jurisconsultos que tratan expresamente de esta materia.

(*) La razon de exigirse pruebas para que valga la revocacion del mejorante, siendo así que este puede hacerla por sola su vo-

luntad, nace de la injuria que irroga al mejorado con la acusacion de ingratitud: 1 Cit. ley 10. vers. *Estas razones*.—E.

CAPITULO VI.

De la sucesion de los descendientes legitimados, adoptivos é ilegítimos á los bienes de sus ascendientes y colaterales.

- 1 Razon de tratar aquí esta materia.
- 2 Aunque á los hijos naturales les deben dar sus padres colocacion y alimentos, no gozarán concepto legal miétras no sean reconocidos.
- 3 Los hijos naturales que se legitiman por decreto del cuerpo legislativo, heredan solo el quinto á voluntad de su padre, si los tiene legítimos.
- 4 Esto se entiende si en el decreto no se le da expresamente concepto de legítimo.
- 5 A falta de legítimos puede el legitimado heredar á su padre, y este instituirle aunque tenga legítimos ascendientes.
- 6 Si la legitimacion contiene limitaciones, se atenderá á ellas.
- 7 Aunque teniendo hijos legítimos no suceden al padre por testamento

- sino en el quinto, los naturales legitimados gozan de los demas privilegios de aquellos.
- 8 Los hijos prohijados ó adoptivos son excluidos de la herencia del padre no solo por los legítimos sino por sus ascendientes.
- 9 Los arrogados, á falta de hijos legítimos, sucederán al prohijante por testamento ó abintestato, si en la arrogacion no se expresa lo contrario.
- 10 A falta de hijos legítimos puede el padre nombrar herederos á los naturales, aunque no esten legitimados, y tengan legítimos ascendientes. Si muere intestado sucederán en la sexta parte, y de su madre son herederos forzosos.
- 11 Pero si en su testamento los excluye el padre, á nada tienen derecho; mas si lo hace la madre pue-

revocada la mejora, pues no se presume que incontinenti mudó de parecer, ántes sí que le legó la finca señalándola por parte de ella¹.

20. Y si despues de haberle mejorado y legado la finca en testamento la hipotecó á cierta cantidad que sobre ella impuso, no se contempla por este empeño revocada la mejora ó legado; y así el heredero debe pagar el empeño y entregar la finca al legatario ó mejorado². Lo cual se entiende excepto que esté empeñado en tanta cantidad que no puede haber esperanza de satisfacerla, pues entónces se contempla revocada, porque se juzga vendida por ella, y así á nada mas está obligado.

21. Si el padre enagena voluntariamente la finca en que habia mejorado á su hijo, y despues de enagenada la compra y existe en su patrimonio al tiempo de su muerte, convalece la mejora, porque la consanguinidad y amor paterno inducen esta presuncion.

22. Si el padre mejora á alguno de sus hijos y señala la mejora en alhaja cierta, y despues la vende y compra otra, se subroga esta en lugar de aquella. Y si lo mejora en cosas ciertas suyas propias y ademas en una que es agena, con la condicion de *si fuere suya al tiempo de su muerte*, porque tal vez pensaba comprarla, y con efecto la compra despues y entrega al mejorado, se entiende tocar á la mejora, y entregada como por parte de esta; y si la vinculó, quedará tambien vinculada la tal alhaja³.

23. Se conceptúa revocada la mejora ó legado hecho por el testador á uno de dos herederos suyos por la hecha posteriormente al otro cuando expresa que la hace porque se guarde igualdad entre ellos, y así ambos heredarán igualmente. Y si la hace á entrámbos por una misma causa, y revoca luego la del uno, expresando que hace luego la revocacion porque se observe igualdad entre ellos, es visto ser revocada tambien la del otro aunque no lo diga⁴.

24. Habiendo hablado de la revocacion de las mejoras por la libre y espontánea voluntad del mejorante, resta tratar ahora de la que procede de haber incurrido el mejorado en alguno de los excesos á que por la ley está impuesta dicha pena. El primer caso es cuando el mejorado deshonra al mejorante de palabra: el segundo por haberle acusado de delito que merezca pena de muerte, mutilacion de miembro, perdimiento de la mayor parte de sus bienes ó destierro: el tercero por haber puesto en él sus manos airadas; y el cuarto por haberle hecho grave daño en sus bienes, ó imaginado su lesion ó muerte⁵. Por estas causas, como efectos de ingratitud, pue-

1 Paul. cons. 106. vol. 1. Corn. cons. 308. núm. 1. vol. 4. Decio cons. 7. núm. 21. vol. 2.
2 L. 40. al medio. tit. 9. Part. 6.
3 Greg. Lop. en la ley 40. tit. 9. Part. 6.

glos. unic. vers. *Quid autem*.
4 Mantie *De conject.* tit. 5. lib. 12. núm. 30 y 39.
5 L.L. 10. tit. 4. Part. 5, y 1 tit. 6. lib. 5. R., ó 1. tit. 6. lib. 10. N.

de el mejorante revocar la mejora; pero es menester que las declare y pruebe en juicio(*). Sin embargo el ingrato hará suyos los frutos percibidos, porque la mejora fué válida en su principio, y solo tendrá que restituir los devengados desde la contestacion de la demanda. Véase á Hermosilla en la ley 10. tit. 4 Part. 5. glos. 8. núm. 20.

25. La facultad de revocar las mejoras por ingratitud corresponde únicamente al mejorante, por ser personal¹. Sin embargo hay casos en que puede competir á sus herederos, á saber: cuando aquel se quejó de la ingratitud judicialmente: cuando murió principiado el pleito, ó haciendo gestiones para principiarle; y por último cuando el mejorante ignoró la injuria, ó le faltó tiempo de hacer la acusacion por haberla sabido tarde. El que desée mayor instruccion puede ver á á Hermosilla y otros jurisconsultos que tratan expresamente de esta materia.

(*) La razon de exigirse pruebas para que valga la revocacion del mejorante, siendo así que este puede hacerla por sola su vo-

luntad, nace de la injuria que irroga al mejorado con la acusacion de ingratitud: 1 Cit. ley 10. vers. *Estas razones*.—E.

CAPITULO VI.

De la sucesion de los descendientes legitimados, adoptivos é ilegítimos á los bienes de sus ascendientes y colaterales.

- 1 Razon de tratar aquí esta materia.
- 2 Aunque á los hijos naturales les deben dar sus padres colocacion y alimentos, no gozarán concepto legal miétras no sean reconocidos.
- 3 Los hijos naturales que se legitiman por decreto del cuerpo legislativo, heredan solo el quinto á voluntad de su padre, si los tiene legítimos.
- 4 Esto se entiende si en el decreto no se le da expresamente concepto de legítimo.
- 5 A falta de legítimos puede el legitimado heredar á su padre, y este instituirle aunque tenga legítimos ascendientes.
- 6 Si la legitimacion contiene limitaciones, se atenderá á ellas.
- 7 Aunque teniendo hijos legítimos no suceden al padre por testamento

- sino en el quinto, los naturales legitimados gozan de los demas privilegios de aquellos.
- 8 Los hijos prohijados ó adoptivos son excluidos de la herencia del padre no solo por los legítimos sino por sus ascendientes.
- 9 Los arrogados, á falta de hijos legítimos, sucederán al prohijante por testamento ó abintestato, si en la arrogacion no se expresa lo contrario.
- 10 A falta de hijos legítimos puede el padre nombrar herederos á los naturales, aunque no esten legitimados, y tengan legítimos ascendientes. Si muere intestado sucederán en la sexta parte, y de su madre son herederos forzosos.
- 11 Pero si en su testamento los excluye el padre, á nada tienen derecho; mas si lo hace la madre pue-

- den anular su testamento.
- 12 Si el padre tiene descendientes legítimos puede dejar el quinto á los naturales; pero no sucederán abintestato en cosa alguna ni al padre ni á la madre.
- 13 Los hijos espurios que han obtenido dispensacion pueden heredar á su padre á falta de legítimos, aunque tenga legítimos ascendientes.
- 14 Los espurios sin dispensacion heredan por testamento el quinto de los bienes de su padre, si tiene herederos forzosos, y abintestato nada. Diferencia con respecto á la madre.
- 15 A falta de legítimos heredarán al padre en el quinto por testamento, y á la madre en todo, así por testamento como abintestato.
- 16 Por nuestras leyes estan los padres obligados á criar y alimentar á su hijo espurio, y los abuelos por equidad canónica.
- 17 Limitaciones de esta obligacion.
- 18 La misma obligacion tienen los herederos de los padres del espurio.
- 19 Los padres satisfacen esta obligacion dejándole el quinto.
- 20 En la herencia de un hijo natural prefiere el hermano legítimo al que no lo es.
- 21 Al hijo natural muerto abintestato, que solo tiene consanguíneos por parte materna, le heredarán estos segun la prerrogativa de su grado.
- 22 Otro caso relativo á estas herencias colaterales.
- 23 Si el hijo natural muerto intestado deja dos hermanos maternos, uno natural y otro legítimo, le heredarán á partes iguales.
- 24 Otro caso relativo á estas sucesiones.
- 25 Los espurios no suceden abintestato á los parientes de su padre, ni al contrario.
- 26 Los espurios de dañado ayuntamiento no suceden abintestato á sus hermanos ni demas parientes por línea materna.
- 27 Entre los hijos naturales y espurios y sus padres y parientes son reciprocas la sucesion abintestato y la obligacion de darse alimentos.
- 28 Observaciones acerca de los ilegítimos de todas clases.

1. **A** falta de hijos legítimos entran en la herencia de sus padres los naturales legitimados, y algunas veces los que no lo estan, anteponiéndose á la línea de los ascendientes. Esta es la razon porque se ha colocado en este capítulo la doctrina sobre la sucesion de los referidos, reuniendo en él cuanto conviene saber no solo en orden á la forma y casos en que pueden tener parte los ilegítimos en la herencia de sus padres y abuelos así por testamento como abintestato, sino tambien en la de sus parientes colaterales.

2. A los hijos naturales (*) deben dar educacion y alimentos no solo su padre y madre, sino tambien sus abuelos y demas ascendientes por ambas líneas¹. Mas para que gocen del concepto legal de hijos naturales debe su padre reconocerlos por tales formalmente, en caso de haberlos tenido en distintas mugeres, ó en el de no haber tenido públicamente en su casa á la madre si fué una sola;

(*) Acerca de los hijos naturales y demas ilegítimos, véase el cap. 2. tit. 3. lib. 1. de las legitimaciones.

1 LL. 1 y 2. tit. 15. y 5. tit. 19. Part. 4 y 11 al fin, tit. 13. Part. 6.

porque si cohabitó con ella, y reconoció á uno de sus hijos, se suponen reconocidos todos¹: y se advierte que reconocidos una vez no puede el padre volverse atras de lo hecho².

3. Cuando los hijos naturales se legitiman por decreto del cuerpo legislativo, si el padre deja hijos ó descendientes de legítimo matrimonio, nacidos ántes ó despues de la legitimacion, no puede heredarle el legitimado sino en el quinto de sus bienes, si quiere dejárselo, y no de otra suerte. Y lo propio milita aunque ningun hijo tenga procreado ó nacido durante el matrimonio, si tiene alguno legitimado por el subsecuente, pues este es verdaderamente legítimo, y como tal excluye al legitimado por rescripto, que se reputa extraño en competencia de los otros, segun se prueba de la ley 12 de Toro, que es la 10 t. 8 l. 5 R., ó 7. tit. 20. lib. 10 N. *Lo cual procede en conformidad á la misma ley, aunque sean legitimados para heredar los bienes de sus padres ó madres, ó de sus abuelos.*

4. Mas esto no se entenderá cuando en el decreto se diga expresamente que suceda el legitimado con los hijos legítimos sin diferencia, ya esten nacidos ántes de la legitimacion ó nazcan despues; pues en este caso sucederá igualmente con ellos en la herencia de su padre, porque el soberano de cierta ciencia y plenitud de potestad ó poder absoluto puede habilitarle, y disminuir la legítima de los legítimos. Pero si la concesion carece de la referida cláusula, no concurrirá con estos á la sucesion, ni les causará detrimento alguno, porque se presume que el concedente no quiso perjudicarlos, y que á saber que el padre los tenia, no hubiera legitimado al ilegítimo, á lo ménos para sucederle³.

5. No habiendo hijos legítimos, puede el natural legitimado por privilegio heredar á su padre, y este debe insituirle por heredero, aunque tenga padre ú otros ascendientes legítimos ó parientes⁴; por que se reputa y en todo y por todo es habido en este caso como verdaderamente legítimo para suceder por testamento y abintestato, y para los demas efectos de la legitimidad: por lo que si fuese preterido, puede decir de nulidad del testamento; y si exheredado sin causa justa, quejarse y usar de todos los remedios concedidos á los legítimos contra el testamento de su padre, no solo estando legitimado al tiempo que lo otorgó, sino aunque lo sea despues de otorgado⁵ (*).

1 L. 9. tit. 8. lib. 5. R., ó 1. tit. 5. lib. 10. N.

2 Matienz. en la ley 9 de Toro núm. 1.

3 Tello en la 12. de Toro, núm. 3 y 4. Matienz. en la 10 cit. glos. 2. núm. 2, 3 y 4. Gom. en dicha ley 12. núm. 67. vers. Si vero sunt.

4 Perez en la 22. tit. 3. lib. 1. Ordenam. col. 163. cerca del fin. Cifuent. en la 12. de

Toro. núm. 2. Mont. en la 17. tit. 6. lib.

3 del Fuero Real. Decio cons. 258. núm.

5. Matienz. en dicha ley y glos. núm. 1.

5 Covar. lib. 4. Var. cap. 21. Dueñ. reg. 350. Gom. en dicha ley 12. n. 66. Matienzo en dicha ley 10. gl. 7. p. fin.

(*) Se advierte que aunque no hay ley que expresamente diga ni determine lo que en

6. Pero si la legitimacion se coarta y limita á suceder por testamento ó sin perjuicio de los descendientes ó ascendientes, ó en aquello que quisiere el padre del legitimado, nada obra contra la voluntad de este, por lo que contra ella no le sucederá¹. Y si se hace sin perjuicio de los que deben suceder abintestato, sucederá por testamento el legitimado, no habiendo legítimos; y abintestato no excluirá á otros que al fisco ó viuda del difunto². Previniendo que si la legitimacion falta y es de ningun momento, pertenece la herencia á los herederos abintestato, los cuales deberán entregar los legados, y no recaerá en el fisco³.

7. Aunque teniendo hijos legítimos los padres, no pueden sucederles los legitimados por privilegio, si son naturales, sino en el quinto; no obstante no se diferenciarán de aquellos en los honores civiles que competen á los legítimos, ni tampoco en suceder por testamento y abintestato á los parientes, como verdaderos legítimos, y así gozarán de aquellos y herederán á estos, segun lo dice dicha ley 12 de Toro en su 2.^a parte: *Pero en todas las otras cosas, así en suceder á los parientes como en honras y preeminencias que han los hijos legítimos, mandamos que en ninguna cosa difieran de los hijos nacidos de legítimo matrimonio*⁴.

8. Los hijos adoptados ó prohijados por sus ascendientes les suceden como los legítimos, en caso que los adoptantes carezcan de ascendientes y de hijos ó descendientes legítimos; pero si tuvieren ascendientes que por derecho, á no haber intervenido la adopcion, les heredarían abintestato, les sucederán y no los adoptados⁵. Lo mismo procede con los extraños adoptados, los cuales heredarán solamente abintestato al adoptante en defecto de legítimos, mas no á sus consanguíneos ni contra su testamento⁶.

9. Los arrogados ó prohijados por via de arrogacion sucederán al prohijante por testamento y abintestato si careciere de legítimos⁷, á ménos que en la arrogacion se exprese que sucedan con estos, pues entónces les sucederán. Y si el arrogador echa de su poder al arrogado, está obligado á darle ó dejarle la cuarta parte de sus bie-

esta párrafo se contiene sobre el goce de dichas prerogativas, verificada la legitimacion ó dispensa, puede deducirse de las leyes 10 y 11 de Toro. Febrero adicionada.

1 Alex. cons. 30. n. 5. lib. 4. y cons. 189. al fin lib. 5. Alciat. in Rubr. de liber. et posthum. col. 4. et ibi Socin. n. 12. y Jason. n. 14. Paul. cons. 290. n. 1. al fin. lib. 2. Rip. in leg. Inter caetera, na. 47. y 48. ff. De liber. et posth. Morquec. De divi. lib. 4. cap. 6. n. 50. Matienzo ibid. gl. 1. n. 6.

2 Rámirez. d. cons. 446. n. 45. al 47.

3 Decio cons. 288. n. 4.

4 Avendaño in Diction. verb. Hijos legítimos. Perez en la ley 1. tit. 1. lib. 4. Ordenam. col. 1328. Matienzo en dicha ley 10. tit. 8. gl. pen. n. fin.

5 L. ult. al fin tit. 16. part. 4. et ibi gl. fin. Acev. en la 1. tit. 8. lib. 5. R. n. 64.

6 L. 8. tit. 16. part. 4. verb. E lo que dijimos, et ibi gl. 5. y leyes 9. y fin. et ibi gl. 3. tit. 16. part. 4.

7 L. 8. tit. 16. part. 4. y gl. de la sig. Glos. fin. de la ult. tit. 15.

nes¹; excepto que tenga descendientes legítimos, pues en este caso se limitará al quinto por via de alimentos, porque en el exceso no puede perjudicar á los legítimos, aun cuando tiene obligacion de alimentar á los que no lo son².

10. A los hijos naturales, aunque no esten legitimados, puede el padre instituirlos por herederos á falta de legítimos, ó dejarles la parte que gustare de sus bienes, aun cuando tenga legítimos ascendientes³. Y si no hiciere mencion de ellos en el testamento, es carga de los herederos el consignarles alimentos, cuya regulacion será á juicio de hombres buenos⁴. Igual facultad tienen los abuelos en beneficio de sus nietos naturales. Si el padre muere intestado, sucederá el hijo natural, no en la sexta parte de sus bienes, como establece la ley 8. tit. 13. Part. 6, sino en el quinto, que es lo que los padres pueden dar en vida ó dejar en muerte á sus hijos ilegítimos por razon de alimentos, en caso de estar en obligacion de dárselos, segun lo previene la ley 10 de Toro (*). Mas por lo relativo á la madre es muy diferente la doctrina, pues los hijos naturales son sus herederos forzosos á falta de legítimos *ex testamento y ab intestado*⁵. Por tanto, si careciendo de legítimos no hace mencion en su testamento de los hijos naturales, ó los deshereda injustamente, pueden anularle del mismo modo que los primeros. Sin embargo, valdrá en este caso la institucion de la madre en todo lo que por derecho puede valer, que es el quinto, porque en lo que haya lugar debe cumplirse la voluntad de la testadora, y es máxima constante que lo útil no se vicia por lo inútil.

11. Pero si en última disposicion excluye el padre expresamente á sus hijos naturales de la sucesion á sus bienes ó los exhereda, á nada tienen derecho, ni les compete accion alguna contra su testamento⁶. De lo cual se deduce que si el heredero nombrado repudia la herencia del padre, recaerá en los ascendientes legítimos de éste, y no pasará á los hijos naturales; y la razon es porque la herencia repudiada no se trasmite al que por su incapacidad legal es un extraño en la sucesion⁷.

12. Si los padres tienen descendientes legítimos, podrán heredar los hijos naturales *ex testamento* el quinto de sus bienes; pero *ab in-*

1 L. 8. tit. 16. part. 4.

2 LL. 10 y 28. de Toro. Greg. Lop. en dicha ley 8. gl. 2 y 5.

3 L. 8. tit. 8. lib. 5. R. 6. tit. 20. lib. 10. N.

4 L. 8. tit. 13. part. 6.

(*) Febrero dice aquí que los hijos naturales heredan abintestato el quinto de los bienes de su padre á falta de legítimos, citando la ley 10 de Toro. En otro lugar dice que solo heredarán la sexta parte con arreglo á la ley de Partida. Esta opinion parece la mas cierta y racional; pues la disposi-

cion de la ley de Toro habla de la sucesion *ex testamento* y no *abintestato*, por lo cual no es aplicable su doctrina á este caso.

5 L. 7. tit. 8. lib. 5. R. 6. tit. 20. lib. 10. N.

6 Gl. in leg. 1. ff. De honor. possess. cont. tabul. Greg. Lop. en la ley 8. tit. 13. part. 6. gl. 8. Gom. en la 10 de Toro, n. 11. Covar. De matrim. part. 2. cap. 8. § 4. n. fin. Castillo dicha ley de Toro n. 36.

7 L. Si quis filium. § Primo. ff. De acqui. renda haered. Cast. ibi. ns. 47 y 48.

testato no sucederán á ninguno de los dos en parte alguna de su herencia¹.

13. Los hijos espurios se legitiman tambien por decreto del legislador, que se llama dispensacion. Los que han obtenido esta gracia pueden heredar á su padre, y este instituirles aun cuando tenga legítimos ascendientes, pues en virtud de ella consiguen todos los derechos del natural legitimado².

14. Los hijos espurios que no han alcanzado dispensacion pueden heredar de su padre *ex testamento* el quinto de sus bienes, si tiene herederos forzosos ascendientes ó descendientes, y lo mismo de su madre, si tiene hijos legítimos; pero si han nacido de clérigo ordenado *in sacris*, fraile ó monja profesa, nada permite la ley que dejen ni el uno ni el otro³. *Abintestato* no les sucederá en cosa alguna (*).

15. Pero si no hubiere hijos legítimos, la anterior disposicion aunque es la misma con respecto al padre, por lo relativo á la madre es muy diferente, pues en este caso la heredará el hijo espurio *ex testamento* y *ab intestato* con solas dos excepciones: 1.ª si por haberle tenido incurrió en pena de muerte, en cuyo caso podrá dejarle el quinto de sus bienes: 2.ª si lo es de clérigo de orden sacro ó fraile profeso, pues entónces nada podrá legarle⁴ (a).

16. Los hijos espurios no tenían derecho por las leyes romanas á ser alimentados por sus padres; pero por las nuestras deben estos atender á su sustento: obligacion que igualmente les impone el derecho canónico (*). Así no podrá privarse á los primeros de sus ali-

1 LL. 7. tit. 8. y 12. tit. 6. lib. 5. R., 65. y 8. tit. 20. lib. 10. N.

2 Avendaño *in Diction. verb. Hijos legitimos*. Matienzo en la ley 10. tit. 8. lib. 5. R. gl. pen. n. fin.

3 Dicha ley 7 ó 5.

(*) Así es la verdad, y la reconoce Febrero en el párrafo 3. cap. 1. lib. 2. part. 2. diciendo: Ninguno de estos hijos espurios sucede por testamento ni abintestato á su padre directa ni oblicuamente, ni tienen derecho á pretender su respectiva herencia ni á quejarse de la preterision. Pero se le olvidó lo que dejaba dicho en su párrafo 2. cap. 1. part. 1. donde sienta una doctrina enteramente contraria. A los hijos espurios, dice, que no lo son de clérigo in sacris, fraile ó monja profesos, les compete ex testamento y ab intestato el derecho al quinto de los bienes de su padre ó madre, que los tienen legítimos, con el cual satisfacen la obligacion de alimentarlos que les impuso naturaleza. Esto no es verdad, ni está apoyado en ningun fundamento; pues si bien hay obligacion de darles alimentos, la cual comprende al padre y á otros en su caso, el derecho que á ellos tienen no es como herederos. El padre podrá dejarles el quinto por via de alimentos; pero si quiere de-

jarles menos lo podrá hacer, con tal que sufrague al indicado objeto. Si tuvieran los espurios derecho al quinto como herederos, lo podrían reclamar aunque tuviesen con que vivir, y no es cierto. Por otra parte si tienen bastante para sustentarse segun su clase con una sexta ú octava parte de la herencia, no tiene el padre ni el heredero obligacion á darles mas.

4 La misma ley 7 ó 5. cit. y la anterior. Advirtiendo que aun para dar los clérigos á sus hijos alimentos, necesitan de que se les dispense dicha ley, como se colige del aut. 9. tit. 6. lib. 1. R., ó ley 2. tit. 4. lib. 4. N.—E.

(a) En el estado de Veracruz conforme al decreto de su legislatura de 25 de noviembre de 1833, á falta de ascendientes y descendientes legítimos, son herederos forzosos los hijos ilegítimos, cualquiera que sea la clase, estado y condicion de sus padres. Iguales declaraciones tenemos noticia que se han hecho en los Estados de Mejico y Puebla.—E.

5 L. 1 y 2. tit. 19. part. 4. Matienzo en la ley 8. tit. 8. lib. 5. R. glos. 1.

6 Cap. 5. al fin *De eo qui dux. in matrim. quam poll. &c.*

(*) Tambien en esta doctrina está Febrero en contradiccion consigo mismo; pues habiéndola

mentos por pacto, costumbre, ley municipal, ni por expresa prohibicion de los padres en su testamento; bien que si el pacto es jurado y los espurios renuncian su derecho, únicamente se les deberán en el caso extremo de que, de no hacerlo así, perezcan de necesidad, y entónces pueden reclamar la transacion ó renuncia. La misma obligacion tienen los abuelos y bisabuelos por equidad canónica en defecto de los padres, y cuando aunque los tuvieren esten pobres y los primeros ricos; pero por nuestro derecho solo tienen obligacion á alimentar á sus ascendientes espurios los ascendientes por parte de la madre, á falta ó imposibilidad de esta¹; y la razon es por la mayor seguridad que hay del parentesco en este caso que en el precedente².

17. La obligacion de los padres á sustentar á sus hijos espurios tiene dos limitaciones: 1.ª cuando en ellos concurren las causas que para desheredar á los legítimos prescriben las leyes, y mas si su ingratitude para con sus padres los constituye reos de muerte: 2.ª cuando los hijos tienen con que vivir, ó se pueden mantener con su oficio ó industria sin desdoro de sus personas³, en cuyo caso cesa la obligacion por faltar la indigencia en que está apoyada.

18. No se circunscribe únicamente al padre, y en su caso á los demas ascendientes, la obligacion de alimentar á sus hijos espurios, sino que se extiende á los herederos de aquel⁴. Lo mismo sucede cuando los alimentos se deben por disposicion de alguno, ya sea en contrato ó en última voluntad, pues la carga de alimentar pasa á los herederos de aquel que se obligó⁵, aunque lo sea el fisco por tácito fideicomiso ó por otra causa, ó el donatario de todos los bienes; mas no al comprador privado ni á cualquier otro que en virtud de algun contrato particular los hubiese adquirido⁶.

19. La obligacion que tienen los padres de alimentar á sus hijos espurios, la satisfacen dejándoles el quinto de sus bienes en los casos en que, segun hemos dicho arriba, pueden hacerlo. Del referido quinto, una vez que los hijos lo perciban, tienen facultad de disponer á su arbitrio, segun lo previene la ley 10 de Toro, que es la 8 tit. 8 lib. 5 R. ó 6 tit. 20 lib. 10 N., excepto en tres casos: el primero, cuando de la tácita ó expresa voluntad del testador se colige que no quiso que pasase el quinto á los herederos de su hijo espurio: el se-

establecido en la part. 1. cap. 1. § 2, enseña despues en la part. 2. lib. 2. cap. 1. § 3. que no tiene el padre ninguna obligacion de dar alimentos á su hijo espurio por nuestras leyes, citando la 5. tit. 19. part. 4. Ademas de ser esta opinion opuesta á la equidad, pues el tal hijo ninguna culpa tiene de su condicion, la ley citada no exime al padre del deber de sustentarlo al espurio, sino solo al abuelo. Lejos de hacerlo así, todas las leyes que inculcan la obligacion de alimentar y criar los padres á

los hijos, hablan siempre en general y sin excluir á ninguno de ellos. Véanse la 1 y 3 del mismo titulo, y lo dicho sobre este punto en el cap. 1. tit. 2. lib. 1.

1 L. 15. tit. 19. part. 4.

2 Matienzo *ibid.* n. 24 al 27.

3 Matienzo *ibid.* ns. 16 y 17.

4 Gom. en la ley 9 de Toro, a. 39. Covad. *ibi* n. 14.

5 Gom. *ibid.* al fin.

6 Matienzo *ibid.* n. 49 al 52.

gundo, cuando le hace algun legado de renta anual por los dias de su vida: el tercero, cuando impone al hijo espurio la obligacion de restituir á otro despues de su muerte los bienes que le deja por via de alimentos, en cuyo caso no puede disponer del sobrante de los mismos. Si el espurio no dispusiere del quinto que le adjudicaron por razon de alimentos, pasará á sus herederos, y no volverá á los de su padre².

20. Sentada esta doctrina legal sobre el modo de heredar los hijos ilegítimos á sus descendientes y ascendientes, resta decir qué reglas han de seguirse en la sucesion de sus consanguíneos. Respecto de los naturales hay formal resolucion en la ley final tit. 13 Part. 6, de cuyo contexto se deduce que muerto abintestato el hijo natural sin sucesion, si deja dos hermanos hijos de su mismo padre, el uno natural y el otro legítimo, preferirá este á aquel, porque en él concurren las dos cualidades de naturaleza y de derecho, y en el natural la de naturaleza solamente. Si el hijo natural es solo, sucederá en el todo á su hermano tambien natural como su pariente mas cercano; pero el natural por línea paterna no heredará á los legítimos ni á los demas parientes por esta línea intestados. Dejando un hijo natural de parte de madre solamente, y otro natural ó legítimo de parte de padre, será preferido el natural de parte de madre, como que es conocida y cierta, al natural y al legítimo de parte de padre, que no lo es. Y á falta de hijo legítimo y natural de parte de padre, ningun otro pariente por línea paterna heredará al natural³.

21. Si muriere abintestato el hijo natural, dejando solamente parientes por parte materna, le heredarán segun la prerogativa de su grado; y por consiguiente si estos fallecieren sin sucesion legítima, los heredará como si fuera legítimo, porque por parte de su madre son verdadera é indubitablemente consanguíneos por la certidumbre del parto, como lo dice la ley citada al fin y otras⁴, lo que no sucede por parte de su padre.

22. Y si dos hijos naturales de una misma madre fallecieren dejando cada uno un hijo legítimo ó natural, y despues muriere abintestato sin sucesion uno de estos primos, le heredará el otro que sobrevive, y será preferido á todos los demas cognados mas remotos, aunque sean legítimos, porque entre ellos hay cognacion próxima, y así deben suceder segun la inmediacion de parentesco y prerogativa de grado, como se prueba de los finales periodos de la ley inserta.

23. Falleciendo intestado sin sucesion el hijo natural por parte materna, si dejare dos hermanos, uno natural y otro de legítimo

1 Matienzo en dicha ley 8. tit. 8. lib. 5. R. gl. 2. ns. 4 y 5.

2 Matienzo ibid. n. 6.

3 Gom. en la citada ley 9 de Toro, ns. 46

y 47. Greg. Lop. en la ley inserta.

4 Gom. en dicha ley 9 de Toro, n. 48. Covar. De sponsalib. part. 2. cap. 8. § 5. col. penult.

matrimonio de la propia madre, no preferirán uno al otro, antes bien concurrirán ambos y le heredarán con igualdad, porque estan en igual grado, pues la ley 9 de Toro habla y se debe entender cuando se trate de suceder á la madre, en cuyo caso el legítimo prefiere al natural; mas no cuando se trata de sucederse los legítimos y naturales entre sí: por lo que se ha de estar á la disposicion del derecho comun, como no corregido ni derogado en esta parte, que ordena que no sea preferido el hijo legítimo al natural en la sucesion de los bienes de su madre: luego tampoco deberá serlo en la de los de su hermano, y así concurrirán ambos¹.

24. Y si el hijo natural de parte de madre falleciere sin testamento ni descendientes legítimos dejando dos hermanos, uno hijo natural de su padre y madre, y otro tambien natural de la misma madre pero de diverso padre, le heredará el hermano natural entero, por la doble conjuncion y cualidad, y preferirá al uterino, porque tiene predileccion legal como mas conjunto², al modo que para con los hermanos legítimos está dispuesto en derecho.

25. Los espurios, de cualquier clase que sean, no sucederán abintestato á los parientes de su padre, ni estos á ellos, porque por la máxima incertidumbre de la filiacion y parentesco por parte paterna no se reputa haber agnacion ni cognacion entre ellos³.

26. Asimismo no sucederán los espurios de dañado ayuntamiento á los hermanos ni parientes suyos por línea materna; porque si no suceden á su madre ni esta á ellos, tampoco deben suceder á sus parientes por su línea, ni estos heredarlos⁴.

27. Entre los hijos naturales y espurios y sus padres y parientes son recíprocas la sucesion abintestato y la obligacion de darse alimentos, y así se debe guardar igualdad entre ellos: de modo que en todos los casos en que los hijos pueden suceder y sus padres y parientes, y deben ser alimentados por ellos, es igual el derecho de los segundos para suceder á los primeros, como ya se dijo en otra parte⁵.

28. Acerca de los hijos ilegítimos de todas clases debo por último hacer dos advertencias: 1.ª que aunque el padre declare en su testamento que les debe algunos frutos, dinero ú otra cosa, no estan obligados los herederos á entregársela, á ménos que lo justifiquen por otros medios legales, porque se presume que lo hace

1 Gom. dicho n. 48. vers. *Dubium tamen est.* Avendaño en la ley 9 de Toro, gl. 2. n. fin. Acev. en la 7. tit. 8. lib. 5. n. 4.

2 Matienzo ley 6. tit. 8. lib. 5. gl. 4. n. 10. Greg. Lop. en la fin. tit. 13. part. 6. gl.

6. Gom. en dicha ley 9. n. 49.

3 Gom. ibid. dicho n. 46.

4 Gom. ibi n. 50. vers. *Sed teneo.* Cifuentes en dicha ley 9 de Toro, n. 2. Tollo en ella n. 34. vers. *Ex ultimis verbis.* Matienzo en la 7. tit. 8. lib. 5. gl. 6. Acost. in cap. *Si pater.* vers. *Omnia.* n. 13. De testam. in 6. col. 1.ª

5 Lib. 1. tit. 2. cap. 1.ª

por beneficiarlos perjudicando á sus herederos legítimos¹: 2.^a que la ilegitimidad no inhabilita á los que la tienen para ejercer cualquiera oficio ó arte indistintamente, á excepcion de los empleos de juez ó escribano, segun la ley 9. tit. 23 lib. 8. Nov. Rec., la cual deroga cuantas leyes, sentencias, estatutos, usos y costumbres sean contrarios á esta declaracion.

¹ L. 3. tit. 14. part. 3.

CAPITULO VII.

De la sucesion de los ascendientes legítimos á los bienes de sus descendientes por testamento.

- | | |
|---|--|
| <p>1 Por nuestras leyes los ascendientes son herederos forzosos de sus descendientes á falta de sucesion en todos sus bienes, á excepcion del tercio.</p> <p>2 El orden que en esto se observará es el que se expresa en la referida herencia abintestato.</p> <p>3 Comprende del mismo modo á los que esten bajo la patria potestad que á los emancipados.</p> <p>4 Las leyes de Partida que permitian á los hijos disponer del total de sus bienes castrenses estan derogadas.</p> <p>5 De la ley 6 de Toro nacen dos dudas: primera, sobre consignacion del tercio.</p> <p>6 Resolucion de ella.</p> | <p>7 Segunda, sobre si en el tercio podrá un hijo disponer de la propiedad y usufruto.</p> <p>8 El pacto reciproco de heredarse celebrado entre marido y muger, no es permitido al hijo en perjuicio de su padre.</p> <p>9 No solo sucederán los ascendientes á los descendientes á falta de hijos, sino cuando estos son desheredados.</p> <p>10 Pero esta sucesion no se extiende á los mayorazgos ni al enfiteusis.</p> <p>11 No sucederán los ascendientes que han hecho renuncia jurada, ó han dado licencia de testar de otro modo al descendiente, ó bien han consentido en la pretericion.</p> |
|---|--|

1. Como la patria potestad era perpetua y omnimoda por derecho romano, se habla muy poco en él de la sucesion de los ascendientes, quienes mal podian heredar los bienes de que nunca dejaban de ser dueños. Unicamente cesaba la patria potestad por la emancipacion; pero aun en este caso se reservaban siempre los padres los derechos de patrono, uno de los cuales era la herencia muriendo sus hijos sin sucesion y abintestato. Nuestras leyes comprenden la segunda linea recta, que es la de los ascendientes legítimos (*),

(*) La legitimidad de los ascendientes no se ha de entender de su propia persona, sino respecto de la de los descendientes á quienes han de heredar, y así nada im-

porta que el padre sea natural ó espurio, si su hijo es legitimo, que es lo que se requiere para que pueda heredarle, como lo prueba Tello en la ley 6 de Toro n. 6.

entre los herederos forzosos, imponiendo á sus descendientes la obligacion de instituirlos por falta de sucesion¹ en todos sus bienes *adventicios y profecticios, castrenses y cuasicastrenses*, sin exceptuar los adquiridos por el hijo ordenado *in sacris* por razon de la Iglesia², á excepcion del tercio de todos ellos, del cual pueden los descendientes disponer á su arbitrio así en vida como en última voluntad³.

2. Así, á falta de descendientes legítimos y legitimados deberán aquellos instituir á sus ascendientes, observando el orden y reglas que se dirá hablando de esta herencia abintestato, pues son las que se observan por testamento.

3. Esta obligacion de los descendientes legítimos comprende del mismo modo á los que estan bajo la potestad de sus descendientes que á los emancipados; y unos y otros pueden disponer de la tercera parte de sus bienes en favor de propios ó extraños, imponiendo en ella las condiciones honestas y posibles que juzguen conveniente, en los mismos términos en que el ascendiente en su caso dispone del quinto.

4. Y aunque las leyes 6 y 7 tit. 17 Part. 4. permiten al hijo disponer en propiedad y usufruto de todos sus bienes castrenses y cuasicastrenses, estan derogadas por las siguientes palabras de dicha ley 6 de Toro: *en todos sus bienes de cualquier calidad que sean*; las cuales le obligan á disponer de solo el tercio de tales bienes del propio modo que de los adventicios⁴: lo mismo entiendo de los donados por el soberano al descendiente, y de los adquiridos por razon de la Iglesia⁵. Igual disposicion contienen las ordenanzas militares con respecto á los que gozan del fuero de guerra⁶.

5. De la referida ley nacen dos dudas. La primera versa sobre si los descendientes podrán consignar el tercio dejándolo á alguno de sus ascendientes ó á extraño. Antonio Gomez en la ley 29 de Toro, n. 4. dice: que si lo dejan á ascendiente, pueden; mas nó; dejándolo á extraño: lo uno porque los ascendientes deben haber su legitima, que son las dos terceras partes de la herencia en todos los bienes hereditarios del difunto, y lo contrario seria imponerles gravámen; y lo otro porque dicha ley 6^a no lo dice, ni otra alguna.

6. Venerando como debo su dictámen, el mio es, que ya lo dejo á ascendiente ó á extraño, puede consignarlo. Lo primero, porque la ley no lo prohíbe, y lo que no está prohibido se entiendo permitido. Lo segundo, porque el ascendiente en este caso se reputa extraño, respecto á que se le deja el tercio, no como legitima que se le deba,

¹ L. 1. tit. 8. lib. 5. R., ó l. tit. 20. lib. 10. N.

² L. 13. tit. 8. lib. 5. R., ó l. tit. 20. lib. 10. N. y 6. tit. 12. lib. 1. R. I.

³ L. 6 de Toro que es la l. cit.

⁴ Avocado en dicha ley, gl. 7. Greg. Lop. en la 6. tit. 17. part. 4.

⁵ Morquech. *De divis.* lib. 4. cap. 4. n. 12.

⁶ Ordenanzas de 1768, art. 17. trat. 8. tit. 11.

por beneficiarlos perjudicando á sus herederos legítimos¹: 2.^a que la ilegitimidad no inhabilita á los que la tienen para ejercer cualquiera oficio ó arte indistintamente, á excepcion de los empleos de juez ó escribano, segun la ley 9. tit. 23 lib. 8. Nov. Rec., la cual deroga cuantas leyes, sentencias, estatutos, usos y costumbres sean contrarios á esta declaracion.

¹ L. 3. tit. 14. part. 3.

CAPITULO VII.

De la sucesion de los ascendientes legítimos á los bienes de sus descendientes por testamento.

- | | |
|---|--|
| <p>1 Por nuestras leyes los ascendientes son herederos forzosos de sus descendientes á falta de sucesion en todos sus bienes, á excepcion del tercio.</p> <p>2 El orden que en esto se observará es el que se expresa en la referida herencia abintestato.</p> <p>3 Comprende del mismo modo á los que esten bajo la patria potestad que á los emancipados.</p> <p>4 Las leyes de Partida que permitian á los hijos disponer del total de sus bienes castrenses estan derogadas.</p> <p>5 De la ley 6 de Toro nacen dos dudas: primera, sobre consignacion del tercio.</p> <p>6 Resolucion de ella.</p> | <p>7 Segunda, sobre si en el tercio podrá un hijo disponer de la propiedad y usufruto.</p> <p>8 El pacto reciproco de heredarse celebrado entre marido y muger, no es permitido al hijo en perjuicio de su padre.</p> <p>9 No solo sucederán los ascendientes á los descendientes á falta de hijos, sino cuando estos son desheredados.</p> <p>10 Pero esta sucesion no se extiende á los mayorazgos ni al enfiteusis.</p> <p>11 No sucederán los ascendientes que han hecho renuncia jurada, ó han dado licencia de testar de otro modo al descendiente, ó bien han consentido en la pretericion.</p> |
|---|--|

1. Como la patria potestad era perpetua y omnimoda por derecho romano, se habla muy poco en él de la sucesion de los ascendientes, quienes mal podian heredar los bienes de que nunca dejaban de ser dueños. Unicamente cesaba la patria potestad por la emancipacion; pero aun en este caso se reservaban siempre los padres los derechos de patrono, uno de los cuales era la herencia muriendo sus hijos sin sucesion y abintestato. Nuestras leyes comprenden la segunda linea recta, que es la de los ascendientes legítimos (*),

(*) La legitimidad de los ascendientes no se ha de entender de su propia persona, sino respecto de la de los descendientes á quienes han de heredar, y así nada im-

porta que el padre sea natural ó espurio, si su hijo es legitimo, que es lo que se requiere para que pueda heredarle, como lo prueba Tello en la ley 6 de Toro n. 6.

entre los herederos forzosos, imponiendo á sus descendientes la obligacion de instituirlos por falta de sucesion¹ en todos sus bienes *adventicios y profecticios, castrenses y cuasicastrenses*, sin exceptuar los adquiridos por el hijo ordenado *in sacris* por razon de la Iglesia², á excepcion del tercio de todos ellos, del cual pueden los descendientes disponer á su arbitrio así en vida como en última voluntad³.

2. Así, á falta de descendientes legítimos y legitimados deberán aquellos instituir á sus ascendientes, observando el orden y reglas que se dirá hablando de esta herencia abintestato, pues son las que se observan por testamento.

3. Esta obligacion de los descendientes legítimos comprende del mismo modo á los que estan bajo la potestad de sus descendientes que á los emancipados; y unos y otros pueden disponer de la tercera parte de sus bienes en favor de propios ó extraños, imponiendo en ella las condiciones honestas y posibles que juzguen conveniente, en los mismos términos en que el ascendiente en su caso dispone del quinto.

4. Y aunque las leyes 6 y 7 tit. 17 Part. 4. permiten al hijo disponer en propiedad y usufruto de todos sus bienes castrenses y cuasicastrenses, estan derogadas por las siguientes palabras de dicha ley 6 de Toro: *en todos sus bienes de cualquier calidad que sean*; las cuales le obligan á disponer de solo el tercio de tales bienes del propio modo que de los adventicios⁴: lo mismo entiendo de los donados por el soberano al descendiente, y de los adquiridos por razon de la Iglesia⁵. Igual disposicion contienen las ordenanzas militares con respecto á los que gozan del fuero de guerra⁶.

5. De la referida ley nacen dos dudas. La primera versa sobre si los descendientes podrán consignar el tercio dejándolo á alguno de sus ascendientes ó á extraño. Antonio Gomez en la ley 29 de Toro, n. 4. dice: que si lo dejan á ascendiente, pueden; mas nó; dejándolo á extraño: lo uno porque los ascendientes deben haber su legitima, que son las dos terceras partes de la herencia en todos los bienes hereditarios del difunto, y lo contrario seria imponerles gravámen; y lo otro porque dicha ley 6^a no lo dice, ni otra alguna.

6. Venerando como debo su dictámen, el mio es, que ya lo dejo á ascendiente ó á extraño, puede consignarlo. Lo primero, porque la ley no lo prohíbe, y lo que no está prohibido se entiendo permitido. Lo segundo, porque el ascendiente en este caso se reputa extraño, respecto á que se le deja el tercio, no como legitima que se le deba,

¹ L. 1. tit. 8. lib. 5. R., ó L. tit. 20. lib. 10. N.

² L. 13. tit. 8. lib. 5. R., ó L. tit. 20. lib. 10. N. y 6. tit. 12. lib. 1. R. I.

³ L. 6 de Toro que es la 1. cit.

⁴ Avoadaño en dicha ley, gl. 7. Greg. Lop. en la 6. tit. 17. part. 4.

⁵ Morquesch. *De divis.* lib. 4. cap. 4. n. 12.

⁶ Ordenanzas de 1768, art. 17. trat. 8. tit. 11.

sino como legado voluntario. Y si al último no puede consignarse, ¿por qué razón podrá ejecutarse con el primero, no habiendo ley alguna que lo disponga? Por consiguiente ó á entrambos ó á ninguno ha de poder hacerse la consignación. Lo tercero, porque cuando versa identidad de razón, debe obrar la misma disposición legal: es así que cuando el ascendiente deja el quinto á extraño, lo puede consignar, no obstante ser su descendiente heredero de prerogativas mas grandes, como deyo sentado; luego no solo con igual sino con superior razón puede consignar el tercio cuando lo deja á extraño, y debe militar por consiguiente la propia disposición para uno que para otro.

7. La segunda duda es, si el hijo que está bajo la patria potestad podrá disponer del tercio de sus bienes en propiedad y usufruto, ó solamente en propiedad, y si este ha de quedar ó no reservado al padre mientras viva. Para comprender bien esta cuestión conviene advertir, que el hijo estando bajo la patria potestad no tiene dominio alguno sobre el usufruto de sus bienes, sino solo la propiedad de ellos. Así lo expresa la ley 5 tit. 17 Part. 4. Inférese de esto, que aunque pueda disponer de la propiedad del tercio por donación ó contrato entre vivos, no puede enagenar el usufruto en manera alguna, y no ménos que ni aun por testamento puede hacerlo. Los juriscultos que opinan de este modo se fundan en la citada ley, que reserva al padre, durante su vida, el usufruto de los bienes del hijo, por lo cual no puede enagenarle sin licencia suya, de cuyo dictámen es Sigüenza¹. Los que opinan en favor de la libertad del hijo para enagenar en su testamento el usufruto, se apoyan en la ley 6 de Toro de que va hecha mención, añadiendo que por su muerte sale el hijo de la patria potestad; de donde deducen que no obrando sus efectos ningún testamento sino después de muerto el testador, no tiene lugar la ley de Partida. Esta opinión es la mas justa y la que está en práctica; pues aun cuando no sea cierto que por la muerte se adquiere la exención de la patria potestad ni ningún otro derecho, la ley 5 de Toro², posterior á la de Partida, hace al hijo *sui juris*, ó independiente, para que teniendo la edad de doce ó catorce años (según fuere hembra ó varón) pueda hacer testamento, como si estuviese fuera de su poder; y como en ella no se hace distinción alguna entre propiedad y usufruto, parece conforme á razón que este accesorio siga la condición de lo principal.

8. Si el hijo casado y su mujer hicieron pacto reciproco de que aquel que sobreviviese hubiera de suceder al muerto en todos sus bienes en caso de no dejar descendientes legítimos, ¿valdrá este pacto, y podrá en su virtud dejar de instituir á sus ascendientes? Dicen

¹ Sigüenz. *De cláusula*. lib. 2. cap. 1.

² L. 4. tit. 4. lib. 6. R. 6. 4. tit. 18. lib. 10. No

que si varios autores¹; pero no me adhiero á su dictámen: primero, porque siendo un honor el nombre de heredero, es justo que los hijos lo den á sus padres, y la desheredación es siempre una especie de injuria; y segundo, porque dicho pacto se graduaria por el que las leyes romanas llaman *de invicem succedendo*, que por derecho está reprobado (*).

9. No solo sucederán los ascendientes á sus legítimos descendientes careciendo estos de hijos ó otros descendientes legítimos, sino aunque los tengan, si por causa legal probada los exheredan é instituyen á un extraño por su heredero, pues en este caso los ascendientes como preteridos pueden romper el testamento, quejándose de la preterición, y pretendiendo se les declare por herederos y excluya al extraño instituido, lo cual conseguirán, y entrarán en la herencia; bien que la tercera parte de ella, que es de lo que dicha ley 6 de Toro les permite testar (como queda dicho en los dos primeros párrafos), será para el extraño, pues ya que su voluntad no puede valer en el todo, valdrá y se cumplirá en lo que por derecho ha lugar.

10. Pero no sucederán los ascendientes en los bienes de mayorazgos ni en enfiteusi, porque estos no se diferan por derecho hereditario sino de sangre, á ménos que otra cosa esté dispuesta en su constitución². Y lo mismo se observa en los feudos, pues el padre y abuelo no suceden al hijo ó nieto que tiene feudo y muere sin hijo³.

11. Tampoco sucederán los ascendientes á sus descendientes cuando renunciaron con juramento la herencia y derecho hereditario que tenían á sus bienes⁴; ni cuando el hijo dispone de todos sus bienes á favor de otro cualquiera, y para ello precede licencia de su padre; ni cuando este consiente el testamento en que su hijo le omite ó pasa en silencio, y deja á otro por su heredero, ó dispone íntegramente de sus bienes por su alma, ó en otra cosa⁵.

¹ Gut. *De juram. confirm.* part. 1. cap. 3. n. 27. Cast. in proem. leg. *Tauri*. ns. 4 y 5.

(*) Puede haber ciertamente hermandad y comunicación de bienes entre marido y mujer en dos casos; pero su explicación no es propia de este lugar. La ley 9. tit. 6. lib. 3. del Fuero Real aprueba el pacto de mutua sucesión hecho entre los cónyuges, pasado un año después del matrimonio, con tal que no tengan descendientes que deban heredarlos, ni les supernazcan posteriormente. En dicha ley no se hace mención de los ascendientes, sin embargo de que en la 1. del mismo tit. y lib. se les declara herederos forzosos en defecto de descendientes; pero Montalvo fundado en esta, trata de suplir la omisión de aquella; y contra la idea

del legislador, quien debe presumirse tendría presente lo que acababa de establecer, asienta en su glosa, que para que valga dicho pacto es necesario también que no existan los padres. El lector se decidirá por la opinión que crea mas probable, bastando por nuestra parte hacer estas indicaciones para ilustrar la materia.—E.

² Mat. en la ley 1. gl. 3. n. 11. y gl. 5. n. 2. tit. 8. lib. 5. R. Greg. Lop. en la ley 7. verb. *Los que suben*. tit. 26. part. 4 y en la 4. gl. 1. tit. 13. part. 6.

³ L. 7. tit. 26. part. 4. et ibi gl. cit.

⁴ Acev. en la ley 1. n. 65 al 69. tit. 8. lib. 5. R. Gutier. in cap. *Quamvis pactum de pact.* in 6.

⁵ Gutier. y Acev. ubi sup.

De los herederos extraños por testamento.

- 1 Division de esta materia.
- 2 Son herederos extraños los parientes por línea transversal, y los que no tienen parentesco alguno con el testador.
- 3 Caso único en que los hermanos del testador pueden anular su testamento.
- 4 El testador que no tenga herederos forzosos puede instituir por tales á todos los que guste, sean ó no sus consanguíneos.
- 5 El testador puede distribuir su herencia en cuantas partes quisiere, é instituir sus herederos de tres modos.
- 6 Primero, cuando designa la porcion que ha de llevar cada uno.
- 7 Instituyendo el testador á uno en cosa señalada, y no disponiendo del resto de sus bienes, se supone habérselos dejado.
- 8 Si dividiendo la herencia en cuatro porciones, nombra herederos de las tres y no dispone de la cuarta, la partirán entre sí.
- 9 ¿Cómo se entenderán otras varias divisiones que haga el testador?
- 10 Decision de un caso de institucion ambigua.
- 11 Decision de otro caso igualmente dudoso.
- 12 La regla general es la interpretacion mas racional y probable de la voluntad del testador.
- 13 Instituyendo el testador por heredero á uno en la parte que tiene designada en otro documento, si no hubiese tal designacion es nula la institucion; pero si se refiere á señalamiento futuro, es válida, aunque no la hubiere.
- 14 Los nombrados herederos en una finca sin otra disposicion dividirán entre sí la herencia por igual, pero la finca segun dispuso el testador.
- 15 ¿Qué deberá hacerse cuando instituye á dos copulativamente en una cosa, y á un tercero en otra, sin mas institucion?
- 16 Segundo modo de instituir, que es señalando la parte de unas y no las de otros.
- 17 Caso resuelto en esta especie de institucion.
- 18 Cuando el testador nombra heredero de todos sus bienes, y luego á otro en el resto de su hacienda, este no tendrá nada.
- 19 Tercer modo de instituir, que es sin señalar partes á ninguno.
- 20 ¿Cómo se entiende el language divisorio?
- 21 ¿Cuándo los herederos han de suceder simultánea ó sucesivamente, y por cabezas ó ramas? (*in capita ó in stirpem*).
- 22 Catorce casos en que se sucede por igual y simultáneamente. Primer caso.
- 23 Segundo y tercer caso.
- 24 Cuarto, quinto y sexto caso.
- 25 Séptimo caso.
- 26 Octavo caso.
- 27 Noveno caso.
- 28 Décimo y undécimo caso.
- 29 Duodécimo caso.
- 30 Décimotercio y décimocuarto caso.
- 31 Excepciones de la doctrina del parrafo 21.
- 32 Segunda excepcion de dicha doctrina.
- 33 Tercera excepcion.
- 34 Cuarta y quinta excepcion.
- 35 Sexta excepcion.
- 36 Séptima excepcion.
- 37 Octava excepcion.
- 38 Nona excepcion.
- 39 Siendo uno instituido por su nombre, y otros de un modo colectivo, aquel tomará la mitad, y estos repartirán lo restante.
- 40 Excepciones de esta doctrina.
- 41 Si alguno instituye genéricamente á sus hermanos, quedan excluidos

- los medios hermanos.
- 42 Pero si solo tiene un hermano entero, partirán la herencia todos.
- 43 Si instituye á alguno por su nombre, y con él á otros que no han nacido, heredarán á partes iguales.
- 44 Si es instituido un hermano y los hijos de otro, partirán todos la herencia con igualdad, como los haya nombrado uno por uno.
- 45 Si alguno instituye por herederos á sus hermanos, no por eso se han de entender instituidos los hijos de otro hermano muerto.
- 46 De los herederos usufrutuarios.
- 47 De los herederos fideicomisarios.
- 48 Para que sea válida la institucion de los herederos extraños, han de carecer de impedimento legal en tres tiempos.

1. Como no todos los testadores tienen herederos legítimos ó forzosos, por cuyo defecto suelen repartir su hacienda entre sus parientes ú otros totalmente extraños, dividiré la materia de este párrafo en tres puntos: en el primero trataré de los que se llaman herederos extraños, y cuáles puede instituir el testador: en el segundo, de cuántas maneras puede hacer la institucion, y cómo se ha de dividir entre ellos su herencia; y en el tercero, cuándo le sucederán ó no igualmente y á un propio tiempo, ó por orden sucesivo.

2. Llámense herederos extraños los que no son descendientes ni ascendientes del testador: y así se comprenden bajo dicho nombre no solo aquellos que no tienen parentesco alguno con este, sino tambien los parientes transversales, incluso sus hermanos. No hay duda en que procederá mas justa y cristianamente el testador beneficiando en su testamento á sus parientes pobres, si los tuviere, con preferencia á otros que no lo sean; pero el derecho le da facultad para disponer de sus bienes en perjuicio suyo¹.

3. Como los extraños ningun otro derecho tienen á los bienes del testador que el que les da la voluntad del mismo, jamas pueden anular su testamento². Solo compete este derecho á los hermanos del testador, en el caso de que instituya por herederos á sujetos de mala vida ó infames, como son mugeres mundanas, ladrones, falsarios, hijos espurios, usureros, clérigos pública y continuamente amancebados, y otros cuya designacion es arbitraria en el juez. Entónces les compete la accion de querrela (*), y no vale la institucion siendo probado el defecto del instituido³; excepto que hayan maquinado contra su vida, ó acusádole de crimen que trajese consigo pena capital ó

¹ LL. 1. tit. 6. lib. 3. Fuero Real, y 2 y 12. tit. 7. part. 6.

² L. 2. verb. *E todos los otros*, y ley 12. tit. 7. part. 6.

(*) Esta querrela es la que se llama *De infamioso testamento*, la cual tiene lugar cuando el preterido ó desheredado pretende ser falsa la causa de desheredacion alegada por el testador, ó bien cuando esta ha sido hecha sin expre-

sarse causa alguna. Probándose la falsedad de la causa en el primer caso, ó el grado de parentesco que constituye heredero forzoso al preterido sin ella, se rescinde el testamento como *infamioso*, esto es, como hecho contra los officios de piedad que median entre padres é hijos.

³ L. 2. verb. *Fueras ende*, tit. 8. part. 6.

perdimiento de miembro, ó hecholé perder la mayor parte de sus bienes, ó puesto los medios para que los perdiese; pues por cualquiera de estas tres causas verificadas, no solo no pueden intentar la querrela, aunque el hermano haya instituido heredero á algun infame, sino que si murió abintestato serán repelidos, y nada podrán heredar de él.

4. Por lo respectivo al segundo digo: que careciendo el testador de herederos forzosos puede instituir á uno ó á muchos extraños, ya sean ó no parientes suyos, con tal que por derecho no tengan prohibicion de heredar, é imponerles las posibles y honestas condiciones que guste, las que para entrar en la herencia deben cumplir, ó dar caucion y seguridad de que las cumplirán, ó practicarán para ello las competentes diligencias².

5. Advertido además que aunque el derecho romano dividia la herencia en doce onzas ó partes, puede dividirla el testador en las que quisiera, é instituir á sus herederos de tres maneras: 1.^a señalando á todos lo que han de percibir de sus bienes: 2.^a á unos sí y á otros no: 3.^a á ninguno³; y de cada uno paso á tratar con orden, exponiendo varios casos para ilustracion de esta materia.

6. Primero, cuando el testador señaló á todos sus herederos las partes ó porciones que de su herencia han de percibir; en cuyo caso se debe repartir enteramente entre ellos, de modo que nada quede vacante, y todos les representen en el todo⁴. Y si habiendo dividido parte de ella, dejó algo sin repartir, se ha de aplicar esto á los herederos instituidos á proporcion de lo que les señaló en la parte distribuida⁵.

7. Instituyendo el testador á uno por su heredero en cosa señalada, y no disponiendo del resto de sus bienes en aquel testamento, ni aunque despues haga otro nombra heredero en él, debe llevarlos todos el particular instituido, sin embargo de serlo solo en cosa determinada, porque se entiende universal; y asimismo cumplir los legados y pagar las deudas que dejare⁶, pues de no heredarlos todos, se verificaria que el testador moria en parte testado y en parte intestado, lo cual es absurdo y repugna (*). Pero si en testamento poste-

1 Dicha ley 12. verb. *Pero tres razones.* y ley 2. ca. verb. *Pero si este hermano.* Cast. Contr. lib. 2. cap. 19.

2 LL. 7 y 14. tit. 4. part. 6.

3 LL. 15, 17 y 18. tit. 3. part. 6. Guerroir. *De div.* lib. 5. cap. fin. ns. 2, 3 y 4.

4 Gom. lib. 1. *Var.* cap. 10. n. 14. Not. lib. 2. *Comment. jur. civil.* tit. 15. ex n. 17.

*cit. ley 17. vers. *E si acciesse.*

5 Guerroir. *De divis.* lib. 5. cap. fin. n. 38.

*cit. ley 17. vers. *E aun decimos.*

6 L. 14. tit. 3. part. 6.

(*) Esta doctrina de Febrero se apoya en el derecho romano, segun el cual nadie podia morir parte testado y parte intestado, (ley 7. *De divers. reg. jur.*) de cuyo axioma procedia el derecho de acrecer que estableció la ley 1. § 4. *De haer. inst.* y en lo que la siguió nuestra ley de Partida (14. tit. 3. part. 6). Pero muchos de nuestros jurisconsultos son de opinion que ya no debe observarse por estar corregida por la ley 1. tit. 4. lib. 5. R. ó 1. tit. 18. lib. 10. N., segun la cual valen los legados, aunque falte la institucion de heredero; verificándose por

rior establece nuevo heredero, llevará solamente el anterior la cosa en que fué instituido, y el del segundo el resto de la herencia, con tal que este último no contenga revocacion del precedente, pues si la contiene ó el testador manda otra cosa, nada llevará el del primero¹.

8. Si el testador divide la herencia v. g. en cuatro porciones, instituyendo por iguales partes á tres herederos en las tres, y no haciendo mencion de la cuarta, deben llevar esta con igualdad los instituidos en las tres; y si no lo fueron igualmente, llevará cada uno de la vacante la que segun la institucion le corresponda proporcionalmente²; y lo mismo se debe observar en los legados³. Pero si el testador instituye cuatro herederos, á cada uno en cuatro partes de la herencia, se ha de dividir esta en diez y seis, y llevar cada uno las cuatro que dice el testamento⁴.

9. Dividiendo el testador su herencia en mas de las doce onzas ó partes en que el derecho la divide, v. gr. instituyendo á uno en ellas y á otro en seis, llevará las dos terceras partes el instituido en las doce, y el de las seis la otra tercera parte, ya nombre primero á este que aquel, ó al contrario⁵. Y si instituye á uno en las doce, y á otro en mas de las seis, v. gr. en ocho, diez &c., y consta que quiso dividir su herencia en mas de las doce partes, decrecerá para el de las doce, por ser visto haber querido que no percibiese las que dejó al otro, ántes sí darlas á este; y así en los casos propuestos se dividirá en veinte ó veinte y dos partes segun sea la institucion, de las cuales llevará las doce, y el otro las ocho ó las diez. Y si á cada uno dejase doce, partirán por mitad toda la herencia; porque por el hecho de no dividirla el derecho en mas de doce onzas ó partes, haber instituido el testador dos herederos, y dejado á cada uno las mismas doce que son su total, es visto haber querido que este decreciese para ambos con igualdad, y por consiguiente que le

este medio que es posible morir en parte testado y en parte intestado, y tambien que no es la institucion de heredero cosa tan necesaria entre nosotros, como lo era entre los romanos, pues faltando la institucion era todo nulo. Así muchos opinan que en el caso que el autor propone, debe el instituido en cosa determinada heredar esta, y no mas, pasando el resto de la herencia á quien tocara abintestato, y debiendo seguirse la misma regla en todos los casos en que por derecho comun y de las Partidas correspondiera el derecho de acrecer. Este y otros puntos de igual importancia y ambigüedad, convendria mucho que una nueva ley los aclarase.

1 L. 14. cit. y ley 21. tit. 1. part. 6. Greg. Lep. en la gl. 5. de dicha ley 14. dice, que esto se entiende cuando el nombramiento del nuevo heredero fuese en el mismo testamento, pero que lo contrario seria cuando se hiciese en

otro. Recuérdese lo dicho en nuestra nota 6. al n. 42. cap. 1. de este titulo.—E.

2 L. 17. verb. *E aun decimos.* tit. 3. part. 6.

3 L. 33. tit. 9. part. 6. Gom. lib. 1. *Var.* cap. 2. n. 3. cap. 12. n. 20.

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

5 L. 19. tit. 3. part. 6. Aunque la division que propone el autor conviene en el efecto con la que establece la citada ley, sin embargo no es la misma. La ley dice que en el caso propuesto se distribuirá como siempre la herencia en doce onzas; pero á cada uno de los instituidos decrecerá una parte; de manera, que habiendoseles asignado cuatro, solo tomarán tres. Porque así como cuando se deja de distribuir una parte, esta acrece á los nombrados; del mismo modo, cuando se ha hecho una distribucion que exceda el total de la herencia, deberán proporcionalmente decrecer las cuotas asignadas á aquellos.—E.

heredasen por mitad. Sin embargo la norma mas segura será el sujetarse en todo á la disposicion del testador, el cual puede dividir su herencia en cuantas partes quiera, sin sujetarse para esto á la ley de Partida.

10. Nombrando herederos el testador en esta forma: *Instituyo á Pedro por mi heredero en la mitad de mis bienes, y á Juan en la otra mitad, y añadiendo luego: y en la misma parte que instituyo á Juan sea heredero Francisco*, no se dividirá la herencia en tres partes iguales, sino que Pedro llevará la mitad de ella, y Juan y Francisco la otra mitad con igualdad: porque las palabras del testador manifiestan haber querido que estos se reputasen por uno, y que como conjuntos percibiesen y dividiesen entre sí la mitad de su herencia, y que Pedro como único llevase la otra mitad.

11. Diciendo el testador en la institucion de esta suerte: *Nombró á Pedro, Diego y Juan por mis herederos, al primero, al segundo, al tercero, y á cualquiera y á cada uno de ellos en todos mis bienes y herencia*; es visto que quiso instituirlos con igualdad, y que el nombrado primero no tuviese mas derecho que el segundo ni tercero, y así percibirá cada uno la tercera parte de la herencia¹: por lo que si en caso de duda fueren preguntados los testigos instrumentales, y dijeren que fueron instituidos pero que no se acuerdan en cuántas partes, se debe interpretar que lo han sido igualmente².

12. Lo mismo procede y se debe practicar cuando alguno fué instituido heredero en alguna cuota ó porcion de la herencia, y se duda en cuánto por no estar especificada; pues entónces se han de dividir los bienes del instituyente segun la mas verosímil intencion de este, que debe investigar prudentemente el juez, regulando su arbitrio por la disposicion de las leyes³.

13. Instituyendo el testador por su heredero á uno en la parte que en su codicilo ó en su primer testamento le tiene señalada, si ningun señalamiento se encuentra en estos, se entiende excluido de su sucesion, y así nada percibirá. Y lo mismo procede si le instituye en la que otro tiene nombrado al mismo testador, y se verifica que no hay tal institucion. Pero si este se refiere al tiempo futuro, v. gr. le instituye en la parte que le señalará en su codicilo ó en otra cosa ó instrumento, aunque se verifique que nada le señaló, llevará su herencia, porque se reputa instituido en todas; y si son muchos la dividirán igualmente como instituidos sin partes⁴.

1 L. 19. tit. 3. part. 6. *E si acaeciese*. Greg. Lop. en dicha ley 19. gl. 4 y 5.
2 Decio cons. 252. n. 3. vers. *Nec obstat*. Matienzo *De conject.* lib. 4. tit. 9. n. 4. Cravet. cons. 65. n. 4.
3 Mans. *De testam. valid. et invalid.* tit. 6.

q. 22. n. 1. Guerreir. *De divis.* lib. 5. cap. fin. n. 50.
4 Rein. lib. 2. cons. 176. n. 4. vers. *Ad idem facit*. Menoc. lib. 4. praesumpt. 18. Guerreir. ibi ns. 54 y 55.

14. Si el testador nombra á algunos por herederos de ciertas fincas ó de otra cosa, ya sea en partes iguales ó desiguales, y omite nombrar heredero del residuo de sus bienes, se entienden instituidos tambien en estos: y así se han de dividir con igualdad entre ellos, pero en la finca ó cosa señalada llevarán las partes que les asignó. Lo mismo se ha de observar si instituye á dos, al uno en una finca y al otro en otra, ó en cosa determinada, y no dispone del resto de la herencia entre ellos, ni elige otros; bien que cada uno llevará ademas la cosa en que fué instituido¹. (a)

15. Pero si instituye á dos por herederos juntamente, v. gr. en una finca, y en otra cosa á otro solo, y no nombra mas herederos ni dispone del resto de sus bienes, se debe distribuir la herencia en dos partes, de las cuales los dos llevarán la una por mitad, y ademas la finca en la propia forma, y el otro íntegramente la cosa en que fué nombrado, y la otra mitad de la herencia; excepto que el testador mande que todos le hereden igualmente, pues entónces se dividirá esta por terceras partes².

16. La segunda manera como puede instituir herederos el testador, y su herencia se ha de dividir entre ellos, es cuando nombra varios, señalando á unos las respectivas partes que han de percibir, y á otros sin señalarles cosa alguna, en cuyo caso llevarán aquellos las que les señaló y en que fueron instituidos, y estos el resto de la herencia, ya importe mas ó ménos que lo que toque á los otros³.

17. De lo expuesto se deduce que si el testador instituye á cuatro por sus herederos, mandando que el uno lleve la mitad de la herencia y el otro la otra mitad, y no señalando á los otros dos cosas ni parte alguna, heredarán aquellos, á quienes instituyó en partes ciertas, la mitad de la herencia y no mas, la que partirán entre sí igualmente; y los otros á quienes nada señaló, la otra mitad, la que partirán tambien en igual forma, ya sean instituidos juntos, ó al principio, medio ó fin del testamento⁴.

18. Cuando el testador instituye á uno por heredero de todos sus bienes, y despues á otro mandando que este lleve el resto de su herencia, el primero los llevará todos y el segundo nada, porque nada le queda que heredar; y así en cuanto á este será ilusoria, y se frustrará la institucion; excepto que el primero sea incapaz absolutamente de heredar, y el testador diga que en la parte que no puede haber instituye al otro, pues entónces llevará todo el segundo, y

1 L. 14. palabras: *Otrosí decimos*, tit. 3. part. 6.
(a) Véase el n. 21. del cap. 12. de este tit.
2 Dicha ley 14. verb. *E si por ventura el testador ficiere*.
3 L. 17. en las palabras: *E si acaeciese*. tit.

3. part. 6. Barri. *De sucesion. testat. et intestat.* ley 2. tit. 7. n. 6.
4 Dicha ley 17. en las palabras: *Otrosí decimos*, y Barri ibi n. 7.

el incapaz nada¹. Pero si la incapacidad es limitada, puede ser instituido para cuando cese y pueda percibir la herencia.

19. Y la tercera manera como el testador puede instituir herederos, y se ha de dividir su herencia entre ellos, es cuando los instituye sin partes, que es sin señalarles las porciones que de ella han de llevar. En cuyo caso todos la deben partir igualmente, porque así se conceptúan instituidos; y en duda se presume que lo mismo amó á unos que á otros, y que quiso observar igualdad entre ellos²; pues la disposición indeterminada que se refiere á muchos extremos, los mira simplemente y con igualdad.

20. Asignando á alguno el testador de su herencia dos ó tres partes, se han de entender dos ó tres de doce, á ménos que otra cosa conste de su voluntad. Si hace mención de alguna cuota, v. gr. tercera, cuarta, quinta, sexta &c., se entiende de la tercera, cuarta, quinta ó sexta de la herencia: si á alguno señala una parte de la herencia sin declarar mas, se entiende dar su mitad³.

21. El tercero y último punto de este capítulo (que es bastante oscuro y delicado, porque muchas veces hay que recurrir á conjeturas, y los autores suelen discordar por esta razon) se reduce á si los herederos instituidos en el testamento le sucederán ó no igualmente y á un propio tiempo, ó por orden sucesivo, y si por cabezas ó por ramas; y para su inteligencia digo: lo primero, que aunque nombre á muchos de grados distintos, v. gr. si instituye á Pedro su amigo, y al hijo nieto de este, deberán sucederle igualmente y al mismo tiempo, y no por orden sucesivo, sin embargo de militar entre ellos diversos grados, y algun orden de naturaleza y caridad; y la razon es que por el hecho de instituirlos de esta suerte se conceptúa que lo mismo amó á unos que á otros⁴.

22. Se amplia esto á los catorce casos siguientes. El primero, no solo cuando los instituidos fueron absolutamente extraños, sino aunque hayan sido consanguíneos del testador, á quien si hubiese muerto intestado, heredarían por recaer en ellos la sucesion abintestato; pues sin embargo de que lo sean, si llama copulativamente á todos, y no hace distincion de las partes que cada uno ha de heredar, y cuando, le sucederán á un tiempo y con igualdad, sin diferencia⁵.

23. El segundo es cuando nombró por sus herederos á su hermano ó hijo de este, ó á él, ó á los de otro hermano muerto, pues se di-

1 Dicha ley 19 palabras: *Otrosi decimos*, hasta el fin.
2 L. 17. al princ. tit. 3. part. 6.
3 Greg. Lop. en la ley 16. tit. 3. part. 6. glos. 1.
4 Gonn. lib. 1. Var. cap. 2. n. 4. vers. *Secus* et finaliter. Cras. in § *Inst.* q. 20. n.

10. Harp. ad Clarum, in § *Testamentum*, q. 10. n. 3. Guerreir. *De divis.* lib. 5. cap. fin. n. 7.
5 Mans. *De testam. valid. et invalid.* tit. 6. q. 16. n. 5. Pachin. *Controv.* lib. 12. cap. 41. Guerreir. ibi n. 8.

vidirá entre todos por iguales partes la herencia: porque cuando la afición del testador recae instantaneamente en todos los instituidos, se contemplan llamados juntamente, y no por orden sucesivo¹. El tercero es cuando instituyó, v. gr. á su hermano y á algunos hijos de este llamándolos por sus propios nombres, pues sucederán tambien igualmente y al mismo tiempo, y no por orden sucesivo²; porque por el hecho de llamar á estos por sus nombres y no á los otros, es visto haberlos amado mas por algun motivo singular que á ello le impelia.

24. El cuarto es cuando instituyó á su hermano, y con limitada especificacion, ó usando de nombre apelativo, á sus hijos, v. gr. si nombra solamente á los nacidos, sin embargo de que su madre estuviere embarazada, ó aunque no se hallase en este caso, se podia esperar por su edad y aptitud para procrear, que pariese mas; ó cuando nombra á los emancipados, no obstante que el padre tenia otros en su poder; pues sucederá con su padre igualmente, y no por orden sucesivo³. El quinto cuando instituyó á su hermano y á los hijos que entónces tenia, y no esperaba procrear mas⁴. El sexto cuando dijo: *Instituyo á mi hermano con sus hijos*, porque esta preposicion *con* es copulativa⁵.

25. El séptimo es cuando hizo la institucion con palabras que, segun las reglas gramaticales, no se pueden entender sucesiva sino simultáneamente: v. gr. *Instituyo á mi hermano Pedro y á sus hijos por mis herederos*; pues heredarán todos á un mismo tiempo, y no por orden sucesivo, porque la palabra *herederos* no conviene al hermano solo sino tambien á sus hijos⁶.

26. El octavo cuando instituyó á un tio suyo hermano de su padre, y á un primo hijo de otro hermano de este; pues aunque el tio y el hermano preceden al primo en la edad y orden de la naturaleza y generacion, y abintestato lo excluyen de heredar, no obstante, en este caso serán admitidos igualmente á la herencia, y no por orden sucesivo segun la prerogativa de grado⁷.

27. El noveno cuando el testador instituyó á muchos sin nombrarlos por sus nombres, sino bajo del colectivo de muchas personas de un mismo grado, pues deben ser admitidos todos juntamente, y heredar por iguales partes: v. gr. *Instituyo á los hijos ó hermanos*; porque entre éstos no hay ni se presume tenerles mayor afecto, y así como conjuntos se estiman por uno⁸.

28. El décimo cuando instituyó á muchos por herederos con

1 Guerreir. ibi n. 9 y 1. Menoch. lib. 4.
2 Guerreir. ibi n. 21.
3 Guerreir. ibi n. 12.
4 Guerreir. ibi n. 13.
5 Guerreir. ibi n. 20. vers. *Secus erit.*

6 Menoch. dicha *praesumpt.* 70 y lib. 4. n. 34. Guerreir. ibi n. 22.
7 Cras. dicho n. 3. Mans. dicha q. 15. n. 6. Guerreir. ibi n. 23.
8 Mans. *supr.* n. 7. Guerreir. n. 24.

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 todos¹: lo cual procede aunque los hijos instituidos con su padre esten emancipados². El undécimo cuando hizo la institucion llamando á uno de sus hijos, y prohibiendo que los bienes saliesen de la familia³.

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 hermanos⁴; porque cuando se conoce el afecto ó inclinacion á los instituidos, y se dirige hácia ellos, se entienden llamados para heredar al propio tiempo y no por orden sucesivo⁵.

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 herencia⁶. Y el décimocuarto en los legados y fideicomisos, en los cuales los instituidos ó nombrados en partes no señaladas son admitidos con igualdad⁷.

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 conceptuan llamados así 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 todos⁸.

32. Lo segundo, cuando llamó á su hermano y á sus hijos, 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 él⁹.

33. Lo tercero, cuando instituyó á su hermano y á los hijos nacidos y que habian de nacer de él¹⁰, ó á sus hijos y descendientes; porque bajo del nombre de descendientes se comprenden no solo los

1 Menoch. praesumpt. 8. n. 7 y 16. Guerreir. ibi. ns. 28. 29 y 30.
2 Menoch. dicha praesumpt. 18. n. 36. al fin, lib. 4.
3 Menoch. dicha praesumpt. 18. n. 18.
4 Menoch. ubi supr. ns. 21 y 23.
5 Menoch. dicha praesumpt. 70, n. 16. lib. 4.

6 Menoch. dicha praesumpt. 18. n. 6. Fosar. De substitut. quaest. 477. ns. 1 y 2. Guerreir. dicho. lib. 5. y cap. fin. n. 25.
7 Guerreir. ibi. n. 26.
8 Guerreir. ibi. n. 14.
9 Guerreir. ibi. n. 15.
10 Guerreir. ibi. n. 16.

hijos, sino los nietos, biznietos y demas posteridad suya hasta su extincion¹; ó á sus hermanos y los suyos, porque este nombre suyos comprende lo mismo que el de hijos, y así en estos tres casos heredarán todos por orden sucesivo².

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 siguen³. Lo quinto, cuando instituyó á su hermano ó á sus hijos, pues estos heredarán despues que su padre, porque la ó es disyuntiva, y así impide que hereden juntamente con él⁴.

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, porque son muchos, sino por el orden expuesto⁵.

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 entónces ningun hijo tiene; pues en este caso es visto que el hijo y el heredero que llegue á tener han de heredar por orden sucesivo⁶.

37. Lo octavo, cuando son nombrados por herederos muchos, 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. *juntamente*, sucederán igualmente y no por orden sucesivo⁷.

38. Y lo nono y último se limita la referida conclusion cuando son instituidas varias personas entre las cuales media el orden de caridad, y por alternativa son llamadas á la sucesion⁸; ó son llamados muchos, el uno por su propio nombre, y sus descendientes por una dición ó palabra colectiva de muchos grados, v. gr.: *Instituyo á Pedro y á sus hijos y descendientes*⁹; ó cuan-

1 Covarr. in cap. Reynutius. §. 2. n. 6. De testam. Guerreir. ibi. n. 17.
2 Menoch. dicha praesumpt. 18. n. 26. Guerreir. ibi. n. 18.
3 Guerreir. ibi. n. 19.
4 Guerreir. ibi. n. 20.
5 Decio. cons. 215. n. 2. vers. Prima respons. Guerreir. ibi. n. 21.
6 Cras. in §. Institutio. quaest. 20. n. 5. Guer-

reir. ibi. n. 27.
7 Mantio. De conject. lib. 4. tit. 9. n. 19. Mans. quaest. 16. n. 19. y 25. Gom. lib. 1. Var. cap. 2. n. 4. Canc. part. 1. Var. cap. 8. num. 97. Guerreir. ibi. ns. 32 y 33.
8 Mans. ibi. n. 28. Guerreir. ibi. n. 34.
9 Cras. dicha quaest. 20. n. 14. Mans. dicha quaest. 16. n. 29. Guerreir. ibi. n. 35.

do 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 según la prerogativa del grado ¹.

39 En cuanto 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, ántes 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 ². Y lo mismo procede cuando 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 ³.

40 Se limita lo expuesto cuando el testador añade á la institucion alguna dición ó palabra por la cual se conoce que quiso 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 estirpes.* 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 dición *por iguales partes* recae sobre los hijos de Juan, y los une entre sí, y no á Pedro con ellos ⁴.

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 ⁵; y la razon es: 1.º porque en duda se supone haber querido disponer con arreglo á derecho, según lo cual son preferidos los hermanos enteros ⁶: 2.º porque la causa del que murió

¹ Guerreir. ibi. n. 36. Mantie. ibi. Mans. ibi. n. 30.

² Guerreir. ibi. ns. 28. y 29. Cras. dicha quaest. 20. n. 15. Mans. ibi. n. 11. Menoch. ibi. n. 15.

³ Boer. decis. 185. n. 16. al fin, lib. 1.

⁴ Not. ibi. n. 16. Cras. dicha, quaest. 20. n. 16. Mans. dicha quaest. 16. n. 12. Guerreir. ibi. n. 29.

⁵ Paul. de Castro. in leg. fin. Cod. De verb. significat. Gom. en la 8. de Toro.

⁶ L. 5. tit. 13. Part. 6.

testado se ha de juzgar en duda por las reglas que rigen abintestato ¹; y 3.º porque mayor aficion se presume para con los hermanos por ambas líneas, que para los medios hermanos ².

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 conceptuan tambien llamados é instituidos los medios hermanos: y lo propio milita y procede cuando interviene la causa de conservar la agnacion en la familia ³.

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 cuando 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.

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 ⁴.

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 mencion de ellos. Lo segundo, porque en la disposicion del testador mas se debe considerar la propinqua 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 ⁵.

46 Entre los herederos extraños se comprenden los usufrutua-

¹ Menoch. cons. 187. n. 40.

² Menoch. praesumpt. 75. ns 19. y 20. lib. 4.

³ Menoch. ubi supr. al fin.

⁴ Gom. ibi. n. 16.

⁵ Gom. ibi. n. 17. Covarr. Pract. cap. 38. n. 4. Velasc. De jure emphiteut. quaest. 10. n. 31. Acev. en la ley 4. tit. 8. lib. 5. Rec. n. 6.

rios, 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 usufruto 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 distribución 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 entrometa en el negocio, no se entienda ser fideicomisario, sino que se tenga y repunte por absoluto heredero.

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 acepta la herencia; pues si en alguno de ellos le tuvieren, no heredarán, y en su lugar será heredero aquel á quien por derecho corresponda¹. Cuando el heredero extraño es inhábil para el manejo de sus bienes, es libre el testador de encargar la administracion de ellos á quien le parezca con postergacion del padre de su heredero, si no mereciese su confianza².

¹ L. 22. tit. 3. Part. 6. Véanse las dos limitaciones que trae Greg. Lop. en ella. ² Arz. de las LL. 7. tit. 16. p. 4. y 8. vers. Otrosí tit. 16. p. 6.

CAPITULO IX.

De los herederos abintestato.

- | | |
|---|---|
| 1 Por cuatro causas hay herencia abintestato. | 6 No solo los nacidos en vida del dicho sino tambien los póstumos. |
| 2 Medio de evitar el perjuicio de quedar intestado por la tercera causa. | 7 Entre los hijos legítimos se comprenden los legitimados por el matrimonio subsecuente. |
| 3 Duda resuelta sobre la validez de una institucion comprendida en la tercera causa. | 8 Esto se entiende aunque sus padres hayan contraído el matrimonio en la vejez, y haya habido otro matrimonio intermedio. |
| 4 Por cualquiera de dichas causas que alguno fallezca intestado, deben heredarle sus parientes naturales. | 9 A falta de hijos legítimos heredarán los nietos, y despues sus biz- |
| 5 Succederán en primer lugar los hijos legítimos del difunto. | |

- | | |
|--|--|
| nietos y descendientes hasta lo infinito. | bres que distinguen su procedencia. |
| 10 Para heredar los nietos han de haber sido concebidos en vida del abuelo. | 29 Los hermanos varones ó hembras suceden con igualdad á sus hermanos muertos abintestato. |
| 11 Sobre la sucesion de los ilegítimos. | 30 Modo de heredar entre hermanos vivos y los hijos de otro hermano muerto. |
| 12 Al que muere abintestato sin descendientes le heredarán sus padres. | 31 Modo de heredar los sobrinos carnales del difunto. |
| 13 A falta de padres le heredarán los abuelos por cualquiera línea. | 32 Duda sobre si siendo desiguales estos heredarán <i>in capita</i> ó <i>in stirpem</i> . |
| 14 Si alguno al morir no tiene padres sino abuelos, heredarán estos á partes iguales. | 33 Deben heredar <i>in capita</i> , y por qué. |
| 15 Concurriendo los cuatro abuelos, heredarán por ramas. | 34 Otro caso de sucesion entre sobrinos del difunto y los hijos de otro hermano del mismo que repudió la herencia. |
| 16 Los hermanos del difunto no concurren con los abuelos á la herencia. | 35 ¿Cómo será la sucesion del que muere dejando un tio y algunos sobrinos hijos de un hermano difunto? |
| 17 Aunque por cada línea concurra un ascendiente, no llevará cada uno los bienes de su línea. | 36 ¿Cómo será la sucesion del que muere dejando un tio hermano de su padre ó madre, y algunos primos hijos de otro tio muerto? |
| 18 Caso dudoso de herencia entre ascendientes. | 37 ¿Cómo será la sucesion del que muere dejando sobrinos carnales y tios hermanos de su abuelo? |
| 19 A falta de descendientes y ascendientes heredarán <i>ab intestato</i> los parientes por línea trasversal. En esta sucesion hay que atender primero á la proximidad del grado. | 38 ¿Cómo será la sucesion del que deja hermanos y medios hermanos? |
| 20 Segundo, que los grados se han de contar por el cómputo civil. | 39 A falta de hermanos enteros y sus hijos heredarán los medios hermanos. |
| 21 Tercero, que no hay primer grado en esta línea. | 40 Pero si hay hijos del hermano entero, excluyen al medio hermano. |
| 22 Cuarto, que en esta sucesion solo tienen lugar los parientes dentro del cuarto grado. | 41 Si solo quedan medios hermanos por ambas líneas, heredarán segun su línea respectiva. |
| 23 Quinto, que entre los parientes de un mismo grado son preferidos los que tienen doble parentesco. | 42 ¿Cómo será la sucesion entre sobrinos carnales, hijos de medios hermanos, en concurrencia con alguno de sus medios tios? |
| 24 Los hijos de un hermano entero del difunto prefieren á los hijos de un medio hermano. | 43 De los bienes troncales. |
| 25 De primos carnales en adelante ya no se atiende á si hubo hermandad media ó entera. | 44 Condiciones precisas para que haya esta sucesion. |
| 26 Caso en comprobacion de esta doctrina. | 45 ¿Qué bienes deben volver al tronco? |
| 27 Sexto, que el derecho de representacion en una línea trasversal tiene lugar únicamente hasta el tercer grado. | 46 Mediante la ley del Fuero Real vuelven hasta los del padre del difunto. |
| 28 Séptimo y último, que los hermanos tienen por derecho varios nombres que distinguen su procedencia. | 47 Entre los bienes troncales se cuentan los censos. |
| | 48 Pero este Fuero no se amplía á los bienes de fuera del territorio en |

rios, 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 usufruto 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 distribución 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 entrometa en el negocio, no se entienda ser fideicomisario, sino que se tenga y repunte por absoluto heredero.

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 acepta la herencia; pues si en alguno de ellos le tuvieren, no heredarán, y en su lugar será heredero aquel á quien por derecho corresponda¹. Cuando el heredero extraño es inhábil para el manejo de sus bienes, es libre el testador de encargar la administracion de ellos á quien le parezca con postergacion del padre de su heredero, si no mereciese su confianza².

¹ L. 22. tit. 3. Part. 6. Véanse las dos limitaciones que trae Greg. Lop. en ella. ² Arz. de las LL. 7. tit. 16. p. 4. y 8. vers. Otrosí tit. 16. p. 6.

CAPITULO IX.

De los herederos abintestato.

- | | |
|---|---|
| 1 Por cuatro causas hay herencia abintestato. | 6 No solo los nacidos en vida del difunto. |
| 2 Medio de evitar el perjuicio de quedar intestado por la tercera causa. | 7 Entre los hijos legítimos se comprenden los legitimados por el matrimonio subsecuente. |
| 3 Duda resuelta sobre la validez de una institucion comprendida en la tercera causa. | 8 Esto se entiende aunque sus padres hayan contraído el matrimonio en la vejez, y haya habido otro matrimonio intermedio. |
| 4 Por cualquiera de dichas causas que alguno fallezca intestado, deben heredarle sus parientes naturales. | 9 A falta de hijos legítimos heredarán los nietos, y despues sus biz- |
| 5 Succederán en primer lugar los hijos | |

- | | |
|--|--|
| nietos y descendientes hasta lo infinito. | bres que distinguen su procedencia. |
| 10 Para heredar los nietos han de haber sido concebidos en vida del abuelo. | 29 Los hermanos varones ó hembras suceden con igualdad á sus hermanos muertos abintestato. |
| 11 Sobre la sucesion de los ilegítimos. | 30 Modo de heredar entre hermanos vivos y los hijos de otro hermano muerto. |
| 12 Al que muere abintestato sin descendientes le heredarán sus padres. | 31 Modo de heredar los sobrinos carnales del difunto. |
| 13 A falta de padres le heredarán los abuelos por cualquiera línea. | 32 Duda sobre si siendo desiguales estos heredarán <i>in capita</i> ó <i>in stirpem</i> . |
| 14 Si alguno al morir no tiene padres sino abuelos, heredarán estos á partes iguales. | 33 Deben heredar <i>in capita</i> , y por qué. |
| 15 Concurriendo los cuatro abuelos, heredarán por ramas. | 34 Otro caso de sucesion entre sobrinos del difunto y los hijos de otro hermano del mismo que repudió la herencia. |
| 16 Los hermanos del difunto no concurren con los abuelos á la herencia. | 35 ¿Cómo será la sucesion del que muere dejando un tio y algunos sobrinos hijos de un hermano difunto? |
| 17 Aunque por cada línea concurra un ascendiente, no llevará cada uno los bienes de su línea. | 36 ¿Cómo será la sucesion del que muere dejando un tio hermano de su padre ó madre, y algunos primos hijos de otro tio muerto? |
| 18 Caso dudoso de herencia entre ascendientes. | 37 ¿Cómo será la sucesion del que muere dejando sobrinos carnales y tios hermanos de su abuelo? |
| 19 A falta de descendientes y ascendientes heredarán <i>ab intestato</i> los parientes por línea trasversal. En esta sucesion hay que atender primero á la proximidad del grado. | 38 ¿Cómo será la sucesion del que deja hermanos y medios hermanos? |
| 20 Segundo, que los grados se han de contar por el cómputo civil. | 39 A falta de hermanos enteros y sus hijos heredarán los medios hermanos. |
| 21 Tercero, que no hay primer grado en esta línea. | 40 Pero si hay hijos del hermano entero, excluyen al medio hermano. |
| 22 Cuarto, que en esta sucesion solo tienen lugar los parientes dentro del cuarto grado. | 41 Si solo quedan medios hermanos por ambas líneas, heredarán segun su línea respectiva. |
| 23 Quinto, que entre los parientes de un mismo grado son preferidos los que tienen doble parentesco. | 42 ¿Cómo será la sucesion entre sobrinos carnales, hijos de medios hermanos, en concurrencia con alguno de sus medios tios? |
| 24 Los hijos de un hermano entero del difunto prefieren á los hijos de un medio hermano. | 43 De los bienes troncales. |
| 25 De primos carnales en adelante ya no se atiende á si hubo hermandad media ó entera. | 44 Condiciones precisas para que haya esta sucesion. |
| 26 Caso en comprobacion de esta doctrina. | 45 ¿Qué bienes deben volver al tronco? |
| 27 Sexto, que el derecho de representacion en una línea trasversal tiene lugar únicamente hasta el tercer grado. | 46 Mediante la ley del Fuero Real vuelven hasta los del padre del difunto. |
| 28 Séptimo y último, que los hermanos tienen por derecho varios nom- | 47 Entre los bienes troncales se cuentan los censos. |
| | 48 Pero este Fuero no se amplía á los bienes de fuera del territorio en |

- que se observa.
- 49 El heredero troncal debe pagar á medias con el heredero regular las deudas del difunto.
- 50 En las herencias abintestato en que constare haber herederos que pueden entrar en posesion, no ha de

- haber intervencion de juez.
- 51 Si los herederos son menores podrá el juez nombrarles tutor.
- 52 Cuando las mugeres quedan pobres tienen derecho á la cuarta marital.
- 53* Opiniones de los AA. sobre si hoy tendrá ó no lugar esta cuarta.

1. **H**erencia abintestato es aquella en que se sucede por la ley, y no por disposicion del difunto. Esto se verifica en cuatro ocasiones: 1.ª cuando el que tiene facultad legal de hacer testamento no lo hace: 2.ª cuando lo otorga faltando á las solemnidades requeridas por derecho: 3.ª cuando despues de haber hecho legalmente el testamento nace al testador algun hijo, del cual no hizo mencion en particular ni en general, en cuyo caso valen los legados: 4.ª cuando hecho legalmente el testamento, omitió el testador la institucion de heredero, ó el que instituyó no quiso aceptar la herencia; bien que subsistirán en ambos casos las mandas y demas disposiciones testamentarias, *y aquella será de los parientes mas próximos del difunto.*

2. Para evitar el perjuicio que resulte de la pretericion ó omision del hijo sobreviviente (que es el tercero de los modos indicados), se ordenará la institucion en esta forma: *Instituyo y nombro por mis herederos en partes iguales á Pedro y á Juana mis dos hijos legítimos, y á los demas descendientes de legítimo matrimonio que por su orden y grado deban heredarme con arreglo á derecho.* De esta manera asegurará el testador su institucion, aunque se case muchas veces y no vuelva á otorgar nuevo testamento, pues comprende á cuantos hijos pueda tener en adelante. Véase en este punto el capítulo de la cláusula codicilar, que es el 23 de este libro.

3. Dúdase si será válida la institucion que solo comprenda genéricamente á los hijos que no existen, como si se dijere: *Instituyo por mis herederos á los hijos que tuviere en mi matrimonio.* Mi opinion es que semejante institucion es nula, y que el que muriere sin reformarla fallecerá intestado, porque el heredero debe existir al tiempo que es instituido.

4. En todos los casos en que alguno fallece *ab intestato* entran á heredarle sus parientes, porque la ley presume que el difunto los hubiera instituido si hubiese otorgado testamento: y por esta razon se suelen llamar los trasversales *legítimos* herederos en un sentido lato, pero nunca *forzosos*. Este parentesco debe ser natural; pues el espiri-

1 L. 1. tit. 13. p. 6.-E.

2 L. 1. tit. 4. lib. 5. R. ó 1. tit. 18. lib. 10. N.

tual, que es el que proviene del bautismo y de la confirmacion, y el legal que nace de la adopcion, no sirven para este efecto.

5. Sentados estos principios, si alguno fallece abintestato le heredarán por el orden siguiente: el hijo ó hijos legítimos que tuviere á partes iguales, sin distincion de agnados ni cognados, que son varones ó hembras, esten ó no bajo la patria potestad¹.

6. No solo los hijos vivos y nacidos deben heredar á sus padres abintestato, sino tambien los *póstumos*, que son los que al tiempo que aquellos fallezcan, existen en el vientre de sus madres: y así para el referido efecto se les conceptúa como nacidos en vida del padre de todos²; y en lo que les es favorable gozan de las prerogativas de aquellos, segun senté en el capítulo de la sucesion de los descendientes legítimos, n. 8 cap. 3 de este título; pero para ello han de concurrir las circunstancias que se expresaron en aquel lugar.

7. La sucesion de los hijos á sus ascendientes legítimos, se entiende no solo de los que han sido concebidos y nacidos despues de casados sus padres, sino de los que nacieron ántes y fueron legitimados por el subsecuente matrimonio, por ser tal la virtud y eficacia de este, que en el todo los iguala á los referido sin excepcion³.

8. Lo cual procede aunque sus padres se casen despues, siendo muy viejos, de modo que no puedan procrear; ó ántes de casarse con sus madres intermedie otro matrimonio con alguna, ya muerta; ó sean hijos de clérigo de menores beneficiado habidos en su concubina, si despues se casa con ella dejando el beneficio; ó el padre no haya tenido en su casa la muger en quien los procreó, con tal que al tiempo de su nacimiento esten libres uno y otro para poderse casar sin dispensacion, no obstante que al de su concepcion no lo estuviesen; pues en todos estos casos se legitimarán los hijos naturales por el subsecuente matrimonio, y sucederán por testamento y abintestato á sus legítimos ascendientes⁴, porque el matrimonio posterior se retrotrae por ficcion y disposicion legal al tiempo de su nacimiento.

9. A falta de hijos heredarán sus nietos, y á falta de estos sus biznietos hasta lo infinito, todos en los mismos términos que se ha dicho respecto de los primeros. Si el difunto deja hijos y nietos, estos no heredan sino cuando ha muerto su padre, y en este caso heredarán todos juntos la cantidad que hubiera heredado su padre si viviera; y la distribuirán entre sí á partes iguales, de modo que tales nietos tendrán juntos igual porcion de la herencia de su abuelo que

1 Leyes 3. tit. 13. Part. 6. y 6. de Toro, que es la 1. tit. 8. lib. 5. R. ó 1. tit. 20. lib. 10. N.

2 Ley 20. tit. 1. Part. 6.

3 Ley 1. verb. *Otroci son legitim.* tit. 13.

Part. 4. *Arg. de la l. 10. tit. 8. l. 5. R. ó 7. tit. 20. l. 10. N.*

4 Morquech. *De divis.* lib. 4. cap. 6. n. 17. al 21.

cualquiera de sus tios, que es, como ya se dijo (a), heredar por estirpes. Si el difunto muere teniendo tres nietos, uno de un hijo muerto y dos de otro, el primero tomará la mitad de la herencia, y los otros dos la otra mitad en representacion de sus padres respectivos¹.

10. Lo cual se entiende cuando nacieron, ó á lo ménos fueron concebidos en vida de su abuelo ó del ascendiente de cuya sucesion se trata, como sucede á los póstumos; pues no siéndolo, no le sucederán ni se subrogarán en el lugar de su padre, porque ningun parentesco tienen con él.

11. Habiéndose reunido en el capítulo 6 de este título toda la doctrina legal acerca de la sucesion de los hijos ilegítimos por testamento y abintestato á los bienes de sus padres, abuelos y parientes, puede consultarse su doctrina, que no se pone aquí por evitar repeticiones.

12. Por tanto, siguiendo el orden de sucesion legítima digo: que despues de los hijos, que tienen esta calidad, y de los legitimados, entrará á suceder el sustituto pupilar expreso; pues si el padre sustituye pupilarmente en sus bienes á su hijo impúbero, y este muere en edad de no poder testar, llevará su herencia el sustituto, y no su madre ni otro ascendiente, á quienes abintestato tocaba heredarle². La razon es porque la ley de Toro concede solamente á los ascendientes la herencia de sus descendientes cuando estos mueren con testamento ó abintestato: y respecto de no fallecer de ninguna de estas maneras el pupilo, no con testamento por no haberlo hecho, ni abintestato por carecer de capacidad y potestad para hacerlo, ni tampoco testar el padre por su hijo sino en nombre propio como bienes suyos privativos, al modo que si este hubiera muerto ántes é instituido-le por su único heredero por no tener madre; es visto haber dejado en su vigor las leyes que le conceden la facultad de sustituirlo, y excluir de la herencia por medio de la sustitucion pupilar á su madre y demas ascendientes maternos³. A mas de que la ley nueva habla generalmente, no deroga ni corrige los casos especiales de la antigua⁴; y aun cuando fuera correctoria, no se extenderia por identidad ó mayoría de razon, excepto que la en que se fundan estuviese expresa en ella, y militase en el caso á que se intentase extender⁵: y respecto no comprender el presente la 6 de Toro, no se deberán dar á la madre las dos partes de la herencia y la otra al sustituto, como quieren los que dicen que el padre testa por el hijo, y que si este pudiera testar lo practicaria así, pues es suponer y fingir una voluntad y

(a) Véase el n. 12 del cap. 3. de este título.

¹ Leyes 3. tit. 13. Part. 6.

² Leyes 6. tit. 5. y 3. al fin. tit. 9. Part. 6. Gom. lib. 1. Var. cap. 4. n. 7. vers. Non obstant. y n. 8. et ibi Aylon ns. 9. y 10

³ L. 12. tit. 5. p. 6. y cap. 1. in fine *De testam.* in 6.—E.

⁴ Parlad. diff. 50. §. 2. n. 7.

⁵ Matienz. en la ley 2. tit. 4. lib. 5. glos. 1. n. 11.

capacidad que no hay. Por cuyas razones y por otras que dan los autores, miéntras no se deroguen las leyes que permiten la exclusion de la madre, ó se declare y amplie la sexta citada (lo cual seria muy útil para cortar disputas y decisiones arbitrarias), parece se debe observar en el todo la sustitucion pupilar como uno de los efectos de la patria potestad; y solo siendo pobre la madre, concibo tendrá derecho á que el sustituto la alimente por equidad y humanidad miéntras subsista viuda, si la herencia lo permitiere, en caso que su marido no la haya dejado congrua sustentacion, ó la cuarta marital que en este caso le concede el derecho (*).

13. A falta de todos los dichos heredarán abintestato los padres del descendiente difunto á partes iguales; pero no sus abuelos¹; porque entre ascendientes no sucede por representacion, sino por la mayor proximidad de parentesco, y no concurrirán los hermanos del difunto con los padres en esta herencia, segun lo previene una ley de Toro² reformando otra de Partida³. Así cuando el difunto deja padre solo ó madre sola, heredará todos sus bienes, y los abuelos nada.

14. Si alguno muere abintestato sin dejar descendientes ni padres, pero sí abuelos por cualquiera línea, heredarán estos con igualdad; y si no hubiere mas que un abuelo por una línea, y hay dos por la otra, percibirá aquel tanta parte de la herencia como estos dos juntos, de modo que el primero llevará la mitad de los bienes de su nieto, y los dos segundos la otra mitad; pero nada los hermanos del muerto, porque nunca concurre la línea transversal con la recta⁴. Si deja un abuelo por una línea y un bisabuelo por la misma ó por otra, toda la herencia será del abuelo con exclusion absoluta del bisabuelo, como se dijo de los padres con respecto á los abuelos.

15. Concurriendo á la sucesion dos abuelos por una línea y dos por la otra, partirán igualmente la herencia todos cuatro, y heredarán por ramas, y por consiguiente los de la una llevarán la mitad que dividirán entre sí, y los de la otra la otra mitad; y lo mismo se entiende para con los úteriores ascendientes.

(*) El reformador del Febrero impugna esta opinion, teniéndola por descabellada, siendo la suya que no debe heredar el sustituto pupilar en competencia con la madre del testador. El editor del Febrero adicionado la prueba también, pero sin hacer total exclusion del sustituto. Está bien, dice, que el padre señale en su testamento por medio de la sustitucion un heredero á su hijo. Sin embargo, ¿puede compararse un extraño, ni aun un consanguíneo con la madre que le trajo en su seno, le crió y alimentó? luego es casi evidente que no puede el sustituto excluirla de la sucesion. Siendo por otra parte principio legal, que no

se vicia lo útil por lo inútil, y que hay actos que deben interpretarse, valdrá la sustitucion en cuanto á la tercera parte de la herencia de que podia disponer el hijo á su arbitrio, la cual deberá llevar el sustituto; pero las otras dos serán de la madre como heredera forzosa. Esta opinion nos parece la mas justa y racional, miéntras no haya una ley que aclare en este punto las que estan vigentes.

¹ Leyes 4. tit. 13. Part. 6. y 6. de Toro.

² L. 4. tit. 8. t. 5. R. ó 2. tit. 20. l. 10. N.—E.

³ Ley 4. tit. 13. Part. 6.

⁴ Leyes 4. tit. 13. Part. 6. y 6. de T.

16. Aunque el difunto deje hermanos ó sobrinos, hijos de estos, no concurrirán con los abuelos ni demas ascendientes á la division de la herencia ni habrán parte en ella, porque estan en grado mas remoto, como lo ordena la ley 7 de Toro, que es la 4 tit. 8 lib. 5 R. 6 2 tit. 20 lib. 10 N., la cual en esta parte corrige la de Partida inserta y otras que lo permitian.

17. Si por una línea concurre un ascendiente y otro por la otra, y ambos en igual grado, parece se deberá hacer distincion y separacion de bienes: quiero decir, que el ascendiente por parte paterna llevará los que por esta línea poseia el nieto ó descendiente de cuya sucesion se trata, y el materno los de esta. Pero no será así; pues ambos partirán indistintamente todos los que por entrambas y por otra cualquiera razon gozaba el difunto, sin diferencia de que sean adquiridos por una ú otra, ó castrenses, cuasi castrenses ó de otra clase¹; y la razon es, porque despues que los bienes estan unidos é incorporados en el patrimonio de alguno se confunden y pierden el nombre; por lo que no se admite distincion ni separacion de ellos, sino en los casos expresos en derecho.

18. Queda sentado que cuando concurren dos ó mas ascendientes de igual grado, partirán la herencia de su descendiente intestado por iguales partes. Pero se duda ¿si en caso de tener el padre ó abuelo el usufruto de sus bienes, serán ó no preferidos á los demas? Para lo cual es de presuponer que aunque por derecho antiquísimo nada de cuanto adventicio adquririan los hijos existentes en el dominio paterno era para ellos, pues todo correspondia en plena propiedad y usufruto á su padre mientras lo tenia en su poder², por estatutos posteriores se dejó á aquellos la propiedad de sus bienes adventicios, y á este se concedió su usufruto durante la patria potestad³. Supuesto lo referido digo: que si concurren dos ó mas ascendientes á la sucesion del descendiente intestado, y uno de ellos tiene el usufruto en sus bienes, debe ser preferido en él, y llevarlo por toda su vida: y la razon es, porque al modo que por muerte de cualquiera extraño propietario no se extingue ni acaba el usufruto, tampoco por la del hijo se extingue el que su padre ó abuelo tienen adquirido en sus bienes⁴; bien que hoy mediante la disposicion de las leyes 47 y 48 de Toro, por las cuales el hijo casado y velado sale de la patria potestad, como si estuviera emancipado, y hace suyos los frutos de sus

1 Cast. ley 6. de Toro, glos. 1. Gom. en ella n. 10 vers. *Sed his non obstantibus.* Greg. Lop. ley 4. tit. 13. Part. 6. glos. 2. Mat. en la 1. tit. 8. lib. 5. glos. 3. n. 7. y glos. 5. n. 1. Cuman. cons. 21. Corn. cons. 94. lib. 1. cons. 7. lib. 4. y cons. 164. lib. 4. Cit. ley 1. tit. 8. lib. 5. R.

6 1. tit. 20. lib. 10. N.

2 Pinedo in leg. 1. Cod. De bon. matern.

3 Ley 5. tit. 17. Part. 4.

4 Mat. ley 9. tit. 1. glos. cit. y en la 1. tit. 8. glos. 3. n. 18. Gom. en la 6. de Toro, n. 11.

bienes sin que su padre se los pueda retener, en muy pocos casos se puede verificar lo expuesto¹.

19 De las tres líneas propuestas en el núm. 13 del capítulo 2 de este título, que tienen derecho á suceder abintestato, es la última la de trasversales ó colaterales, en cuya sucesion hay que advertir: lo primero, que los parientes trasversales deben suceder á su trasversal difunto que murió intestado, segun la prerogativa y proximidad de grado con él: por lo que el que al tiempo de su muerte se halle mas cercano, obtendrá la prelacion en heredar los bienes libres que dejó; y si hay muchos en un mismo grado, y con la propia calidad, todos concurrirán igualmente sin distincion de agnacion ni cognacion; pues no hay preferencia ni diferencia entre las líneas masculina y femenina para este efecto, como por derecho comun antiguo la habia, en lo cual está derogado: y así la hembra próxima excluye al varon remoto².

20 Lo segundo, que los grados de parentesco respecto de la sucesion, contratos y otros actos semejantes fuera del matrimonio, se han de computar segun la forma y modo inducido por derecho civil, y no por el canónico³; y así para conocer cual es el pariente mas cercano, se debe hacer siempre la cuenta principiando desde el colateral que quiera suceder, y ascendiendo hasta el padre ó ascendiente comun, de quien todos los pretendientes provienen, y descendiendo despues hasta el pariente difunto de cuya sucesion se trata: sobre lo cual véase el tratado de mayorazgos, donde se habla de este punto con mayor extension.

21 Lo tercero, que sin embargo de que entre los colaterales ocupan el primer lugar los hermanos enteros para sucederse, y se suceden igualmente⁴; pero no estan en primer grado de consanguinidad entre sí, sino en segundo, porque en esta línea no hay grado primero, y por lo mismo siempre se empieza á contar desde este para la sucesion y saber en cual se hallan los que pretenden heredar al pariente intestado⁵.

22 Lo cuarto, que entre los ascendientes y descendientes legítimos ha lugar la sucesion abintestato en bienes libres hasta lo infinito; pero no sucede así entre los colaterales, pues léjos de am-

1 Gom. ley 6. de Toro, n. 11. y 12. y en la 48. Ayendañ. ley 6. de Toro, glos 6. n. 2. Matienz. ley 1. tit. 8. lib. 5. Rec. glos. 3. ns. 1 al 12. *Recuérdese lo dicho en el n. 7. cap. 7. de este título.—E.
2 Covarr. in Epitom. success. num. 11. Mat. ley 5. tit. 8. lib. 5. glos. 1. ns. 4. y 5. Gom. en la 8. de Toro ns. 2. y 3.
3 Antunez. Portugal De donation. reg. part. 3. cap. 19. n. 44. Covarr. De sponsa. part.

2. §. 6. n. 8. Guerreir. De divis. lib. 4. cap. 7. n. 7. Escobar. comput. 23. n. 3. *Alvarez. (Inst. lib. 3. tit. 1.) dice, que es dudoso si se han de computar en estos casos los grados canónica ó civilmente.—E.

4 Ley 5. tit. 13. Part. 6. Gom. lib. 1. Var. cap. 1. n. fin.

5 L. 3. tit. 6. part. 4. Matie. ubi proximè. Greg. Lop. en la misma.

pliarse se coartaba y limitaba por el derecho de las Partidas hasta el décimo grado: de modo que desde este en adelante, sin embargo de que se encontrasen parientes, no tenían derecho á heredar los bienes del que murió intestado, ántes bien recaían en el fisco¹; y hoy en estando fuera del cuarto grado civil, recaen los bienes en él, y así solo tienen derecho los hermanos, primos y sobrinos carnales del que falleció intestado á heredar sus bienes² (*).

23 Lo quinto, que aunque en esta línea son admitidos igualmente los parientes que están en un mismo grado, como queda sentado, no obstante, si en alguno de ellos concurre ó interviene doble conjunción ó cualidad mayor que en los demás, será preferido, sin embargo de que todos se hallen en el propio grado, v. gr. cuando el difunto deja hermanos enteros y medios; pues los enteros entrarán á suceder y llevarán toda su herencia, y los medios nada³.

24 Lo mismo procede si el difunto deja sobrinos hijos de dos hermanos, el uno entero y el otro medio; pues los del entero, representando á su padre le heredarán y preferirán á sus primos hijos de su medio tío⁴: é igualmente preferirán á este, no obstante estar en grado mas cercano, porque suceden por representación de su padre, que si viviera lo excluiría⁵.

25 Pero es de advertir y tener presente que esta mayor cualidad de conjunción se extiende únicamente á los hijos de los hermanos enteros del difunto, que son primos carnales, los cuales representando las personas de su padre ó madre, preferirán á su tío, ya sea uterino ó consanguíneo, sin embargo de ser su grado mas distante, y no se amplía á otros parientes ulteriores: por lo que si alguno muere abintestato sin dejar ascendientes, descendientes, hermanos ni hijos de este, y sí solamente un tío hermano entero de su padre, otro tío hermano uterino de este, ó por el contrario, uno entero y otro consanguíneo, no será preferido el entero, ántes bien ambos serán admitidos igualmente á la sucesión por estar en igual grado, y no considerarse ni estimarse la cualidad y prerrogativa de doble conjunción fuera de los hermanos y sus hijos⁶.

1 L. 6. tit. 13. part. 6. cerca del fin. *Esta ley, en defecto de parientes hasta dicho grado, llamaba al marido á la sucesión de la muger y esta á la del marido; pero en sentir de Alvarez esta disposición ha sido derogada por las recopiladas que adelante se citan. * Covar. ubi supr. n. 21. Mat. ibi n. 2. Gom. en dicha ley 8. de Toro n. 5.
2 LL. 9. tit. 10. lib. 1. R., ó 1. tit. 11. lib. 2. y 6. tit. 22. lib. 10. N.
(*) Véase sobre este punto á Sala en su obra: *Ilustracion del derecho Real de España*, lib.

2. tit. 8. n. 10. ult. edic. mejicana.

3 L. 5. tit. 13. part. 6.

4 Greg. Lop. en dicha ley 5. Covar. in *Epitom. succes.* n. 7. Gom. Arias en la ley 8 de Toro ns. 14. y 19. Tello en ella ns. 4 y 5. y Gom. n. 7. vers. *Imo quod magis est.* Matienzo en la 5. tit. 8. y 5. gl. 1. n. 7.

5 L. 5. tit. 13. part. 6. en las palabras *E* sobre todo decimos.

6 Dicha ley 5 al fin. Greg. Lop. en ella gl. 1. Tello en la 8 de Toro n. 4. Gom. en esta n. 6 y Avendaño gl. 2. n. 2. Matienzo

26 Lo propio milita por la misma razon si á la sucesión concurren hijos de hijos de hermano, pues sucederán todos igualmente al hermano de su abuelo, aunque algunos de ellos descendan de hermano entero: ó si el difunto deja muchos primos, hijos de varios hermanos de su padre, que están en cuarto grado; pues no obstante que algunos sean conjuntos procedentes de hermano entero y los otros de medio hermano, serán admitidos todos con igualdad, y se atenderá solamente á que existen en un mismo grado de parentesco; lo que no sucederá si son hijos de sus propios hermanos. E igualmente con superior razon procede lo expuesto en cada uno de los grados ulteriores ó mas distantes¹.

27 Lo sexto, que la representación es un derecho, en virtud del cual los descendientes son llamados á la sucesión de sus ascendientes hasta lo infinito para entrar á ocupar su lugar, y percibir lo que el ascendiente inmediato percibiria del suyo si viviera; pero los trasversales lo son únicamente hasta el tercer grado de su transversal²: por lo que en la línea de los ascendientes no se admite ni ha lugar; y para que la haya en los trasversales hasta el referido grado, que son primos carnales, debe concurrir precisa é indispensablemente con ellos algun tío de igual cualidad de conjunción, y no de otra suerte: y aun en este caso en ellos empieza y concluye sin pasar mas adelante³. Lo cual se entiende á falta de verdadera costumbre contraria, pues si la hubiere se observará.

28 Y lo séptimo y último, que los hermanos tienen diversos nombres en derecho: unos se llaman *hermanos enteros* por ser hijos de un mismo padre y madre (a): otros *consanguíneos* ó *paternos*, y son los de un padre y de diversas madres: otros *uterinos* ó *maternos*, y son los de una propia madre, porque estuvieron en su vientre y los engendraron distintos padres: á estos llaman tambien *medios hermanos*, ya sea por consanguinidad ó uterinidad; quiero decir, por haber sido engendrados por diferentes padres en una madre, ó paridos por diversas madres y engendrados por un solo padre.

29 En los lugares en que no hay costumbre de que los bienes de los interesados vuelvan al tronco, y la raíz á la raíz, si el difunto tiene hermanos enteros y ningun ascendiente ni descendiente, le sucederán con igualdad sus hermanos, ya sean todos varones ó hembras, ó de ambas clases; pues no se atiende á la cuali-

zoz en la 5. tit. 8. lib. 5. gl. 1. n. 8. Covar. in *Epitom. succes.* n. 9.

1 Paul de Castro in *Authent. 1. Post fratres*, n. 4. Corn. ibi col. 1. Gom. dicho n. 8. vers. *Et ideo.* Covar. y Matienzo lib. Morquech. *De divis.* ibi 4. cap. 1. n. 2 al 4.

2 Robles *De represent.* lib. 1. cap. 3. n. 2.

Sous. in leg. *Faeminae ff. De regul. ju.* n. 197 al 295. Guerreir. *De divis.* lib. 4 cap. 6. n. 1.

3 L. 5. al princ. tit. 13. part. 6. y ley 241 del *Estilo*.

(a) Estos tambien se llaman *germanos*, quasi ab eodem germine nati.—E.

dad de la agnación ó cognación, ni prefiere la una á la otra¹, como queda sentado.

30 Si deja un hermano entero uno ó mas hermanos y sobrinos carnales, hijos de otro hermano ó hermanos tambien enteros, heredarán por sí cada uno de los hermanos; y los sobrinos representando á sus padres muertos, por líneas: quiero decir, que se hará la cuenta de cuántos hermanos son entre vivos y muertos, y se dividirá en tantas partes la herencia como si todos existieran, y luego los hijos de los muertos partirán entre sí aquella parte ó porción que tocaria á sus respectivos padres y estos llevarian si vivieran; pues los representan, entran en su lugar y lo ocupan².

31 Si no tiene hermanos vivos, y si sobrinos hijos de dos ó mas hermanos enteros muertos, heredarán cada uno de por sí, repartiendo con igualdad entre sí los bienes de su tío sin distincion de agnación ni cognación, como se prueba de la ley 5. tit. 13. Partida 6.

32 La disposicion de esta ley y la de la 13. tit. 6. lib. 3. del Fuero Real parece debe entenderse cuando los sobrinos, hijos de cada hermano, son iguales en número, y no cuando son desiguales, v. gr. de un hermano uno, de otro dos, de otro tres ó mas &c.; pues como que lo representan los de cada uno, heredan por líneas, que es solamente la parte que, si viviera, llevaria cada hermano del difunto. Sobre lo cual hay diversidad de dictámenes, por no distinguir las dos leyes citadas, ni la 8 de Toro, que dice: *Mandamos que sucedan los sobrinos con los tios abintestato á sus tios in stirpem y no in capita.*

33. Pero el que debe seguirse es: que ya sean muchos ó pocos, é iguales ó desiguales en número, deben suceder á su tío en cabeza propia: lo primero, porque indistintamente lo ordenan las leyes citadas, y cuando no distinguen no debemos distinguir: lo segundo, porque la 8 de Toro no habla de este caso, sino de cuando concurren los sobrinos con los tios, y así no es correctoria de ella; y lo tercero, porque todos los sobrinos estan en igual grado; y aunque entran por representacion á heredar á su tío muerto, esto es cuando está vivo algun hermano de este, que tambien concurre á heredar y les sirve de forma y causa para que tenga lugar la representacion y que no sean excluidos, y así solo en este caso le tiene y en él se extingue: mas no cuando son solos, pues entónces no tienen á quien representar porque les falta el fomento para la representacion, por lo que entran á heredar por su propio derecho como parientes mas cercanos que estan en igual grado³; y es lo que como justo se observa.

1 L. 5. tit. 13. part. 6.

2 L. 5. cit. y ley 8. de Toro, que es la 5.

3a Greg. Lop. en dicha ley 5. gl. 3. Cast. en tit. 8. lib. 5. R. 6 2. tit. 20. lib. 10. N.

34. Y si concurriendo hermano del muerto y sobrinos hijos de otro hermano de ambos tambien muerto, repudiare el hermano vivo su parte de herencia y tuviere hijos, no se acrecerá esta á sus sobrinos hijos de otro hermano muerto, ántes bien la llevarán los hijos del repudiante, y por consiguiente se dividirá igualmente toda la herencia del difunto intestado entre todos sus sobrinos, hijos de sus dos hermanos: la razon es porque los hijos del repudiante y los del otro hermano estan en igual grado ó lugar, y entran por su propio derecho como parientes mas inmediatos, pero no por el de sus padres: así que se conceptúa al repudiante para este caso como si no existiera, y á sus hijos como á los del otro hermano muerto; por esta razon y por las expuestas en el párrafo inmediato heredarán todos cada uno por su propia persona¹.

35. Muriendo alguno, y dejando un tío, hermano de su padre ó de su madre, y asimismo hijos de un hermano suyo ya difunto, parece que todos concurrirán igualmente, porque cada uno está en tercer grado, y los hijos del hermano no suceden representativamente sino cuando concurren con otro hermano vivo del difunto; pero no obstante serán preferidos al tío los hijos del hermano del muerto, aunque sean medios hermanos: lo primero, porque la línea de los descendientes aun respecto de los colaterales siempre se reputa mas cercana, y por derivacion natural debe ser preferida á la superior tambien de ellos; y lo segundo, porque el hijo del hermano representa indistintamente al padre del difunto, y para heredar es lo mismo que si este viviera, porque toma sus veces y se subroga en su lugar, ya concurra con otro hermano vivo del difunto ó con los hijos de otro hermano muerto de este: y en los ascendientes no hay representacion².

36. Si deja un tío hermano de su padre ó madre y primos suyos hijos de otro hermano tambien de su padre ó madre (que son sobrinos carnales del tío vivo), no entrarán estos á la sucesion, y si solo el tío, porque está en grado mas cercano, y los sobrinos en el cuarto³.

37. Falleciendo un tío hermano de padre, si concurren á heredarle sobrinos hijos de un hermano suyo, y quiere concurrir tambien un hermano de su abuelo ó abuela paterno ó materno, será excluido el hermano de los abuelos, y heredarán los hijos del hermano del muerto por la representacion de su padre y por hallarse en grado

la 8. de Toro, gl. 1. Cifuent. en ella n. 4.
Tello n. 3. Avendaño, gl. 1. Góm. Arias
ns. 3 y 4. Matienzo en la 5. tit. 8. lib. 5.
gl. 1. ns. 14 y 15. Molin. *De primogen.*
lib. 3. cap. 7. ns. 21 y 22.
1 Greg. Lop. en dicha ley 6. gl. 2. Covar.

in Epitom. success. vers. Decima conclus. Ma.
tienzo en dicha ley 3. gl. 1. n. 18.
2 Góm. en la ley 8. de Toro n. 14. vers.
Sed his non obstantib. Matienzo ibi n. 19.
Parlad. lib. 2. *Res. quotidianar.* cap. 15.
3 Decio cons. 444. vol. 4. Parlad. ibi.

mas inmediato, lo cual se entiende aunque sean medios hermanos¹.

38. Si deja el difunto varios medios hermanos consanguíneos ó uterinos, que es por la línea paterna ó materna, y otros enteros, ó por ambas líneas, nada llevarán los medios hermanos ni sus hijos, ántes bien toda la herencia será para los enteros, los cuales obtendrán la preferencia por la doble conjunción², como he sentado en los párrafos anteriores.

39. Pero faltando estos y sus hijos, si tiene solamente hermano ó hermanos consanguíneos ó uterinos, le heredarán en el todo indistintamente. Lo cual procede aunque el difunto deje tío hermano de su padre ó madre, por cuya línea poseía los bienes, pues los medios hermanos como mas inmediatos parientes de su hermano entero, prefieren al tío que está mas distante; y así sucederán en todos sus bienes de cualquiera calidad y parte adquiridos, sin diferencia de título ni líneas³.

40. Si deja sobrinos hijos de hermano entero, aunque tenga un medio hermano, lo excluirán no obstante estar en grado mas cercano que ellos, y llevarán toda la herencia: y la razón es porque si su padre viviera lo excluiría por la mayor cualidad de conjunción doble de parentesco con el difunto; y respecto representar los sobrinos la persona de su padre, deben excluir también á su medio tío por la propia razón⁴.

41. Y si deja solamente medios hermanos, unos por una línea y otros por la otra, heredarán los de la consanguínea ó paterna los bienes que por ella poseía el difunto, y los de la materna ó uterina los que por esta gozaba: y si tenía algunos mas adquiridos por arte, oficio ú otro título los partirán igualmente, como se prueba de la ley 6 tit. 13. Part. 6: y en cuanto á las deudas pagará cada uno las que contrajo por razón de sus respectivos bienes el difunto; y si no consta por cuales las causó, las satisfarán todos á prorata de los que hereden⁵.

42. Del mismo modo sucederán á su difunto tío los hijos de los hermanos uterinos y consanguíneos, representando las personas de sus padres, ya concurren entre sí solos ó con algun medio tío suyo, con la diferencia de que concurriendo entre sí heredarán por cabezas, y si interviene su medio tío por ramas, porque versa la propia razón que cuando son enteros, y ninguna ley ordena otra cosa en este caso; pero en los nietos y demas descendientes de estos no ha lugar esta distinción ni separación de bienes, ni en los tíos herma-

¹ Gom. en dicha ley 8. n. 14. Mat. ibi n. 19.

² L. 5. tit. 13. part. 6. verb. *E sobre todo.*

³ Matienzo en dicha ley 5. gl. 1. n. 9.

⁴ L. 5. al fin tit. 13. part. 6. Gom. en la 8. de Toro n. 7. vers. *Imo quod magis*

est. Gom. Arias en ella n. 19. y Avendaño

gl. 2. n. 2. Mier. *De majorat.* part. 2. q.

7. n. 8. Mat. ibi n. 7.

⁵ Greg. Lop. en la ley 6 cit. gl. 2.

nos de padre ó madre, ó de otros ascendientes, cuando concurren á heredar á sus sobrinos; y así todos se dividirán con igualdad entre los que sean y esten en un propio grado, sin diferencia de adquisición, sea por el título que fuere, porque en derecho no se halla preceptuado lo contrario, ni respecto de ellos se hace distinción de bienes, por cuya razón no se llaman paternos ni maternos, como entre los hermanos y sus hijos por estar mezclados y confundidos, y no considerarse sino proximidad de grado, ni deberse ampliar ni entender sino de los derechos expresados¹; por lo que los medios hermanos del difunto excluirán al tío hermano del padre ó madre de este, como mas propincuos, ya haya heredado de su padre ó madre, hermanos de su tío, ó de otra parte, los bienes que dejó.

43. Aunque la referida doctrina es la general, hay territorios en los cuales es costumbre que vuelvan al tronco los bienes de los que mueren sin descendientes legítimos, la cual tiene origen en el derecho romano, ó mas bien en la variedad de interpretaciones que los juriconsultos daban á la ley 3 del Código, *De bonis quae liberis*. Introdújose en Castilla, estableciéndola ó confirmando la el rey Don Alonso en el Fuero de Sepúlveda, y dióle mayor fuerza la ley 10. tit. 6. lib. 3. del Fuero Real, que dice: *El abuelo que fué del padre, herede lo que fué del padre, y el abuelo que fué de la madre herede lo que fué de la madre.* Y aunque la ley 4. tit. 13. Part. 6 derogó las anteriores, mandando que en caso de morir un hijo sin testamento y sin dejar descendientes ni hermanos, *que entónce el padre é la madre deben heredar igualmente todos los bienes de su fijo*, no por eso dejó de observarse la anterior costumbre en algunos pueblos, por no haberse admitido generalmente las leyes de Partida. Queriendo pues los reyes católicos respetarla, exceptuaron al establecer la ley 6 de Toro, los pueblos en que aquella estuviere en observancia²; y así se practica en Sepúlveda, Molina y otros varios.

44. Para la inteligencia de esto es de advertir: lo primero, que es preciso se pruebe claramente el uso y observancia del Fuero³, porque el uso y costumbre consisten en hecho, y debe probarlo el que los alega⁴: lo segundo, que el precepto de esta ley se entiende abintestato y no por testamento, pues de lo contrario se impediría al testador la libertad de testar⁵; lo cual se limita en el caso de que la costumbre sea volver los bienes al tronco, y la raíz á la raíz, pues

¹ Gom. en la ley 8. de Toro n. 8. vers. *Item adde prosequendo materiam.* Greg. Lop. en la ley 6. tit. 13. part. 4. gl. 1. Matienzo en la 5. tit. 8. lib. 5. gl. 1. n. 12. Covar. in *Epitom. succes.* v. 8.

² L. 1. tit. 8. lib. 5. R., ó 1. tit. 20. lib. 10. N.

³ Suar. in *Proem. leg. For.* art. 6. Burg. de Paz en la ley 1. de Toro n. 198. Greg. Lop. en la 7. tit. 2. part. 1. gl. 4.

⁴ Greg. Lop. ibi.

⁵ Rojas in *Epitom. succes.* cap. 30. n. 11. Gom. en la ley 6. de Toro, n. fin. vers. *Sed his non obstantibus.*

entonces procederá tanto por testamento como abintestato¹; y lo tercero, que no es suficiente que el fuero comprenda al pueblo en que se quiere usar, pues es preciso que esté robustecido con la costumbre de usarse y guardarse, y en otros términos no vale, ni se debe juzgar por él, como lo ordena la ley 1. de Toro.

45. Conviene examinar ahora, ¿qué bienes raíces deben volver al tronco segun este fuero? ¿han de ser solamente los que el difunto intestado heredó de sus ascendientes superiores, v. gr. bisabuelos, abuelos, ó los que su padre y madre adquirieron, ó tambien los que el mismo difunto hubo de otra parte? Y parece que deberán volver solamente los que le provinieron de sus ascendientes; porque las palabras *volver al tronco*, denotan con propiedad haber provenido de aquel adonde han de regresar.

46. Pero mediante la ley del Fuero Real inserta, se incluirán no solo los que adquirieron los abuelos y demas ascendientes, sino los que compró y heredó su padre. Y lo propio milita, segun Avendaño², para con los que el hijo adquiere de otra parte; bien que dudo de esto, porque ni la ley lo dice ni de ella se colige.

47. Entre estos bienes troncales se deben numerar los censos perpetuos, porque siguen la naturaleza de bienes raíces, y así deben volver al tronco sin disputa; pero no los redimibles³, sin embargo de que Ayora⁴ afirma que sí: y la razon es porque estos bienes no son raíces, ni mas que un dinero puesto á interes con seguridad y prohibicion de pedirlo al que lo da, hasta que el que lo recibe quiera devolverlo, y el que lo da ningun dominio tiene en la finca afecta á su responsabilidad, y si solo hipoteca en ella y derecho á percibir sus réditos; y si se redime el capital, no hay finca raiz, y queda únicamente el dinero, que es la cosa mas movable que hay: lo cual se entiende, excepto que en el pueblo haya costumbre contraria.

48. No se amplía la disposicion de este fuero á los bienes raíces existentes fuera del territorio en donde se usa, ni á personas de quienes ninguna mencion hace, ni á los bienes muebles aunque esten en el mismo pueblo, ni tampoco á los que la muger lleva en dote estimados con estimacion que causa venta; pues como se trasfiere al marido su dominio, puede volverlos ó su estimacion, sin que muerto el hijo se le obligue precisamente á su devolucion⁵.

49. Por conclusion de esta materia digo: que así el heredero de los bienes troncales como el de los demas pagarán á prorata las

¹ Avendaño ley 6. de Toro, gl. 11. n. 8.

² Dicha ley 6. gl. 11. n. 15 al 23.

³ Avendaño en dicha ley 6 de Toro, y gl. 11. n. fin. Sigüenza *De clausul.* lib. 2. cap.

11. § 37. n. 291. y otros que citan.

⁴ Part. 3. q. 28.

⁵ LL. 18, 19 y 20. tit. 11. part. 4. Sigüenza lib., cap. y § cit. n. 81.

déudas del difunto, no el troncal solo, porque ambos son verdaderamente herederos y no legatarios, este en virtud del fuero municipal, y aquel por la ley de Toro.

50. En las herencias abintestato en que constare haber herederos que pueden desde luego entrar en su posesion, no deben intervenir los jueces así eclesiásticos como seculares, sino que se entregarán íntegras á los herederos, en los términos y casos que previene la ley 10 t. 4 l. 5 R. 6 13. tit. 20. lib. 10. N., siendo de cargo de estos hacer el entierro, exequias y demas sufragios, segun la costumbre del pais y clase del difunto; mas si en esto anduviesen omisos, entonces y no ántes podrán compelerles á ello sus jueces propios, sin que se entrometan á inventariar ni hacer ninguna otra gestion en los bienes de la herencia¹.

51. Si los herederos son menores, y no tienen tutor que pida el inventario, ó está ausente, podrán los jueces respectivos nombrarles tutor ó defensor, y mandar inventariar y depositar en persona segura, con asistencia de este, los bienes *abintestato*, con el fin de evitar su extravío, y entregarlos despues á los herederos sin deducion del quinto ni otra cosa; mas no deberán los jueces asistir al inventario, segun mas extensamente se dice en el juicio de particiones.

52. Cuando las viudas quedan muy pobres, y sus hijos ricos con la herencia de su padre, tienen derecho á la cuarta parte de los bienes de su marido, con tal que no exceda de cien libras de oro², y esto es lo que se llama la *cuarta marital*. Este derecho no tiene lugar en tres casos, á saber: cuando la viuda vive licenciosamente; cuando se casa segunda vez, y cuando queda usufrutuaria³. En caso de casarse segunda vez, ántes ó despues del año de viuda, perderá la propiedad de los bienes que le tocaron por su cuarta marital, y se transmitirá á los herederos del marido; pero el usufruto de dichos bienes lo tendrá por toda su vida⁴. Muchos autores dan igual accion al viudo pobre; y aunque parece que hay la misma razon en este caso que en el otro, no he visto que en la práctica se haya adoptado su opinion.

¹ L. 16. tit. 4. lib. 5. R. 6 14. tit. 20. lib. 10. N. *Esta prohibicion que tienen los jueces para mezclarse en formar inventario de los bienes del intestado que deja descendientes ó ascendientes, debe entenderse limitada, como advierte Sala, é indica la misma ley, al caso de que pretendan hacerlo porque el heredero no aplique lo que debe en favor de la alma del difunto; pues siendo aquel menor ó estando ausente, bien podrá el juez proceder á su formacion.—E.

² L. 7. tit. 13. part. 6. *Del valor de estas

libras hablan Covarrubias *De veter. num. coll.* cap. 6. y Ant. Gom. 2. *Var.* cap. 4. n. 6. Segun Escobar *De ratiocin. comput.* 1. ns. 16 y 17. y *comput.* 25, cada libra tiene 62 castellanos ó sueldos de oro, y cada uno de estos 485 maravedis. Escricho *Diccionario de Legisl.* en este art. dice, que equivalen á 102, 705 rs. de vellon.

³ Greg. Lop. en dicha ley 7.

⁴ Cast. en la 6. de Toro, Gratian, *Discept. for.* cap. 120.

53 *Como el objeto de la precitada ley de Partida fué, que la muger que habia disfrutado comodidad en vida de su marido, no se viesse en su muerte reducida á la indigencia, al paso que sus hijos podian abundar en riquezas, opina Alvarez ¹, que atendida la reciprocidad de sucesion que ha establecido la ley ² entre ascendientes y descendientes, se puede dudar con fundamento que tenga ya lugar la cuarta marital, pudiendo bastar á aquel objeto la mitad de gananciales que debe haber la viuda. Sala ³ sin embargo cree que subsiste, fundado en que la ley de Recopilacion no puede ser derogatoria de la de Partida, porque aquella nada estableció en perjuicio de los acreedores, entre los cuales reputa á la muger por la cuarta marital; la cual debe sacarse de todos los bienes del marido, como deuda legal á cuyo pago estan sujetos todos, aunque el marido haya muerto testado, si no es que fuese tan rico, que dejándole ménos le dejase con que vivir. De este mismo principio deduce Escriche ⁴ que dicha cuarta tendrá lugar aun cuando queden hijos del matrimonio, ó la viuda con su trabajo pueda ganar el sustento, ó adquiriera algunos bienes despues de la muerte de su marido, y por último, aun cuando este le legue el quinto, si no alcanzare para sus regulares alimentos*.

¹ Alvarez Instituc. lib. 3. tit. 1. § 1. en la nota. ³ Sala *Ilustrac. al der.* lib. 2. apend. al tit. 8. n. 7.
² L. 1. tit. 8. lib. 5. R., ó 1. tit. 20. lib. 10. N. ⁴ Lug. cit.

CAPITULO X.

De las sustituciones de herederos.

- | | |
|--|---|
| 1 ¿Qué es sustitucion, y en cuantas especies se divide? | 9 Puede el padre sustituir pupilarmente á un hijo desheredado. |
| 2 ¿Qué es sustitucion vulgar? | 10 ¿Qué sucede en la sustitucion pupilar de un hijo arrogado? |
| 3 ¿Qué debe hacerse cuando la institucion es desigual? | 11 El sustituto pupilar queda dueño absoluto de los bienes del pupilo. |
| 4 De la sustitucion pupilar. | 12 El padre por medio de la sustitucion pupilar puede privar á la madre de la sucesion de sus bienes. |
| 5 De la sustitucion del póstumo. | 13 ¿Por cuántas causas fallece la sustitucion pupilar. |
| 6 La sustitucion pupilar es manifiesta ó tácita. | 14* Cuando el padre sustituye á su hijo pupilarmente se dice que hay dos testamentos.* |
| 7 Si tiene el testador dos hijos, uno mayor y otro menor, de catorce años, muerto el segundo no le heredará el primero por sustitucion pupilar, sino por parentesco. | 15 ¿Qué es sustitucion ejemplar? |
| 8 No puede el abuelo sustituir pupilarmente á su nieto. | 16 ¿Qué orden debe guardarse en es- |

- | | |
|--|---|
| ta sustitucion? | 32 Excepcion de esta regla general. |
| 17 Puede ser instituido ejemplarmente el que tuviere incapacidad de testar. | 33 Un grado de sustitucion declara otro grado |
| 18 ¿Por cuántas causas fallece esta sustitucion? | 34 Resolucion de varios casos. |
| 19 ¿Qué es sustitucion compendiosa? | 35 Otro caso resuelto. |
| 20 ¿En qué bienes heredará la madre al pupilo, si estando sustituido muere impúbero? | 36 La designacion de los sustitutos por su propio nombre ó por el apelativo no induce diferencia. |
| 21 Se aclara el punto antecedente. | 37 Observacion de la particula <i>con</i> en las instituciones. |
| 22 ¿Qué es sustitucion brevilocua? | 38 Caso dudoso de varios herederos y sustitutos. |
| 23 ¿Qué es sustitucion fideicomisaria? | 39 Excepcion de la doctrina antecedente. |
| 24, 25, 26, 27 y 28. Casos relativos á la doctrina de esta sustitucion. | 40 Otro caso y su resolucion. |
| 29 ¿Qué han establecido nuestras leyes en este punto? | 41 Sobre si la condicion impuesta al heredero comprende tambien al sustituto. |
| 30 Autores que lo han tratado mas extensamente. | |
| 31 El sustituido sucede al heredero en | |

1 **S**ustitucion se llama el nombramiento de otro heredero para que este perciba la herencia á falta del instituido en primer lugar. Es de dos maneras, *directa y oblicua ó indirecta*. Por la primera percibe el sustituto la herencia sin intervencion de nadie, y por la segunda la obtiene por medio de otra persona. La sustitucion de heredero en general se divide en seis especies, que son: *vulgar, pupilar, ejemplar, compendiosa, brevilocua y fideicomisaria* ¹. En la primera, segunda, cuarta y quinta entra en la herencia el sustituto en representacion del heredero, por lo cual debe este ser nombrado primeramente y despues aquel. En la tercera y sexta el sustituto representa la persona del testador. Toda sustitucion de heredero debe hacerse en testamento y no en codicilo.

2 La sustitucion vulgar es *aquella que directamente se puede hacer á todos y por todos* ², la cual es de dos maneras, *expresa ó tácita*: expresa, como cuando se dice: *Instituyo á Juan por mi heredero, y si este no lo fuere á Antonio*: si el primero muere ántes de entrar en la herencia, ó no quiere aceptarla, pasará al segundo, y lo mismo sucederá si al último se hubiese nombrado otro ú otros sustitutos, los cuales deberian suceder en su respectivo caso ³. Tácita, como en el siguiente ejemplo: *Nombro por mis herederos á Pedro, Antonio y Juan para que el que me sobreviva sea mi heredero*: si á la muerte del testador viven todos, llevarán la herencia á

¹ L. 1. tit. 5. part. 6. ³ Covar. *De testam.* Gom. lib. 1. *Var.* cap. 111. n. 14.
² LL. 1 y 2. tit. 5. part. 6. TOM. II. 14

53 *Como el objeto de la precitada ley de Partida fué, que la muger que habia disfrutado comodidad en vida de su marido, no se viese en su muerte reducida á la indigencia, al paso que sus hijos podian abundar en riquezas, opina Alvarez ¹, que atendida la reciprocidad de sucesion que ha establecido la ley ² entre ascendientes y descendientes, se puede dudar con fundamento que tenga ya lugar la cuarta marital, pudiendo bastar á aquel objeto la mitad de gananciales que debe haber la viuda. Sala ³ sin embargo cree que subsiste, fundado en que la ley de Recopilacion no puede ser derogatoria de la de Partida, porque aquella nada estableció en perjuicio de los acreedores, entre los cuales reputa á la muger por la cuarta marital; la cual debe sacarse de todos los bienes del marido, como deuda legal á cuyo pago estan sujetos todos, aunque el marido haya muerto testado, si no es que fuese tan rico, que dejándole ménos le dejase con que vivir. De este mismo principio deduce Escriche ⁴ que dicha cuarta tendrá lugar aun cuando queden hijos del matrimonio, ó la viuda con su trabajo pueda ganar el sustento, ó adquiriera algunos bienes despues de la muerte de su marido, y por último, aun cuando este le legue el quinto, si no alcanzare para sus regulares alimentos*.

¹ Alvarez Instituc. lib. 3. tit. 1. § 1. en la nota. ³ Sala *Ilustrac. al der.* lib. 2. apend. al tit. 8. n. 7.
² L. 1. tit. 8. lib. 5. R., ó 1. tit. 20. lib. 10. N. ⁴ Lug. cit.

CAPITULO X.

De las sustituciones de herederos.

- | | |
|--|---|
| 1 ¿Qué es sustitucion, y en cuantas especies se divide? | 9 Puede el padre sustituir pupilarmente á un hijo desheredado. |
| 2 ¿Qué es sustitucion vulgar? | 10 ¿Qué sucede en la sustitucion pupilar de un hijo arrogado? |
| 3 ¿Qué debe hacerse cuando la institucion es desigual? | 11 El sustituto pupilar queda dueño absoluto de los bienes del pupilo. |
| 4 De la sustitucion pupilar. | 12 El padre por medio de la sustitucion pupilar puede privar á la madre de la sucesion de sus bienes. |
| 5 De la sustitucion del póstumo. | 13 ¿Por cuántas causas fallece la sustitucion pupilar. |
| 6 La sustitucion pupilar es manifiesta ó tácita. | 14* Cuando el padre sustituye á su hijo pupilarmente se dice que hay dos testamentos.* |
| 7 Si tiene el testador dos hijos, uno mayor y otro menor, de catorce años, muerto el segundo no le heredará el primero por sustitucion pupilar, sino por parentesco. | 15 ¿Qué es sustitucion ejemplar? |
| 8 No puede el abuelo sustituir pupilarmente á su nieto. | 16 ¿Qué orden debe guardarse en es- |

- | | | |
|--|----|--|
| ta sustitucion? | 32 | toda la porcion en que fué instituido este. |
| 17 Puede ser instituido ejemplarmente el que tuviere incapacidad de testar. | 33 | Excepcion de esta regla general. |
| 18 ¿Por cuántas causas fallece esta sustitucion? | 34 | Un grado de sustitucion declara otro grado |
| 19 ¿Qué es sustitucion compendiosa? | 35 | Resolucion de varios casos. |
| 20 ¿En qué bienes heredará la madre al pupilo, si estando sustituido muere impúbero? | 36 | Otro caso resuelto. |
| 21 Se aclara el punto antecedente. | 37 | La designacion de los sustitutos por su propio nombre ó por el apelativo no induce diferencia. |
| 22 ¿Qué es sustitucion brevilocua? | 38 | Observacion de la particula <i>con</i> en las instituciones. |
| 23 ¿Qué es sustitucion fideicomisaria? | 39 | Caso dudoso de varios herederos y sustitutos. |
| 24, 25, 26, 27 y 28. Casos relativos á la doctrina de esta sustitucion. | 40 | Excepcion de la doctrina antecedente. |
| 29 ¿Qué han establecido nuestras leyes en este punto? | 41 | Otro caso y su resolucion. |
| 30 Autores que lo han tratado mas extensamente. | | Sobre si la condicion impuesta al heredero comprende tambien al sustituto. |
| 31 El sustituido sucede al heredero en | | |

1 **S**ustitucion se llama el nombramiento de otro heredero para que este perciba la herencia á falta del instituido en primer lugar. Es de dos maneras, *directa y oblicua ó indirecta*. Por la primera percibe el sustituto la herencia sin intervencion de nadie, y por la segunda la obtiene por medio de otra persona. La sustitucion de heredero en general se divide en seis especies, que son: *vulgar, pupilar, ejemplar, compendiosa, brevilocua y fideicomisaria*. En la primera, segunda, cuarta y quinta entra en la herencia el sustituto en representacion del heredero, por lo cual debe este ser nombrado primeramente y despues aquel. En la tercera y sexta el sustituto representa la persona del testador. Toda sustitucion de heredero debe hacerse en testamento y no en codicilo.

2 La sustitucion vulgar es *aquella que directamente se puede hacer á todos y por todos* ², la cual es de dos maneras, *expresa ó tácita*: expresa, como cuando se dice: *Instituyo á Juan por mi heredero, y si este no lo fuere á Antonio*: si el primero muere ántes de entrar en la herencia, ó no quiere aceptarla, pasará al segundo, y lo mismo sucederá si al último se hubiese nombrado otro ú otros sustitutos, los cuales deberian suceder en su respectivo caso ³. Tácita, como en el siguiente ejemplo: *Nombro por mis herederos á Pedro, Antonio y Juan para que el que me sobreviva sea mi heredero*: si á la muerte del testador viven todos, llevarán la herencia á

¹ L. 1. tit. 5. part. 6. ³ Covar. *De testam.* Gom. lib. 1. Var. cap. 111. n. 14.
² LL. 1 y 2. tit. 5. part. 6. TOM. II. 14

partes iguales, y si uno solo estuviere vivo la percibirá íntegramente.

3 Si el testador instituye v. gr. á tres por sus herederos, al uno en la quinta, al otro en la sexta y al último en la octava parte de su caudal, y alguno de ellos muere ó no admite la suya, le heredarán los otros, no con igualdad, sino con proporcion á la cuota que á cada uno hubiese designado el testador¹: y la razon es porque la sustitucion sigue las mismas reglas que la institucion. Esta doctrina general tiene dos excepciones: 1.^a cuando el testador dispone lo contrario: 2.^a cuando del gravámen impuesto igualmente á los herederos se colige otra cosa². De todo lo dicho se infiere, que la sustitucion vulgar fallece y caduca luego que entra en la herencia el primer instituido, *ó si consiente en ser heredero aunque no la tome^{3*}.

4 Sustitucion pupilar es aquella que hace directamente el testador á sus hijos legítimos impúberos, que estan bajo su patria potestad y no han de recaer por su muerte en la de otro⁴. Nadie sino el padre puede hacer esta sustitucion, y para que sea válida se requieren seis condiciones: 1.^a que el pupilo sea descendiente legítimo del testador⁵: 2.^a que esté bajo su potestad, y no fuera de ella, á ménos que sea póstumo: 3.^a que sea menor de catorce años si es varon, ó de doce si fuere hembra, pues cumplida esta edad ya pueden testar por sí aun cuando subsistan en la patria potestad⁶: 4.^a que sea instituido ó legitimamente desheredado⁷, bien que la sustitucion valdrá aun cuando haya sido desheredado ú omitido sin causa⁸: 5.^a que despues de la muerte del testador se haga *sui juris*, es decir, que no caiga en el dominio ó potestad de otro: 6.^a que entre efectivamente en la herencia paterna⁹; pues si muere ántes que su padre, caduca la sustitucion, y este se hace dueño de sus bienes y no el sustituto. Pero advierto que aunque esta sustitucion se haga en una sola cosa ó fundo, se extiende á todos los bienes del pupilo siendo hecha directamente¹⁰, al modo que la institucion directa en una cosa se extiende tambien á la universalidad de la herencia¹¹.

5 Aunque el padre no tiene potestad sobre el póstumo hasta que nace, ni ántes de este momento se le debe la legítima, puede no obstante ser instituido pupilarmente porque en realidad existe:

1 L. 3. tit. 5. part. 6. Gom. lib. 1. Var. cap. 3.

2 Greg. Lop. en dicha ley 3. gl. fin.

3 L. 4. tit. 5. part. 6.

4 LL. 1. y 5. id. id.

5 Greg. Lop. en la gl. 3. de dicha ley 5.

6 LL. 5. tit. 5. part. 6. y 4. tit. 4. lib. 5. R., ó 4. tit. 18. lib. 10. N.

7 L. 6. id. id. y Greg. Lop. en su gl. 1.—E.

8 Arg. de la ley 8. tit. 6. lib. 5. R., u 8. tit. 6. lib. 10. N.—E.

9 Gom. lib. 1. Var. cap. 4. n. 2.

10 Gom. ibid. n. 13.

11 L. 14. tit. 3. part. 6.

tambien puede ser nombrado sustituto del heredero, y es la razon porque en todo lo favorable se le considera nacido¹.

6 La sustitucion pupilar puede ser *manifiesta* ó *tácita*: es sustitucion manifiesta la siguiente: *Instituyo por mi heredero á Pedro mi hijo legítimo, menor de catorce años; y si llega á heredarme y muere ántes de cumplirlos, nombro á Juan por su heredero.* Tácita es esta: *Instituyo por mi heredero á Pedro mi hijo legítimo, menor de catorce años, y á Juan y Francisco mis amigos, y mando que el que de estos fuere mi heredero lo sea de mi hijo.* Tambien puede hacerse tácitamente en esta forma: *Instituyo por mi heredero á Pedro mi hijo legítimo, que está en la edad pupilar; y si no fuere mi heredero establezco por tal á Francisco en su lugar:* en cuyos casos falleciendo el hijo en la edad pupilar, heredará el sustituto no solo los bienes del testador, sino los que por otra cualquier razon le toquen, y entrará en ellos por la sustitucion pupilar tácita ó manifiesta² (a).

7 Pero esto no procede cuando el testador tiene dos hijos, uno mayor de catorce años y el otro menor, y los nombra por sus herederos diciendo: *que si alguno de ellos muere ántes de entrar en la herencia, ó no quiere ser su heredero lo sea el otro en su lugar;* pues si el menor quisiere serlo, y entrase en la herencia, y muriese antes de la pubertad, no puede el mayor entrar en ella por la sustitucion pupilar tácita, sino por la proximidad de parentesco: la razon es porque debe guardarse igualdad entre ellos; y respecto no poder concurrir en el hermano mayor las dos sustituciones pupilar y vulgar, es arreglado que en el menor se observe la pupilar, y en su consecuencia que el mayor le herede abintestato como pariente mas cercano, al modo que el menor heredará si entra en la herencia paterna y su hermano muere intestado sin legítima sucesion, porque cesa la sustitucion vulgar por haber sido heredero. Lo propio se ha de observar cuando algun extraño es instituido por heredero sustituto junto con el hijo menor del testador³.

8 Por derecho comun y de las Partidas⁴ está concedida al abuelo la facultad de sustituir pupilarmente á su nieto legítimo, pero actualmente carece de ella: y es la razon, porque como su hijo por el mismo hecho de casarse y velarse sale de su poder, y se es-

1 Avendaño resp. 28. n. 2. Lara *De vita hom.* cap. 6. n. 21. y ley 3. tit. 23. part. 4.—E.

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

(a) Y expresa la sustitucion pupilar se contendrá en ella tácitamente la vulgar? La ley citada no resuelve este caso; pero nosotros con Gomez (lib. 1. Var. cap. 3. n. 13.) creemos que sí, fundándonos con Vinnio, (en el princ. *Inst. De pupil. subst.*) en que si el sustituto vulgar, que es llamado por el testador á solos

sus bienes, entra por disposicion de la ley en los del pupilo, si muere ántes de la pubertad, con mucha mas razon, el llamado expresamente para este evento, en el que le correspondian unos y otros, se entenderá serlo tambien á la sucesion de los primeros, verificándose el caso de la sustitucion vulgar.—E.

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

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

tima por emancipado segun la ley de Toro¹, y el nieto jamas entró en él, ántes bien con la muerte de su padre se hace *sui juris*²; por eso carece de facultad para sustituirlo pupilarmente, como que esta es un efecto de la patria potestad. Por esta razon tampoco puede sustituir pupilarmente al extraño que instituye heredero, pero si vulgarmente. Mas si el hijo no está velado, no saldrá del paterno dominio, y por consiguiente tendrá su fuerza y vigor lo dispuesto por derecho comun y de las Partidas, entrará el nieto en la patria potestad de su abuelo, y no en la de su padre, á causa de faltarle la velacion, por cuyo defecto no salió de ella (a); y aunque se vele despues de nacido su hijo, solo su abuelo tendrá el derecho sobre él de patria potestad. Si este fallece, entra el padre á ejercer sus derechos; pero si muriese tambien, entónces el hijo se hará suyo para todos los actos civiles³; todo lo cual tendrá presente el escribano, pues lo ignoran muchos que deben saberlo y se precian de hábiles.

9. Llega á tanto la patria potestad, prescindiendo de otras facultades á ella anexas, que aunque el padre desherede á sus hijos pupilos por alguna de las causas que el derecho define, puede sustituirlos pupilarmente en sus bienes, y en los que hereden de sus madres y de otros parientes, y tambien gravar al sustituto en los que adquieran por cualquier razon, con tal que no sea en los de su madre (b); pues en estos le está prohibido gravarle con manda que deje á otro, por lo que el sustituto no está obligado á obedecer al sustituyente, ni por consiguiente á entregar la manda al legatario⁴. Pero para desheredarlos han de tener á lo ménos diez años y medio cumplidos, de suerte que esten próximos á entrar en la pubertad, que empieza desde los doce y catorce años respectivamente (c); porque no presume el derecho que de menor edad cometan delitos que los hagan dignos de la desheredacion, á causa de faltarles el discernimiento y uso de la razon⁵.

10. Si alguno prohijase un hijo de otro, menor de catorce años, en aquella manera que es llamada en latin *arrogatio*, y despues le dejase sustituto en su testamento otro alguno en lugar de este menor, en aquella manera que es dicha *sustitucion pupilar*, tal sustituto como este no heredará en los bienes de menor, á excepcion de aquella

1 L. 47. de Toro que es la 8. tit. 1. lib. 5. R., ó 3. tit. 5. lib. 10. N.

2 L. 1. tit. 18. part. 4.

(a) Véase sobre este punto nuestra opinion en el lib. 1. tit. 3. cap. 3. n. 2. — E.

3 Gutier. lib. 2. Pract. q. 10. n. 3. Gom. lib. 1. Var. cap. 4. n. 2. et ibi Ayllon.

(b) Febrero restringe á solos los bienes de la madre la prohibicion que tiene el padre de gravar al sustituto pupilar del hijo ex-

heredado. Creemos que dicha prohibicion debe ser general, pues aunque la ley no habla mas que de aquellos bienes, la razon en que se funda es aplicable á cualesquiera otros. — E.

4 LL. 6. tit. 5. y 3 al fin tit. 9. part. 6.

(c) Tengase presente lo explicado sobre este punto en el lib. 1. tit. 1. cap. 1. n. 7. — E.

5 LL. 6. tit. 5. part. 6. Gom. lib. 1. Var. cap. 4. n. 3.

parte que este debia heredar de derecho en los bienes del que le prohijó, que es la cuarta parte de lo que tenga, ó aquella que le hubiese dado algun amigo del que lo prohijó. Pero en cuanto á los otros bienes que viniesen al menor de su padre natural ó legítimo, ó de otra parte, los heredarán los parientes mas cercanos, si su padre natural no hubiese ordenado alguna cosa en razon de ellos en su testamento¹.

11. Queda tan dueño de los bienes del pupilo el sustituto que sucede en ellos por virtud de la sustitucion pupilar, como si el mismo pupilo siendo mayor de veinte y cinco años, capaz de testar y sin herederos legitimos, le instituyera por su heredero en testamento perfecto. Esto se entiende no teniendo prohibicion de serlo; pues si la tiene, no gozará la herencia, ántes bien pasará á los que deben heredar abintestato al pupilo². El sustituto, muriendo este, ha de aceptar no solo los bienes que le tocan por la parte de su padre, sino los que le correspondan por la de su madre, ó le dejen sus parientes ú otro extraño; pero esto solo tiene lugar cuando el sustituto fué establecido por heredero juntamente con el menor: entónces como que le ha de representar en el todo, no se le permite eleccion ni aceptacion parcial³. Cuando el testador diere sustituto al menor solo en la manera pupilar, y no lo estableciere por heredero juntamente con él, si este vive y quiere ser heredero en los bienes de su padre y entra en ellos, corresponde que el sustituto sea heredero, así en la herencia del testador como en los otros bienes del menor si muriese ántes que sea de edad. Tendrá muy presente el escribano esta doctrina, y extenderá la cláusula de esta suerte: *Instituyo por heredero de todos mis bienes á Pedro mi hijo legítimo, menor de catorce años; y si falleciere ántes de cumplirlos, nombro por su heredero á Juan, á quien sustituyo para que le suceda no solo en los míos, sino en los demas que durante su pupilar edad adquiriera y recayeren en él, así por parte materna, como por sus consanguíneos, y por otra cualquiera persona y título universal y particular, aceptándolos todos, y no en otros términos.*

12. Puede el padre del pupilo, segun el derecho comun⁴ y el de las Partidas, excluir á la madre de este de la sucesion de sus bienes por medio de la sustitucion pupilar; pero ha de ser expresa y no tácita⁵. Esto al parecer repugna á la ley 6 de Toro, en la cual ordenando que los ascendientes sean herederos de sus descendientes legítimos *ex testamento y ab intestato*, solo se permite al hijo que fallece bajo testamento, disponer de la tercera parte de sus bienes. Sin embargo, bien meditada la materia, hay bastantes razones para salvar esta contradiccion, que en la realidad no existe, porque son distintas perso-

1 L. 9. tit. 5. part. 6.

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

3 L. 8. tit. 5. part. 6.

4 Cap. 1. in fin. De testam. in C.

5 L. 12. tit. 5. part. 6. Gom. 6. lib. 1. Var. cap. 4. n. 8.

mas de las que hablan unas y otras leyes. La ley comun y la de Partida tratan de si el padre dando sustituto á su hijo menor podrá excluir á la madre de los bienes que debian pertenecerla por su falta; y la de Toro se dirige á decir, en qué cantidad puede disponer de sus bienes el hijo que tiene edad y poder para testar. Aun prescindiendo de las personas y contrayéndose á las mismas palabras de la ley de Toro, no se halla semejante contradiccion. En el caso, dice, que los descendientes no tengan hijos descendientes legítimos, ó que hayan derecho de heredarlos, es cuando podrán disponer de la tercera parte de sus bienes, aunque tengan ascendientes; y como el sustituto pupilar es uno de los que tienen este derecho (a), se sigue que solo cuando no haya sido el hijo sustituido pupilarmente, ó fallece dentro de la pubertad, entrarán á heredarle los ascendientes que tengan este derecho. Por lo dicho prodrá reconocerse qual es el espíritu de la ley de Toro, y que cuando el padre da sustituto á su hijo, ha excluido á la muger de este de lo que de otra manera pudiera pertenecerla. Por otra parte, el padre no tiene obligacion á dejar heredera á la madre, ni esta, como que no se la debe la legítima por derecho natural, puede decir de inoficioso el testamento por la pretericion. Lo mismo debe entenderse con respecto á los abuelos maternos. Pero como si el hijo fallece ántes, le heredan sus padres, igualmente haciendo el padre testamento por él, no puede privar á la madre de mas de la tercera parte de sus bienes, que es de lo que el mismo hijo puede disponer en uso de la permission de la ley 6 citada; y si muere despues que su padre, quieren muchos se entienda fallecer intestado, en cuyo caso le hereda su madre en el todo. Sin embargo, como hoy se hallan tan limitados los derechos de la patria potestad, y varian mucho los autores en quanto á si el padre testa en su nombre, ó lo hace en el de su hijo, de quien son los bienes; convendria para evitar dudas y pleitos que el soberano declarase lo que se debia practicar. Mientras llega este caso, si el padre quiere que el sustituto no quede privado de todo, puede añadir á la cláusula de sustitucion lo siguiente: *y en caso que esta sustitucion no se verifique en el todo, quiero que valga á lo ménos en la tercera parte de los bienes de dicho mi hijo, la que lego al citado F. en propiedad y usufruto para desde el dia siguiente al de su fallecimiento.* Con esta adiccion no se le privará de la tercera parte, como no conteniéndola he visto privarle por faltarle la voluntad expresa del hijo; circunstancia esencial para que sea válido el legado.

13. Fallece y queda ineficaz la sustitucion pupilar por siete causas. La primera, cuando los pupilos llegan á la pubertad. La segun-

[a] Me parece muy sofisticado el argumento de que se vale Febrero en este lugar. Cuando la ley dice: *O que hayan derecho de los*

heredar, no se refiere á los extraños, sino á los descendientes que no sean legítimos.—E.

da, cuando pierden la libertad, v. g. siendo cautivos: ó el derecho de ciudad, por ejemplo, siendo desterrados para siempre fuera de su patria: ó el de familia, v. g. siendo emancipados ó prohijados, y pasando á poder del prohijador: ó saliendo por otro motivo del dominio de su padre natural; pero si este fuere cautivo, no espirará la sustitucion hecha ántes de serlo. La tercera, cuando pierden la ciudad y la familia, mas no la libertad. La cuarta, cuando el testamento en que se hizo la sustitucion se rompe y anula por alguna causa legal (a). La quinta, cuando el testador hace otro perfecto con revocacion de los precedentes. La sexta, por la supernacencia de algun hijo ó hija de quienes su padre no hizo mencion específica ni genérica en dicho testamento. Y la séptima, por no aceptar el pupilo la herencia paterna; pero si despues se arrepiente, se le debe restituir, y entónces revive la sustitucion¹; bien que hoy no se verifica esta causa, porque los tutores de los pupilos aceptan la herencia con beneficio de inventario, y estos en nada se mezclan (b). Para la perfecta inteligencia de esta materia conviene saber: lo primero, que la edad pupilar en los varones llega hasta los catorce años, y en las hembras hasta los doce en todos los casos, segun se ha dicho, excepto en quanto á los alimentos; por lo que si se dejan estos á algun menor hasta que llegue á la pubertad, se entiende en el varon hasta los diez y ocho años, y en la hembra hasta los catorce; lo cual se estableció así por razon de piedad á beneficio de los menores, y porque hasta esta respectiva edad no se les considera en aptitud de poder mantenerse con su trabajo ó industria²; lo segundo, que si el sustituto muere ántes que el instituido, no trasmite en otro el derecho que tenia á suceder por la sustitucion pupilar, excepto en algunos casos que pueden verse en los autores.

14. *Cuando el padre sustituye á algun hijo pupilarmente se dice que hay dos testamentos³, lo cual se ha de entender no por razon de la forma y solemnidades, pues no se requieren mas testigos que los necesarios en cualquier testamento, sino por la doble institucion de heredero que se hace; de suerte que en este caso el padre hace primeramente su testamento, é instituye en él á su hijo por heredero: despues testa por este, y establece quien le herede si muere ántes

(a) Sala en el § 5. Inst. *De pup. subst.* es de opinion, que rescindiéndose el testamento por ser inoficioso, subsistirá sin embargo la sustitucion pupilar. Se funda en la generalidad con que habla la ley 11. al fin tit. 7. part. 6, y cita tambien por via de argumento las 1. tit. 4. y 8. tit. 6. lib. 5. R., ó 1. tit. 18. y 8. tit. 6. lib. 10. N. Véase este punto tratado por Greg. Lop. en la gl. 15. de la ley 10. tit. 5. part. 6.—E.

1 L. 10. tit. 5. part. 6.

(b) Greg. Lop. en las glosas 10. al fin y 15 de la citada ley 10 se inclina á que hoy, supuesta la ley 1. tit. 4. lib. 5. R., ó 1. tit. 18. lib. 10. N., no fallecerá la sustitucion pupilar porque el pupilo no acepte la herencia paterna.—E.

2 Gom. lib. 1. *Var.* cap. 4. n. 1. Menoch lib. 1. *praesumpt.* 157. n. 37. Escobar. *compt.* 4.

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

tes de llegar á la pubertad: por tanto equivalentemente hay dos testamentos. Y se advierte que si el testador temiere que sabiéndose quién es el sustituto del pupilo quede expuesta la vida de este, puede ordenar la sustitucion pupilar por separado del resto de su testamento, y mandar en él ó en la cubierta que se ponga á aquella, que dicha parte no se publique hasta que su hijo haya llegado á la pubertad¹*

15. Sustitucion ejemplar tanto quiere decir como otro establecimiento de heredero, que es fecho á semejanza del que es fecho al huérfano; é puedenla hacer los padres é los abuelos á los que descienden de ellos cuando son locos ó desmemoriados, estableciéndoles otros por herederos si muriesen en la locura. Pueden hacerla el padre, madre y abuelos (a) á sus hijos legítimos de ambos sexos, ya esten en su poder, ó casados ó emancipados; *porque el fundamento de esta sustitucion no es la patria potestad como en la pupilar, sino el afecto y cariño de los padres hácia los hijos, el cual se encuentra igualmente en todos aquellos²:* tambien la madre á los naturales, cuando se les debe su legítima; pero no á los espurios (b) y á los legítimos si se conserva viuda, pues pasando á segundo ó tercero matrimonio, es opinable si podrá ó no; acerca de lo cual véase á Gomez lib. 1. Var. cap. 6. núm. 9. et. ibi Ayllon núm. 10. El padre no puede sustituir ejemplarmente á sus hijos espurios ni á los naturales, porque no son sus herederos forzosos. Se llama *ejemplar*, porque se hace á imitacion y ejemplo de la pupilar, y se ordena en estos términos: *Instituyo por mi heredero á Pedro mi hijo legítimo (c), y si falleciere en la locura ó fatuidad que padece, establezco por su heredero á Juan su hermano: en cuyo caso, muriendo el hijo en la demencia ó fatuidad, heredará el sustituto todos sus bienes*³

16 Pero en esta sustitucion se ha de observar precisamente es-

1 L. 6. tit. 2. part. 6.

(a) Si ambos padres sobreviven al mentecato, y uno y otro le nombran sustituto, debia prevalecer segun Vazquez y Donello el nombramiento del padre; pero como atestiguan Vinnio (en el lug. cit. n. 2.) citando á Perez y á Sichardo, es mas recibido en la práctica que valgan ambos nombramientos en los bienes que el hijo haya heredado de cada uno.—E.

2 Vinnio en el § 1. *Inst. de pupillar. subet.* n. 1.

(b) Greg. Lop. en la gl. 1. de la ley 9. tit. 5. part. 6. haciendo argumento de la ley 9 de Toro, dice que la madre podrá sustituir ejemplarmente á los espurios, con tal que no sean de dañado ayuntamiento. Así parece ser consiguiente á los principios de Febrero, quien adelante asienta no tener

esa facultad el padre respecto de los naturales, porque nunca le son herederos forzosos; luego siendolo siempre los espurios de la madre, ménos en el dicho caso, no hay razon para negarle tan generalmente esa prerogativa.—E.

(c) Esta es la fórmula de que usa la ley; pero de ella no se infiera, como algunos lo han hecho, que á los mentecatos desheredados por alguna causa de ingratitud cometida ántes de la enfermedad, no se puede sustituir ejemplarmente. La ley 5 del mismo titulo y Partida pone una fórmula semejante cuando trata de la sustitucion pupilar, y esta por otra ley tiene lugar en los desheredados.—E.

3 LL. 1 y 11. tit. 5. part. 6. Gom. lib. 1. Var. cap. 6. n. 6. et ibi Ayllon. n. 7.

ta orden: 1.º nombrar por sustitutos á los hijos del loco, fatuo ó desmemoriado; pues aunque los tenga puede ser sustituido ejemplarmente: á falta de ellos á los nietos y demas descendientes por su orden y grado: no teniéndolos, á sus hermanos (a) enteros ó medios, con tal que sean de la línea del ascendiente que los sustituye, y á los hijos que los muertos hayan dejado, pues entran en su lugar y los representan; y en defecto de todos á los extraños, como dice la ley 11. tit. 5. part. 6. *Pero si este loco á quien dan el sustituto oviere fijo ó nieto ó alguno de los otros que descendiesen por derecha línea de él, débennos sustituir en su lugar, é non otros: é si alguno de estos non oviere, entonce le pueden dar por sustituto á su hermano si lo oviere, é si non oviere hermano, puedenle dar por sustituto otro extraño*¹. De esta ley se colige, que por medio de esta sustitucion tiene facultad un ascendiente de excluir al otro de la sucesion de los bienes del loco ó fatuo, sobre lo cual hay variedad de opiniones. Yo soy de dictámen que no puede hacerlo, porque en esta sustitucion no tiene su vigor la patria potestad como la pupilar, sino solo la legal determinacion y concesion: que por lo mismo debe observarse la de 6 de Toro, que es posterior, y ser llamados á la herencia los ascendientes ántes que los hermanos del loco y que el extraño. El que quisiere instruirse de los fundamentos de estas opiniones, lea los autores que se citan², pues para evitar prolijidad omito explicarlos.

17. Pueden tambien el padre y la madre sustituir ejemplarmente, observando el orden expresado, á sus hijos mudos, y totalmente sordos por naturaleza ó por enfermedad, que no saben leer ni escribir, y que estan incapaces de testar; pero no si lo son por enfermedad, y saben leer y escribir, porque tienen aptitud para manifestar su voluntad por escrito, del mismo modo que si no lo fueran³.

18. Espira y acaba la sustitucion ejemplar por una de tres causas. La primera, cuando el loco, fatuo ó desmemoriado recobra su juicio y memoria, y no vuelve despues á su locura; pues de lo contrario convalece la sustitucion, porque es visto no haberse extinguido, sino cesado por algun tiempo (b). La segunda, cuando le nace

(a) Sala (en el § 1. *Inst. De pup. subst.*) cree que aun teniendo muchos hermanos el mentecato, se llenará la ley sustituyéndole uno solo.—E.

1 Gom. lib. 1. Var. cap. 6. n. 7.

2 Greg. Lop. ley 11. tit. 5. part. 6. verb. *Otro extraño.* Covar. *De testam.* cap. Raynuius. § 6. n. penult. Gom. lib. 1. Var. cap. 6. ns. 7 y 9.

3 Gom. lib. 1. Var. cap. 6. ns. 3, 4 y 10.

(b) Disputan mucho los autores si volviendo

la locura al sustituido ejemplarmente convalece la sustitucion. Nosotros, atendiendo á que el testamento surte su efecto en la muerte del testador, opinamos con Donello y Vinnio, que si cuando está muere, aquel estaba en su juicio, la sustitucion espirará, sin que convalezca por su recaída; pero si la enfermedad sobreviere, viviendo todavia el ascendiente que sustituyó, y el sustituido no hubiere hecho testamento en aquel lúcido intervalo, durará entonce la sustitucion.—E.

despues hijo ó hija; y la tercera, cuando el que la hizo la révo- ca por testamento posterior¹. Adviértase que los descendientes no pueden sustituir ejemplarmente á sus ascendientes, sin embargo de que pueden ser sus curadores, porque ningun derecho les concede esta facultad; como afirman Gomez lib. 1. *Var.* cap. 6. num. 10. y otros.

19. La sustitucion compendiosa es un establecimiento de heredero que es fecho en breves palabras; ó para explicarme con los autores, es una sustitucion directa que comprende y puede comprender á todos los herederos instituidos en todos tiempos, edades y bienes que el testador les deja; ó una sustitucion que bajo del compendio de palabras contiene diferentes sustituciones por los varios tiempos en que pueden verificarse².

El padre puede hacerla á sus hijos impúberos que estan en su poder (a), y se ordena en esta forma: *Instituyo por mi heredero á Pedro mi hijo legítimo, y en cualquier tiempo que muera sea su heredero Juan.* En este caso si el testador es caballero ó soldado, y el hijo tiene madre, y muere dentro de la edad pupilar, heredará el sustituto todos los bienes de este por virtud de la sustitucion pupilar que se verifica en esta, y su madre nada. Si fallece sin testamento estando en la pubertad, llevará su madre únicamente la tercera parte de la herencia de su hijo adquirida por cualquier titulo, y las sepulturas que le pertenecieron por línea paterna, y los demas bienes serán para el sustituto; mas si el testador caballero nombra por su heredero alguno que no fuese de los que descenden de él, y lo sustituye, llevará el sustituto la herencia en cualquier tiempo que este muera.

20. Si el testador no es caballero, y el hijo á quien sustituye muere en la edad pupilar, llevará tambien el sustituto toda la herencia, y la madre del pupilo nada; y si fallece dentro de la pubertad, todo será para su madre, y en su defecto para sus parientes mas cercanos. Pero si el testador dice: *Instituyo por mi heredero á Pedro mi hijo legítimo, menor de catorce años, y en cualquier tiempo que muera sustituyo en su lugar á Juan, ó quiero que Juan sea su heredero;* en este caso, muriendo dentro de la pubertad sin sucesion legítima, llevará su madre las sepulturas que le tocasen por la línea paterna y la tercera parte de sus bienes, y el sustituto las otras dos: todo lo cual es conforme á una ley de Partida que de ello trata³.

21. Pero en mi concepto no debe seguirse hoy esta doctrina en

1 L. 11. al fin. tit. 15. part. 6. Gom. cap. 6. n. 11. verb. *Dubium tamen*...

2 Covar. *De testam.* cap. *Raynut us.* § 9. n. 2. Gom. lib. 1. *Var.* cap. 7. n. 1.

(a) La sustitucion compendiosa puede hacerse en opinion de Gomez (1. *Var.* cap. 7. ns. 1 y 2), á cualquier heredero descendiente ó ex-

traño; advirtiendole que segun sea quien la hace, y aquel á quien se hace, serán diferentes las especies de sustitucion que en si contendrá: no parece muy fundado y juicioso este modo de pensar.—E.

3 L. 12. lit. 5. part. 6.

cuanto á no heredar la madre enteramente á su hijo que muere intestado sin legítima sucesion dentro de la pubertad; porque la ley 6 de Toro manda indistintamente, sin excepcion de personas, que los ascendientes sean legítimos herederos por testamento y abintestato de sus descendientes legítimos. El padre no puede sustituir pupilarmente á su hijo capaz de testar; pues entrando en la pubertad, cesa la sustitucion, y una vez que el padre muere, espira tambien la patria potestad, de tal modo que jamas revive¹; y si se observase la disposicion de la ley de Partida, quedaria en esta parte sin efecto la de Toro que es posterior. Véanse sobre este punto á Gomez y á los autores que cita.

22. La sustitucion brevilocua ó recíproca es una sustitucion directa que se hace mutuamente á algunos herederos instituidos ó desheredados por defecto de otros. Llámase brevilocua, porque se hace brevemente ó con pocas palabras. Solo el padre tiene potestad de hacerla á sus hijos pupilos, y la cláusula se ordena de esta suerte: *Instituyo por mis herederos á Pedro y Juan, mis dos hijos legítimos, menores de catorce años, y los hago mutuamente sustitutos uno del otro.* Y de esta otra: *Instituyo por mis herederos á Pedro y Juan, mis dos hijos legítimos, que estun en la edad pupilar, y los sustituyo de forma que el uno sea heredero del otro.* En esta sustitucion se incluyen cuatro, dos vulgares y dos pupilares; pues si alguno de ellos muere dentro de la edad pupilar ó de la pubertad, y no quiere aceptar la herencia, la percibirá el otro instituido² (*).

23. Sustitucion fideicomisaria tanto quiere decir como establecimiento de heredero, que es puesto en fe de alguno, dejando la herencia en su mano para que la dé á otro³. Esta sustitucion es oblicua, porque el verdadero heredero no percibe directa é inmediatamente la herencia del testador, sino por medio de otro instituido con el gravámen de restituirla. Se llama fideicomisaria, porque es puesta en la fe de alguno. Puede hacerla todo aquel que tiene potestad para testar, y es en esta forma: *Instituyo por mi heredero á Pedro, y le ruego, ó quiero, ó mando que esta mi herencia que yo le dejo, que la tenga tanto tiempo, é que despues que la dé é entregue á Juan.*

24. Instituyendo el testador muchos herederos, é imponiendo á uno el gravámen de que entregue su parte á los coherederos, no han de percibirla estos igualmente, sino con respecto á la institucion⁴.

1 L. 1. tit. 18. part. 6.

2 L. 13. tit. 5. part. 6. Gom. lib. 1. *Var.* cap. 8.

(*) La ley de Partida de que está tomada la doctrina sobre esta sustitucion, no dice que solo el padre pueda hacerla respecto de sus hijos pupilos, y así la opinion de Febrero no debe prevalecer contra aquella. *Es cier.

to que la ley citada se contrae á los hijos pupilos, mas es por via de ejemplo, como advierte Lopez en su gl. 3. asentando luego que dicha sustitucion puede hacerse tambien á los extraños, como lo prueba la ley.—E.

3 L. 14. tit. 5. part. 6.

4 L. 3. tit. 5. part. 6.

25. Si el fideicomisario muere ántes de la adición ó entrega de la herencia, pasa á sus herederos el derecho que le compete, si la institución es pura, mas no si es condicional¹.

26. El heredero gravado condicionalmente ó para cierto día, tiene obligación, si el testador no lo prohíbe, de dar cuentas al fideicomisario despues de la entrega; en cuya atención deberá aquel formar inventario como principal fundamento de ellas, y dar á este una copia por lo cual conste qué es lo que ha de entregarse llegando el tiempo, ó verificándose la condición².

27. Gravándose al heredero en la entrega de la herencia cuando él quiera, vale la sustitución, y habrá de entregarse aquella despues de su muerte, por suponerse que ántes no quiere, y porque se acaba la voluntad con la vida³. También ha de entregarse la herencia en dicho tiempo en el caso de dudarse cuándo deba hacerse la entrega⁴.

28. Cuando el testador instituye heredero universal á un descendiente legítimo ó natural, sea varón ó hembra, y manda que se entregue la herencia despues de su muerte á un extraño ó á otro descendiente del testador, se entiende gravado con la condición tácita, si no tuviere hijos ó descendientes⁵; pero si el heredero es extraño ó ascendiente, ha de decirse lo contrario, como asimismo siempre que el gravado tenga hijos y lo sepa el testador⁶.

29. Nuestras leyes han dicho muy poco acerca de esta materia de sustituciones fideicomisarias. Unicamente tenemos la 14. tit. 5. Part. 6 que la define, y establece que el que es rogado de esta manera, debe dar la herencia al otro como el testador mandó, sacando para sí la cuarta parte de toda la herencia, la 8. tit. 11. de la misma Partida, en que se explica cómo y en qué casos debe hacerse esta retención, y la 1. t. 4. l. 5. r. 1. tit. 18. lib. 19. N. en que se dice que si alguno dejare á otro en su postrimera voluntad por heredero, ó le legare ó mandare alguna cosa para que la dé á otro alguno, á quien sustituyere en la herencia ó manda, si el tal heredero ó legatario no quisiere aceptar, ó renunciare la herencia del legado, el sustituto ó sustitutos lo pueden haber todo. Esta ley ha corregido en este punto las del derecho común, que invalidaban los fideicomisos por la falta de aceptación del heredero, y lo dispuesto en la 14. tit. 5. Part. 6 en cuanto á que si el heredero no quisiese recibir la herencia, le pudiese apremiar á ello el juez del lugar.

30. Nuestros autores han hablado largamente acerca de la materia, distinguiendo los casos en que puede tener lugar esta sustitución, y los derechos de los herederos fiduciarios y de los fideicomisarios,

1 Gom. Var. 1. cap. 5. n. 9.

2 Gom. ibi n. 10.

3 Gom. ibi n. 27.

4 Parlad. differ. 17. n. 6.

5 L. 10. tit. 4. part. 6.

6 Gom. ibi ns. 32, 35 y 36.

sarios, á quienes podrá ver el lector, y especialmente á Gomez y Ayllon en el tomo 1. Var. cap. 5. Solo diré aquí para inteligencia y gobierno del escribano que la sustitución fideicomisaria tiene lugar únicamente entre herederos extraños, pues á los legítimos no se puede gravar con fideicomiso.

31. Si el testador nombra á uno por su heredero y lo sustituye, es visto que tiene la misma afición al sustituto que al instituido; por lo que la parte ó porción que deja al heredero se entiende repetida en la sustitución, y esa misma llevará en su caso el sustituto¹.

32. La excepción de esta regla general es la manifestación contraria del testador; por lo que si instituye por heredera en cierta cantidad á una hija, y por universales herederos á sus hijos varones, y manda que si alguno de ellos muere lleven los demas su parte, no entrará la hija en la sustitución: porque habiendo manifestado mayor amor á los hijos por el hecho de nombrarlos herederos universales, se presume que esta preferencia se extiende á la sustitución². Y si instituye v. gr. á Pedro y Juan y á sus hijos, y Pedro muere dejando algunos hijos, no pueden estos llevar mas que su padre llevaria si viviera, porque no se presume que el testador les profesó mayor afecto³.

33. Al modo que la sustitución se declara por la institución precedente, y la voluntad del testador se colige de probables conjeturas; del mismo modo un grado de sustitución declara otro grado⁴. Lo cual procede y se entiende, á ménos que entre la institución y sustitución se patentice militar diversidad⁵; y así la cláusula puesta al fin de la sustitución se refiere á todos los grados, cuando no se da ó señala razón de diferencia, por lo cual se debia referir mas á uno que á otro⁶.

34. Procede también lo referido en la sustitución pupilar: por lo que si el testador la hace de esta suerte: *Cualquiera que sea mi heredero, lo sea de mi hijo menor de catorce años*, llevarán los sustitutos la porción en que el menor fué instituido. Y si dice: *Cualquiera que sea mi heredero y Pedro, lo sean de mi hijo impúbero*, y los herederos instituidos á mas del hijo pupilo son dos, dividirán la herencia por terceras partes, como que con Pedro son tres. Y si fuesen tres, por cuartas partes, falleciendo el pupilo en edad de no poder testar. Pero si dice: *Pedro juntamente con sus hijos y Diego sean mis herederos*,

1 L. 3. tit. 5. part. 6.

2 Paul. de Castro cons. 123 Greg. Lop. en la ley 3 tit. 5. part. 6.

3 Alex. cons. 69. Mantio. De conjectur. tit. 1. n. 20. lib. 5. Decio cons. 186. col. penult. n. 4.

4 Castell. lib. 2. Controv. cap. 4. n. 37.

5 Mantio. dicho tit. 1. n. 22.

6 Cravet. cons. ult. n. 14. Mascard. conclus. 1346 n. 11. al 15. lib. 3. De probation. Mantio. ibi n. 23.

en este caso, como por naturaleza el padre y sus hijos se entienden por una persona, y estando nombrados copulativamente, llevará la mitad de la herencia, y Diego la otra mitad.

35. Teniendo el padre cuatro hijos, los dos púberos de la muger primera, y otros dos de la segunda, uno púbero y otro impúbero, instituyéndolos igualmente, y sustituyéndolos para que hereden al impúbero en caso que fallezca en la edad pupilar; muerto el testador, y aceptada su herencia por todos, si fallece luego abintestato sin sucesion uno de los dos hermanos, hijos de la primera muger, y despues el pupilo en la edad pupilar, se duda cómo heredarán á este su hermano entero púbero, y el otro medio hermano consanguíneo que heredó tambien á su hermano entero, y si este llevará dos partes, una por sí y otra por su hermano difunto, ó solamente una por sí? Y se responde que llevará únicamente la parte que por sí le corresponde, y el pupilo heredó de su padre; y no la que á vivir su hermano difunto llevaria este, porque por haber muerto ántes que el pupilo, no adquirió derecho á ella, y así no le aprovecha la que heredó de su hermano entero, para el efecto de percibir la que le tocara del pupilo si le hubiera sobrevivido¹.

36. Lo cual se entiende, ya sean nombrados los sustitutos por sus propios nombres ó por apelativo: bien que algunos afirman que si lo fueron por sus nombres propios, heredarán con igualdad², por que en dada se presume que la sustitucion fué hecha con nombres apelativos; pero en los legados no se atiende esta diferencia de nombres propios ó apelativos.

37. Cuando el testador instituye á uno por su heredero, y lo sustituye nombrando por sustituto á su hermano con sus hijos, deben concurrir estos y el hermano á un propio tiempo: porque la palabra *con* liga y ata mas que la conyuntiva *y*, y así el padre llevará la mitad de la herencia, y sus hijos la otra mitad³; y estos no heredarán mas, porque como fueron llamados con modo colectivo, se reputan por una persona. Lo cual se entiende, excepto que el testador diga que los sustituye igualmente, ó que los nombre por sus propios nombres, diciendo: *Sustituyo á Pedro mi hermano, y á Diego, Juan y Francisco sus tres hijos*, pues entónces sucederán igualmente⁴.

38. Instituyendo el testador tres ó cuatro herederos, y para despues de la muerte de todos sustituyendo otros dos ó tres, si muere cualquiera de los instituidos, deben ser admitidos por iguales partes los sustituidos á heredar lo que cupo á este en la particion con los demas herederos, y de esta parte se ha de adjudicar á cada uno la

¹ Mantie. *De conjetur.* lib. 5 tit. 10.

² Mascard. *conclus.* 1346, vol. 3 Greg. Lop. en la ley 3. tit. 5 part. 5. gl. 3.

³ Boer decís. 185, n. 16. Alex. cons. 55. vol.

⁴ Menoch. *praesumpt.* 18 n. 15; lib. 4.

⁴ Alex. cons. 55. cit. Afflict. dec. 309.

suya: porque los instituidos no parecen sustituidos recíprocamente, sino llamados á heredar por su parte proporcional, segun los que son¹. Y lo propio milita cuando fué hecha la sustitucion al último que muriese de los herederos; pues el sustituto heredará á este, y no los coherederos².

39. Todo lo cual se entiende, excepto que los instituidos sean personas que segun la verosímil intencion del testador excluyan á los sustitutos, v. gr. cuando instituye á sus hijos y descendientes, y les da por sustitutos á extraños, pues es presumible que amó mas á sus hijos y descendientes, y que quiso anteponerlos á los extraños: por lo que muerto alguno ó algunos de aquellos sin sucesion, les sucederán sus hermanos, ó los nietos del testador que les sobrevivan, porque se conceptuan recíprocamente sustituidos: lo cual se verifica en los descendientes, y tambien en los trasversales entre sí, pues pueden suceder abintestato á su coheredero³.

40. Si el testador, para despues de la muerte de todos los herederos que instituyó, nombró por sustitutos del último que falleciese, á algunos en toda la herencia ó bienes que les dejó, se conceptúa haber recíproca sustitucion entre los mismos instituidos, por lo que la parte y porcion de los que van muriendo se ha de dividir entre ellos á prorata, segun fueron instituidos⁴; y la razon es porque el último gravado á restituir toda la herencia no puede hacer la restitucion á ménos que preceda la sustitucion recíproca, sin la cual no viene á recaer en él, y por este defecto está imposibilitado de restituir; y así es visto que el testador quiso sustituir á todos, á fin de que la herencia llegue al sustituto del último que falleciese.

41. Procedo ahora á explicar si la condicion puesta al heredero instituido se entenderá ó nó repetida en el sustituto y pasará á él: y digo que regularmente no pasa, ántes bien se entiende instituido puramente, excepto que en él se repita. Y para la mas clara inteligencia de lo expuesto digo, que cuando la condicion causal fué puesta nominada, restrictiva y personalmente al instituido, v. gr.: *Instituyo á Pedro por mi heredero, y le doy por sustituto á Juan, y quiero que el mismo Pedro me herede si tal nave viniere de la América*; en este caso no se juzga repetida la condicion, porque con estas palabras respectivas y personales significa el testador que quiere imponerla solamente al primer heredero, y no al segundo, porque la impuesta á cierta persona no se extiende á otra ni estima repetida en ella se-

¹ Paul. de Castr. vers. ult. Alex. vers. *Tertio casu.* Paul. ibi al fin Menoch. cons. 85 n. 45. lib. 1. y cons. 3. n. 24. lib. 4.

² Menoch. *praesumpt.* 62. n. 41. lib. 4.

³ Paul. cons. 401 y 431. lib. 1. Covar. in

cap. *Raymutius de testam.* § 8. n. 8. Menoch. dicha *praesumpt.* 62. n. 37.

⁴ L. 3. tit. 5. part. 6. Covar. ibi n. 2. Menoch. ibi n. 1.

gun derecho. Lo propio milita cuando se impone á cierto grado ó persona ya nombrada, v. gr.: *Instituyo á Juan por mi heredero si tal nave regresare de la América, y del mismo Juan doy por sustituto á Pedro.* Y cuando fué puesta al heredero intituido, el cual de otra suerte fué sustituido por fideicomiso, v. gr.: *Instituyo á Juan, y si falleciere sin hijos varones, sustituyo á Pedro, y de este doy por sustituto á Francisco;* pues entónces se entienden nombrados activa y no pasivamente, y sustituidos vulgarmente en el fideicomiso. Pero cuando la condicion causal fué puesta á todos los grados, y llamados en el testamento así por institucion como por sustitucion, v. gr. si el heredero dice: *Instituyo y sustituyo á todos mis herederos, si tal nave viniere de la América,* se juzga repetida, y que todos son nombrados del mismo modo, porque la condicion mira á todos los grados y personas. Si la condicion potestativa coherente á la persona fué puesta al heredero instituido, no se presume repetida en el sustituto, v. gr. diciendo el testador: *Instituyo mi heredero á Juan si se casare con María, y le doy por sustituto á Pedro.* Pero si la que no es coherente á la persona (como lo que consiste en dar) fué puesta al instituido, v. gr.: *Instituyo á Juan si diere cien pesos á Antonio, y del mismo Juan nombro sustituto á Pedro,* se entiende repetida en el sustituto, y por consiguiente impuesta á Pedro la que se impuso á Juan. Y si la condicion y gravámen se imponen despues de los grados de institucion y sustitucion, comprenden á los instituidos y sustitutos, y se presumen juntos, repetidos en todos y en cada uno¹.

1 Menoch. lib. 4. praesumpt. 178.

CAPITULO XI.

De las aceptaciones y repudiaciones de herencia.

- | | |
|--|---|
| 1 Pueden aceptar ó repudiar la herencia los mayores de veinte y cinco años que sean <i>sui juris</i> por sí mismos ó por procurador. | testador hasta con sus propios bienes. |
| 2 Para aceptar ó repudiar la herencia concede el soberano por lo comun un año, pero el juez inferior no puede extenderse á mas de nueve meses. | 5 Gestiones del heredero, en virtud de las cuales se entiende haber aceptado la herencia. |
| 3 Para evitar el heredero ser perjudicado acepta la herencia á beneficio de inventario. | 6 Hasta cumplirse nueve dias despues de la muerte del testador no se pueden reclamar las deudas ni los legados. |
| 4 El que no lo hace está obligado á pagar las deudas y mandas del | 7 Se admite la herencia expresa ó tácitamente. |
| | 8 Se repudia verbalmente ó por escrito. |
| | 9* Puntos de que debe ó no tener cer- |

teza el heredero para admitir ó repudiar la herencia.*
10* De la renuncia hecha por el here-

dero *ab intestato* instituido en el testamento.*

1. Son libres para aceptar ó repudiar la herencia que les pertenezca *ex testamento* ó *ab intestato*, los mayores de veinte y cinco años que no esten sujetos á otro, con tal que lo verifiquen por sí mismos y no por medio de procurador (á excepcion del fisco ó consejo) haciéndolo llanamente y sin condicion alguna. Si se halla el heredero en poder de su curador por falta de edad ó por incapacidad legal de cualquiera clase, lo hará este en su nombre. El menor de catorce años que no está bajo la patria potestad puede aceptar la herencia con permiso del juez, y no de otro modo. Si el heredero es mayor de catorce años, y menor de veinte cinco, puede aceptarla por sí y entrar en ella, siempre que no tenga padre ni curador¹. Mas si le fuere gravosa, le queda el arbitrio legal de reclamarla despues por via de restitucion, y repudiarla con licencia judicial y audiencia de los acreedores del difunto, volviéndole el juez al estado que tenia ántes de la adicion ó aceptacion². Si el dueño de los bienes murió *intestado*, debe pedir su heredero ante todas cosas lo declare por tal, y luego aceptar ó repudiar la herencia; pues sin que preceda aquella declaracion judicial, no debe ser admitido en juicio.

2. Para la admision ó renuncia de la herencia suele el soberano conceder un año al heredero, sea por testamento ó *intestado*; pero el juez ordinario del pueblo del difunto, ó del territorio en que está la mayor parte de la herencia, no pueden conceder mayor plazo que el de nueve meses ni ménos que cien dias, del cual disfrutará todos los herederos que hay en cada herencia, traspasando á los suyos en caso de muerte la parte de dicho plazo que faltaba por cumplir. Si es heredero extraño, y fallece despues de cumplirlo y ántes de aceptar la herencia, ningun derecho tiene el suyo á ella; pero siendo legítimo, debe percibirla³, pues para los tales no hay prescripcion, y en cualquier tiempo pueden aceptarla.

3. Para que el heredero legítimo ó extraño no se perjudique en caso que el testador haya dejado mas deudas que bienes, y no tenga precision de pedir término, se ha establecido que pueda hacer inventario formal de ellos, y haciéndolo con las solemnidades de la ley y dentro del plazo que esta previene, acepta la herencia con este beneficio, en cuya virtud solo queda obligado á satisfacer las deudas hasta donde alcance el caudal⁴. Llámase *inventario* un instrumento

1 LL. 1, 2, 13 y 15. tit. 6. part. 6.

2 L. 7. tit. 19. part. 6.

3 LL. 1 y 2. tit. 6. part. 6.

4 LL. 5 y 7. tit. 6. part. 6.

gun derecho. Lo propio milita cuando se impone á cierto grado ó persona ya nombrada, v. gr.: *Instituyo á Juan por mi heredero si tal nave regresare de la América, y del mismo Juan doy por sustituto á Pedro.* Y cuando fué puesta al heredero intituido, el cual de otra suerte fué sustituido por fideicomiso, v. gr.: *Instituyo á Juan, y si falleciere sin hijos varones, sustituyo á Pedro, y de este doy por sustituto á Francisco;* pues entónces se entienden nombrados activa y no pasivamente, y sustituidos vulgarmente en el fideicomiso. Pero cuando la condicion causal fué puesta á todos los grados, y llamados en el testamento así por institucion como por sustitucion, v. gr. si el heredero dice: *Instituyo y sustituyo á todos mis herederos, si tal nave viniere de la América,* se juzga repetida, y que todos son nombrados del mismo modo, porque la condicion mira á todos los grados y personas. Si la condicion potestativa coherente á la persona fué puesta al heredero instituido, no se presume repetida en el sustituto, v. gr. diciendo el testador: *Instituyo mi heredero á Juan si se casare con María, y le doy por sustituto á Pedro.* Pero si la que no es coherente á la persona (como lo que consiste en dar) fué puesta al instituido, v. gr.: *Instituyo á Juan si diere cien pesos á Antonio, y del mismo Juan nombro sustituto á Pedro,* se entiende repetida en el sustituto, y por consiguiente impuesta á Pedro la que se impuso á Juan. Y si la condicion y gravámen se imponen despues de los grados de institucion y sustitucion, comprenden á los instituidos y sustitutos, y se presumen juntos, repetidos en todos y en cada uno¹.

1 Menoch. lib. 4. praesumpt. 178.

CAPITULO XI.

De las aceptaciones y repudiaciones de herencia.

- | | |
|---|---|
| <p>1 Pueden aceptar ó repudiar la herencia los mayores de veinte y cinco años que sean <i>sui juris</i> por sí mismos ó por procurador.</p> <p>2 Para aceptar ó repudiar la herencia concede el soberano por lo comun un año, pero el juez inferior no puede extenderse á mas de nueve meses.</p> <p>3 Para evitar el heredero ser perjudicado acepta la herencia á beneficio de inventario.</p> <p>4 El que no lo hace está obligado á pagar las deudas y mandas del</p> | <p>testador hasta con sus propios bienes.</p> <p>5 Gestiones del heredero, en virtud de las cuales se entiende haber aceptado la herencia.</p> <p>6 Hasta cumplirse nueve dias despues de la muerte del testador no se pueden reclamar las deudas ni los legados.</p> <p>7 Se admite la herencia expresa ó tácitamente.</p> <p>8 Se repudia verbalmente ó por escrito.</p> <p>9* Puntos de que debe ó no tener cer-</p> |
|---|---|

teza el heredero para admitir ó repudiar la herencia.*
10* De la renuncia hecha por el here-

dero *ab intestato* instituido en el testamento.*

1. Son libres para aceptar ó repudiar la herencia que les pertenezca *ex testamento* ó *ab intestato*, los mayores de veinte y cinco años que no esten sujetos á otro, con tal que lo verifiquen por sí mismos y no por medio de procurador (á excepcion del fisco ó consejo) haciéndolo llanamente y sin condicion alguna. Si se halla el heredero en poder de su curador por falta de edad ó por incapacidad legal de cualquiera clase, lo hará este en su nombre. El menor de catorce años que no está bajo la patria potestad puede aceptar la herencia con permiso del juez, y no de otro modo. Si el heredero es mayor de catorce años, y menor de veinte cinco, puede aceptarla por sí y entrar en ella, siempre que no tenga padre ni curador¹. Mas si le fuere gravosa, le queda el arbitrio legal de reclamarla despues por via de restitucion, y repudiarla con licencia judicial y audiencia de los acreedores del difunto, volviéndole el juez al estado que tenia ántes de la adicion ó aceptacion². Si el dueño de los bienes murió intestado, debe pedir su heredero ante todas cosas lo declare por tal, y luego aceptar ó repudiar la herencia; pues sin que preceda aquella declaracion judicial, no debe ser admitido en juicio.

2. Para la admision ó renuncia de la herencia suele el soberano conceder un año al heredero, sea por testamento ó intestado; pero el juez ordinario del pueblo del difunto, ó del territorio en que está la mayor parte de la herencia, no pueden conceder mayor plazo que el de nueve meses ni ménos que cien dias, del cual disfrutará todos los herederos que hay en cada herencia, traspasando á los suyos en caso de muerte la parte de dicho plazo que faltaba por cumplir. Si es heredero extraño, y fallece despues de cumplirlo y ántes de aceptar la herencia, ningun derecho tiene el suyo á ella; pero siendo legítimo, debe percibirla³, pues para los tales no hay prescripcion, y en cualquier tiempo pueden aceptarla.

3. Para que el heredero legítimo ó extraño no se perjudique en caso que el testador haya dejado mas deudas que bienes, y no tenga precision de pedir término, se ha establecido que pueda hacer inventario formal de ellos, y haciéndolo con las solemnidades de la ley y dentro del plazo que esta previene, acepta la herencia con este beneficio, en cuya virtud solo queda obligado á satisfacer las deudas hasta donde alcance el caudal⁴. Llámase *inventario* un instrumento

1 LL. 1, 2, 13 y 15. tit. 6. part. 6.

2 L. 7. tit. 19. part. 6.

3 LL. 1 y 2. tit. 6. part. 6.

4 LL. 5 y 7. tit. 6. part. 6.

en que se escriben los bienes que se encuentran por muerte de alguno, por embargo ú otro motivo, lo cual se practica en el pueblo del difunto, y ante su juez con presencia de escribano. Las circunstancias y efectos del inventario se explican menudamente en el tratado de particiones, como lugar mas oportuno.

4 Mas el heredero que acepta la herencia llanamente, ó entra en ella sin hacer inventario con la competente justificacion y dentro del término legal, debe pagar enteramente por el hecho mismo no solo las deudas sino los legados que dejó el difunto, á lo cual quedan obligados sus propios bienes en caso de que no alcancen los de la herencia.

5 El heredero que con malicia oculta ó sustrae alguna cosa en la formacion del inventario debe restituir el duplo si fuere extraño¹; pero siendo legitimo se entiende por este hecho haber aceptado la herencia, quedando obligado á todo é imposibilitado de repudiarla. Lo mismo sucede cuando constándole que está muy cargada de deudas compra para sí en cabeza de otro bienes del difunto².

6 No pueden los acreedores del difunto tomar cosa alguna de propia autoridad, ni emplazar á los herederos por las deudas que dejó, hasta cumplirse nueve dias despues de su fallecimiento y estar concluido el inventario de sus bienes, bajo la pena de devolver lo que hubieren tomado y perder su derecho, y de nulidad de cualquiera fianza, renovacion ó prenda que interviniere. Pero si tienen recelo de ocultacion, disipacion ó fuga, deben pedir al juez que den fianzas de no hacerlo, lo que harán los herederos á satisfaccion del mismo³. Tampoco pueden los legatarios pedir sus mandas dentro del referido término, ni el heredero tiene obligacion á dárselas hasta que están pagadas las deudas y hechas las demas deducciones á que por derecho haya lugar⁴.

7 El heredero puede admitir la herencia manifiesta ó tácitamente. Manifiestamente es por pedimento, escritura ó de palabra; tácitamente, tomando los bienes, vendiéndolos, arrendándolos y disponiendo de ellos como dueño (a). En uno y otro caso ya no la puede repudiar, y queda responsable al cumplimiento de las disposiciones del testador y demas cargas, aun cuando no basten los bienes heredados. Pero tiene el arbitrio de manifestar al juez que el encargarse de los bienes, el inventariarlos ó cualquiera otra gestion, la hace con el fin de que no se pierdan ó deterioren, mas

1 L. 9. tit. 6. part. 6.

2 L. 12. tit. 6. part. 6.

3 LL. fin. tit. 13. part. 1. y 13. tit. 9. part. 7.

4 L. 7. tit. 6. part. 6. Greg. Lop. en dicha

glos. 2.

(a) Al primero de estos modos se llama *adicion*; y al segundo *gestion por heredero* (*gestio pro herede*).—E.

no con intencion de ser heredero; con lo cual á nada queda obligado¹.

8 Tambien puede repudiar la herencia de palabra ó de hecho antes de entrar en ella; pero una vez renunciada no puede demandarla, á ménos que sea menor. Si lo fuere podrá reclamarla en cualquier tiempo, aun cuando los bienes hayan sido enagenados². Asimismo puede hacerlo el descendiente del difunto, no obstante haberla repudiado; pero lo ha de hacer dentro de tres años, y no han de estar enagenados los bienes³. Si los herederos son extraños, y alguno de ellos repudiare la herencia, aquel ó aquellos que quisieren aceptarla deben hacerlo en su totalidad, pues no permite la ley renunciacion ni aceptacion á medias⁴.

9 *Para que el heredero, ya sea por testamento, ya *abintestato*, pueda admitir ó repudiar la herencia, es necesario que esté cierto de la muerte de aquel á quien quiere heredar, pues habiendo duda no podrá hacer ni uno ni otro: lo mismo sucede si la institucion fué condicional, y la condicion estuviere pendiente, ó cuando el heredero no tuviese certeza de la capacidad del testador para testar; mas si la duda fuere sobre su habilidad para ser ó no instituido, no le servirá de óbice para los efectos indicados^{5*}.

10 *Si el heredero instituido en el testamento fuese de aquellos parientes que habian de heredar al testador *abintestato*, y con ciencia de ello repudiase la herencia que le correspondia por razon del parentesco, si al momento no la admite en virtud del testamento, es excluido por ambas vias, porque se entiende que renunció todos sus derechos. Mas si ignorando su institucion repudiare la herencia por razon del parentesco, bien podrá despues demandarla en virtud del testamento, porque no debe entenderse que ha renunciado un derecho que no sabia si le competia. Por otra parte no puede desechar su derecho para suceder *abintestato*, sin renunciar antes el que tiene por el testamento; por consiguiente semejante renuncia no debe obstarle para tomar despues la herencia, si la quisiere^{6*}.

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

2 L. 18. tit. 6. part. 6.

3 L. final. tit. 6. part. 6.

4 L. 15. al princ. id. id.

5 L. 14. id. id.

6 L. 19. id. id.

DE BIBLIOTECAS

Del derecho de acrecer en las herencias.

- | | |
|--|--|
| 1 Origen del derecho de acrecer y de no decrecer. | 25 Advertencia sobre el cumplimiento de la condicion. |
| 2 ¿Qué es derecho de acrecer y de no decrecer? | 26 Caso tercero. |
| 3 Diferencias entre uno y otro. | 27 Cuarto caso. |
| 4 Quiénes se dicen conjuntos? | 28 Quinto caso. |
| 5 De los conjuntos en la cosa. | 29 Si entre dos herederos extraños uno acepta y otro repudia su parte, acrece al primero. |
| 6 De los conjuntos en las palabras. | 30 El sustituto es preferido al conjunto en la sustitucion vulgar expresa y en la tácita comprendida en la pupilar. |
| 7 Diferencias entre unos y otros conjuntos. | 31 Lo mismo sucede cuando son varios los herederos y los sustitutos. |
| 8 ¿Cuáles son los totalmente disyuntos? | 32 Cuando hay heredero fideicomisario para que entregue la herencia á dos, si el uno la repudia, pasará al otro. |
| 9 ¿Cuál se llama herencia caduca ó defectuosa? | 33 Lo mismo será si el heredero no quiere percibir la parte que acrece á él, pues habiendo aceptado la suya debe aceptar la otra. |
| 10 En la institucion clandestina del indigno no ha lugar el derecho de acrecer. | 34 Si el testador deja sus bienes al incapaz, es nula la institucion, mas no caduca la herencia. |
| 11 Segundo modo de caducar la herencia. | 35 Cuando son mas de dos los coherederos, ¿quién es preferido en el derecho de acrecer? |
| 12 Tercer modo. | 36 Primera consecuencia de la resolucion del caso preecedente. |
| 13 Razones inductivas del derecho de acrecer. | 37 Consecuencia segunda. |
| 14 Casos en que hay derecho de acrecer entre los herederos legítimos. Caso primero y segundo. | 38 Consecuencia tercera. |
| 15 Caso tercero en que se verifica lo mismo. | 39 En el derecho de acrecer no hay distincion entre hermanos y medios hermanos, ni tampoco por sustitucion pupilar y brevilocua. |
| 16 Sobre si acrece ó no á sus hermanos la legitima del hijo desheredado. | 40 Duda sobre preferencia entre el conjunto real y el verbal. |
| 17 Sobre el derecho de acrecer entre herederos extraños. | 41 Resolucion de dicha duda. |
| 18 ¿Habrá este derecho si el testador lo prohíbe expresamente? | 42 El conjunto es preferido al disyunto. |
| 19 Opinion mas segura en el punto anterior. | 43 Si un heredero que murió despues de admitida la herencia tiene derecho de acrecer á la parte repudiada por su coheredero, lo transmitirá á sus herederos. |
| 20 Casos que aclaran la materia. | |
| 21 Los instituidos desigualmente acrecerán á prorata. | |
| 22 El derecho universal, que por haber aceptado parte de la herencia se entiende aceptarla toda, no la hace suya por derecho de acrecer, sine por el de institucion. | |
| 23 Esta doctrina tiene lugar en seis casos. Primero. | |
| 24 Segundo. | |

1 **E**stablecido entre los romanos el principio legal de que nadie podia morir en parte testado y en parte intestado, se introduje-

ron el derecho de acrecer y el de no decrecer como medios de obviar á los inconvenientes de aquella máxima. Deriváronse de allí á la legislacion de las Partidas¹; pero sea porque entre nosotros no se observa el rigor de aquel principio, ó porque las fórmulas que ordenan las instituciones de herederos prestan poco motivo para ello, lo cierto es que son rarísimas las ocasiones en que hay que hacer uso de los referidos derechos (a); sin embargo por si alguna vez se ofreciere, no estará de mas una ligera instruccion sobre este punto.

2 Llámase derecho de *acrecer* el que tiene un heredero de hacer suya la parte de la herencia que deja de percibir su conjunto. Derecho de *no decrecer* es el que tiene de conservar su parte ademas de adquirir la agena, quedándose por ejemplo uno solo con los bienes que habian de repartirse entre dos².

3 Se diferencian el derecho de acrecer y el de no decrecer: lo primero, en que á los que vienen por el de acrecer no se acrece contra su voluntad la porcion del que no la quiere: lo que es al contrario á los que vienen por el de no decrecer, pues aquel á quien desde el principio se dejó el todo, no puede aceptar ó repudiar parte sino el todo ó nada, y de no hacerlo no será admitido. Lo segundo, en que los que vienen por el de acrecer, estan obligados á aceptar la parte deficiente ó defectuosa con su gravámen y cargas, y á sufrir estas, y los otros no. Y lo tercero, en que el de acrecer tiene lugar entre los conjuntos en la cosa, y el de no decrecer entre los que lo son en la cosa y palabras, ó solamente en estas³.

4 Y para que se sepa quienes se llaman en derecho conjuntos, y de cuantas maneras lo son, y cuales nó, debo advertir que unos lo son con conjuncion *real y verbal*, que es en la cosa ó herencia á cuyo goce son llamados y en las palabras: otros lo son solamente *en la cosa*, y otros *en las palabras*; y otros omnímodamente *disyuntos* ó separados. *Conjuntos real y verbalmente* son y se llaman los que el testador instituye simplemente por sus herederos ó legatarios en una misma cláusula y oracion, sin asegurarles la parte ó porcion que han de percibir en la herencia ó legado.

1 Véanse las leyes 14 y siguientes del tit. 31. part. 6.

(a) Sala. Torres, Pichardo (en el § 5. Inst. De haered. inst.) Vela (Disertat. 47. n. 58), y otros autores de mucha nota, fundados en la ley 1. tit. 4. lib. 5. R., ó I. tit. 18. lib. 10. N. segun la cual puede cualquiera morir parte testado y parte intestado, juzgan que hoy estan corregidas las citadas leyes de Partida que establecan por necesidad el derecho de acrecer, y que este solamente tendrá lugar cuando provenga de la voluntad del testador, que di-

cha ley 1. quiere se guarde religiosamente. De aqui deducen, que si alguno es instituido en cierta cuota ó parte de la herencia, sin que el testador disponga de lo restante, no pertenecerá esto á aquel, sino á los herederos *ab intestato*; á no ser que conste la contraria voluntad del testador, como habiendo conjuncion ó otra circunstancia que la induzca.—E.

2 Canó. part. 3. Var. cap. 22. n. 1. Petr. Greg. part. 3. Stig. jur. lib. 46. cap. 11. n. 3.

3 Petr. Greg. ibi n. 4.

5. *Conjuntos* solamente en la cosa son aquellos á quienes el testador deja una misma herencia en diversos periodos ó cláusulas, v. gr. si en una dice: *Instituyo á Juan por mi heredero*, y despues en otra: *Instituyo á Pedro por mi heredero*; pues como deja la herencia á cada uno de por sí separadamente, y ninguno puede titularse ni entenderse heredero universal, porque dos ó más no pueden ser dueños por el todo, de necesidad se deduce que deben dividirla y concurrir á su percibo por mitad, y por consiguiente que son *conjuntos en la cosa* solamente, ya que en las palabras ó modo de ser instituidos fueron separados, y en distintas cláusulas nombrados al goce y obtencion de la misma cosa¹.

6. *Conjuntos solo en las palabras* se llaman aquellos á quienes el testador en una misma cláusula ú oracion instituye (ya sea ó no igualmente) por sus herederos ó legatarios señalando á cada uno y separándole con ellas la parte ó porcion que ha de percibir de la herencia ó legado, y no simplemente sin señalársela, v. gr. diciendo: *Instituyo á Juan y Francisco por mis herederos en partes iguales*; pues estos por ser instituidos en una misma cláusula y oracion se llaman *conjuntos en las palabras*; y por no serlo simplemente en cuanto al percibo de la herencia, sino en diversas y separadas partes ó porciones, aunque iguales, no se graduan ni titulan conjuntos en la cosa.

7. Y sin embargo de que cuando el testador hace la institucion con igualdad, parece no hay diferencia entre los conjuntos en la cosa y palabras, ó en estas solamente, pues aunque no diga: *por iguales partes ó porciones*, se entiende por derecho, porque en los contratos, sentencias y últimas disposiciones la conjuncion y puesta entre las personas divide igualmente entre estas los efectos de la disposicion²; no obstante, como falta la division del hombre, y solo interviene la de la ley, no se llaman conjuntos en la cosa y palabras, como cuando hace simplemente la institucion.

8. Y omnímodamente ó del todo disyuntos y separados son aquellos á quienes el testador deja la herencia ó legado en diversas cláusulas y oraciones, y en distintas y separadas partes ó porciones, v. gr: *Instituyo á Juan por mi heredero en la mitad de mis bienes ó herencia, y á Pedro en la otra mitad*³.

9. *Herencia caduca* es aquella que del legítimo heredero pasó al extraño⁴; y como la caducidad puede verificarse en todo ó parte de ella, y cuando son dos ó más los instituidos deseará saber el escri-

1 Gom. dicho cap. 10. n. 24. vers. *Conjuncti re tantum*. Merverh. *De succes. progress.* § 1.

2 Gom. ibi n. 26.

3 Gom. ibi n. 25. vers. *Omnimodo*. vers. *Dis-*

juneti.

4 Rubiños in *Dictionar. ad Nebrijam*. lit. C. ante A. verb. *Caducus*.

bano de cuantas maneras se induce, para su instruccion digo, que la parte que se ha de acrecer al conjunto se puede llamar defectuosa ó caduca, de tres modos: el primero cuando se tiene por no escrita, v. gr. si el testador instituye por sus herederos á dos ó más, de los cuales el uno ya habia muerto naturalmente al tiempo del testamento; pues su porcion se acrece al otro, y se estima del propio modo que si no hubiera sido instituido. Y lo mismo procede si estaba muerto civilmente, v. gr. por haber sido deportado, ó condenado á minas ó cárcel perpetua, ó si era religioso profeso de San Francisco, que nada puede poseer ni heredar, pues su parte se tiene por no escrita, y se acrece al coheredero; ó si era hijo indigno é incapaz de heredar aunque sin delito personal (como sucede á los nefarios y demas espurios) y paladinamente fué instituido, en cuyos casos tambien se tiene por no escrita su parte, y se acrece al conjunto coheredero en defecto de sustituto, pues este es preferido como expresamente llamado por el testador á la obtencion de la herencia y el conjunto por tácita voluntad suya y derecho de acrecer; por lo que entrará despues del sustituto si este no la quiere, ó falta, ó no puede obtenerla; y faltando uno y otro, pasa á los herederos abintestato del instituyente.

10. Pero si clandestina y ocultamente instituye al indigno, v. gr. nombrando á otro, y encargándole reservadamente entregue aquella parte al hijo incapaz de heredar, se le debe quitar y aplicar al fisco y no al conjunto. Y lo propio milita cuando por delito del instituido falta su porcion, pues tampoco pertenece al conjunto ni á los herederos abintestato sino al fisco¹.

11. El segundo modo es cuando aquella parte ó porcion se hace y constituye casi caduca, v. gr. por haber instituido el testador por herederos á dos ó más, de los cuales el uno vivia al tiempo de la institucion, pero estaba muerto al de su fallecimiento; en cuyo caso se acrece al coheredero como si en todo lo hubiera sido solo.

12. Y el tercero es cuando caducó, v. gr. por haber instituido dos ó más herederos, de los cuales el uno estaba vivo no solo al tiempo del testamento sino al del fallecimiento del testador, pero despues repudió su parte y murió sin aceptarla; en cuyo caso no pudo trasmitirla ó trasferirla á sus herederos, porque por la repudiacion ó falta de adiccion no la hizo suya, y así se acrece al coheredero conjunto.

13. Tres son las razones inductivas del derecho de acrecer, ó las causas por que se estableció: la primera, para que el testador no muera en parte testado y en parte intestado: la segunda, para que

1 Gom. dicho cap. 10. ns. 26 y 30.

el heredero represente en todo al difunto como debe, y si son muchos, todos y cada uno por su parte; pues de no acrecerse los demas bienes del testador, seria representado parcial y no totalmente este¹; y la tercera, porque esta institucion se amplía y extiende virtualmente á los bienes de que el testador no dispuso, á fin de que el heredero particular ó instituido en una cosa sola, se vea y estime instituido simple y universalmente en todas, como si de la señalada no hubiese hecho mencion el instituyente (a). y *omnibus herederos*

14. El derecho de acrecer compete á los herederos legítimos y á los extraños. Respecto de los primeros debo sentar tres casos. El primero, si los hijos son instituidos solamente, no hay duda que ha lugar, y así la parte que uno repudie acrece á la legítima de los demas por las razones expuestas en el párrafo antecedente. El segundo, si son instituidos juntamente con algunos extraños, y todos los hijos repudian su parte ó por otro motivo faltan, tampoco la hay de que se acrezcan estas á los extraños por las propias razones².

15. El tercero es cuando siendo instituidos juntamente con extraños, repudia alguno de los hijos su parte de legítima, ó por otra causa no la percibe, y se duda si la llevarán sus hermanos ó los extraños, ó estos y aquellos omnimoda y simultáneamente. Entónces se acrecerá solamente á los hijos: lo primero, porque el extraño nunca se entiende ser heredero sino legatario; y ya el testador lo instituya junta ó separadamente con sus hijos dejando á estos su legítima y á aquel el quinto, ó no distinguiendo ni diciendo lo que este y ellos han de percibir, siempre se conceptuan instituidos en diversas partes ó porciones, que son los hijos en su legítima y el extraño en el quinto; por lo que aquellos son conjuntos en la cosa y en las palabras, y el extraño omnimodamente disyunto; y cuando falta alguna parte se acrece mejor á los conjuntos de ambos modos que al que lo es solamente de un modo. Lo segundo, porque aunque quiera decirse que todos son conjuntos con igual conjunción, no obstante, los hijos lo son con conjunción legal en su legítima; por lo que la parte repudiada debe acrecer á los hermanos, y estos obtener la prelación, como que les compete derecho mas potente y vigoroso. Y lo tercero, porque en cualquier tiempo que se haga la repudiación, se retrotrae al de la muerte del testador, como si no tuviera aquel

1 Gom. lib. 1. Var. cap. 10. ns. 8 y 9.

(a) Supuesto que en nuestra Jurisprudencia no tienen ya hoy lugar las sutilezas que el autor menciona en este párrafo conforme al derecho romano y al de las Partidas, diremos, que la razon inductiva del derecho de acrecer es la voluntad del testador, que quiere que en la parte vacante de su herencia sean preferidos los herederos que instituyó en las demas á los que

vendrian *ab intestato*. Esta presuncion se admite principalmente en el caso de *conjunción*; y por eso es al que por lo regular se contraen los autores cuando tratan de este derecho. — E 2 Gom. lib. 1. Var. cap. 19. n. 37. Gracian. *Discept. forens.* cap. 178. *Littera decis.* 86 n. 11. Cancr. part. 3. Var. cap. 22. ex n. 177.

hijo ó hijos repudiantes, y si únicamente á sus hermanos aceptantes, y así á estos toca como á sus únicos herederos¹.

16. Por lo tocante á cuando el hijo es exheredado justa ó injustamente, si se acrecerá ó no su parte á sus hermanos instituidos herederos con privilegio de tales, de suerte que en ella se pueda imponer gravámen; suponiendo como incontrovertible é indubitado que el hijo no puede ser gravado en su legítima: digo, que si fuere justamente exheredado, se acrecerá á los demas hermanos su parte de herencia, que se juzga la misma con la legítima de estos; y no estan sujetos á restitucion, porque la legítima de los hijos se mide y gradúa segun la sucesion abintestato: es así que el hijo justamente exheredado nada puede conseguir abintestato de los bienes de su padre; luego sus hermanos percibirán la legítima como si le sucedieran abintestato, y por trasmision y conjuncion legal vendrá á ellos, porque la justa exheredacion remueve el obstáculo; y así se debe tener y estimar por desheredado en el todo de su legítima. Ademas de que en la querella de inoficioso testamento, removido el obstáculo y tambien uno de los herederos, ha lugar el derecho de acrecer á favor de los demas: luego se debe decir lo mismo en el suplemento de legítima, que es mas favorable que la querella; por lo que excluido el hermano por la exheredacion, deben sus hermanos conseguir mas fácilmente el beneficio del derecho de acrecer. Pero si no fué exheredado justamente, no se les acrecerá, porque él y ellos son llamados por diverso derecho, como que los herederos son instituidos en testamento y el exheredado fuera de testamento, y entre los que lo son por distinto derecho no ha lugar el de acrecer; lo que es al contrario cuando se les instituye en menor parte que su legítima, pues pueden pedir suplemento de ella³.

17. Con respecto al derecho de acrecer entre herederos extraños procederé con distincion de casos. Caso 1. Instituyendo el testador por heredero á un extraño en cierta cuota ó cosa particular, y falleciendo sin nombrar heredero universal, ni disponer del residuo de sus bienes, debe percibir este el instituido en aquella, no por derecho de acrecer, sino por virtud y extension de la institucion, del mismo modo que si en todos lo hubiera sido: porque el que lo es en cosa cierta sin haber otro coheredero, se entiende serlo universal segun derecho⁴. Y si nombra coheredero del resto de sus bienes, los llevará, y el instituido en cosa cierta se entenderá legatario de ella

1 Gom. dicho n. 37. Merlin. *De legitim.* lib. 1. tit. 1. q. 2. n. 11. y tit. 4. q. 5. Gracian. regul. 357. n. 1.
2 L. 11. tit. 4. part. 6. Gom. lib. 1. Var. cap. 11. n. 31.
3 L. 5. verb. *Otrosi decimos.* tit. 8. part. 6.

Spin. in *Specul. de testament.* gl. 9. ex n. 23.
4 L. 14. tit. 3. part. 6. Covar. in cap. *Roy-nutius.* § 1. n. 9. Card. *De jure accrescend.* illat. 25 n. 41. Aylon ad Gom. lib. 1. Var. cap. 2. ns. 22 y 23. y cap. 10. n. 10. Gracian. regul. 357. n. 3.

solamente: previniendo que si el coheredero universal es instituido bajo de condicion, no puede el instituido en cosa cierta ocupar ni apoderarse de los demas bienes de la herencia pendiente la condicion¹.

18. Si el testador no solo no dispone del resto de sus bienes ni nombra coheredero universal, sino que prohíbe expresamente ó manda que no se acrezcan ni los lleve el instituido en cosa cierta, se duda ¿si, no obstante esta prohibicion, se le acrecerán? Acerca de lo cual hay dos sentencias diametralmente opuestas: la una dice que vale la prohibicion, y se vicia la disposicion, y que por consiguiente se estima haber muerto abintestato por la perplejidad y repugnancia que incluye de querer que el heredero perciba cierta parte de sus bienes, y que no lleve los demas, ni se le acrezcan respecto no dejarlos á otro.

19. Y la otra (que es la mas segura y corriente) afirma que sin embargo de la prohibicion se le acrecerán por necesidad de derecho, porque el testador no puede prohibir ni impedir que las leyes tengan fuerza y vigor contra su disposicion, ni contra el derecho de acrecer, para que no muera en parte testado y en parte intestado, ni su voluntad tiene virtud contra ellas²; y porque todo pacto ó protestacion contra la naturaleza y sustancia del acto no lo vicia, ántes bien el mismo pacto es el viciado; y así en este caso se vicia la prohibicion, y no la principal institucion y disposicion³.

20. Lo cual se entiende cuando el heredero fué instituido por palabras directas, v. gr. diciendo el testador: *Nombro ó instituyo por mi heredero en tal cosa á Juan*. Y se limita: lo primero, si lo fué por palabras oblicuas, v. gr. *Dejo ó lego á Juan tal cosa*, ó por otras semejantes, en cuyo caso se reputa por mero legatario; mas no si estas palabras *Dejo ó lego* apelan ó recaen sobre la universalidad de bienes, v. gr. *dejo ó lego á Juan mis bienes*, pues inducen institucion directa, y es lo mismo que si dijera: *Instituyo ó nombro á Juan por heredero de mis bienes*; y lo segundo, cuando el testador le dió coheredero universal en el residuo ó en cuota cierta de sus bienes, en cuyo caso se estima tambien como mero legatario, y así los llevará el coheredero, á ménos que este repudie la herencia ó muera sin haberla percibido, pues entónces viene á ser como si no hubiera sido instituido; por lo que se acrecerá al que lo fué en cosa cierta, para que el testador no muera en parte testado y en parte intestado⁴.

21. Siendo muchos extraños instituidos desigualmente en cierta

1 Rota apud Farinae, part. 1. decis. 265. n. 3. Surd. *De aliment.* tit. 2. q. 15. n. 98. Ayllon dicho cap. 10. n. 10. vers. *Item adde quod cum, é Item adde quod si quis.*
2 L. 32. tit. 9. part. 6.

3 Gom. lib. 1. *Vor.* cap. 10. n. 10. vers. *Quaero tamen*, y n. 11. vers. *Tamen prima opinio*, et ibi Ayllon ns. 10 y 11.
4 Gom. ibi ns. 12 y 13. y cap. 2. n. fin. et ibi Ayllon n. 22. hasta el fin.

cuota ó parte de bienes, y no habiendo coheredero universal, se acrecerá á cada uno el resto de ellos á proporcion de lo que en la cuota le toca: lo que al contrario siéndolo en cosa cierta particular y cada uno en diversa porcion de ella; pues entónces los demas bienes se acrecen á todos con igualdad, sin atencion al valor de la parte señalada á cada uno en la cosa, bien que de esta percibirá la que le señaló expresamente el testador: y la razon es porque el legado de la cosa y la cuota ó parte asignada á cada uno en ella se detrae de derecho de la institucion, como si de ella ninguna mencion se hiciera, y por eso todos se graduan instituidos simplemente y como tales con igualdad¹.

22. Instituyendo el testador algun extraño por heredero universal de todos sus bienes, si este admite ó acepta alguna cosa ó parte de su herencia, es visto aceptarla toda; y así conseguirá las demas partes, no por derecho de acrecer propia y rigorosamente, sino por el de la institucion, y por la verdadera disposicion y expresa voluntad del difunto; y la razon es para que sea representado este en el todo y no en parte solamente; y porque la aceptacion de la herencia consiste en el ánimo, y cuando el heredero hace acto ó gestion que con arreglo á derecho no puede practicar sino como tal, es visto conformarse con este y aceptar en el todo la herencia; y lo propio milita cuando es sucesion universal abintestato, y acepta solamente una parte de ella. (a)

23. Lo explicado en el párrafo inmediato ha lugar en seis casos: el primero, no solamente cuando es instituido simple y universalmente, sino por partes distintas y separadas, v. gr. en una cláusula y oracion en la mitad, tercera, cuarta, quinta ú otra parte ó cuota, y en otra ú otras cláusulas en el residuo de la herencia; pues entónces admitiendo la una, es visto admitir las demas, y así se le acrecen.

24. El segundo, aunque en una parte sea instituido puramente, y en otra á cierto dia ó con condicion; pues admitiendo la pura, se constituye heredero igualmente de la condicional, que ha de recaer en él con el tiempo, ya se cumpla ó no la condicion; y así en vano es esperar el cumplimiento de esta, respecto á que nada obra ni impide la adquisicion que es necesaria, pues siendo eventual la suspende solamente².

25. Pero si en la parte condicionada tuviese sustituto, se debe esperar el cumplimiento de la condicion, pues no verificándose, la llevará este; y si se verifica, toca al heredero, al cual se acrece-

1 Gom. dicho cap. 10. n. 14.

(a) Véase lo dicho en el cap. anterior al fin del n. 8.

2 Gom. dicho cap. 10. n. 17. Ceval. q. 807. n. 3. Mascard. liter. A. conclus. 45. n. 6. Mantie. *De conjetur.* lib. 12. n. 19.

rá sin nueva aceptación, mediante haber aceptado la parte pura; y aunque se verifique después de su muerte, la llevará su heredero y no el sustituto, no por virtud de la institución condicional, porque esta no es trasmisible, sino por la del derecho de acrecer después que la condición se verificó.

26. El tercero, aun cuando el tal heredero acepte una parte y repudie expresamente la otra; pues se constituye heredero por el todo, y por derecho de acrecer consigue la repudiada; y lo mismo procede en los legados¹.

27. El cuarto, sin embargo de que el heredero instituido en partes diversas ó separadas tenga sustituto vulgar en la que quiere repudiar; pues aun entonces, si aceptó la una no puede repudiar la otra, antes bien ya quiera ó no, debe llevarlas ambas; y la razón es porque el difunto debe ser representado en el todo uniformemente y con la misma cualidad, y no con cualidades diversas ó contrarias en su representación, como lo son los grados de institución y sustitución².

28. El quinto, aunque el tal heredero sea sustituto pupilar de un hijo del testador; pues una vez que admitió la herencia por haber fallecido el hijo en la edad pupilar, no puede repudiarla después³. Y el sexto, en el hijo respecto de su legítima; pues no puede admitirla sola y repudiar los demás bienes⁴.

29. Intituyendo directamente el testador á dos ó mas extraños por sus herederos, ó sucediéndole abintestato como parientes suyos, si el uno acepta su parte y el otro repudia la suya, ó por haber muerto ú otro motivo falta su persona para poder percibirla, se acrece al aceptante. Lo cual se entiende no habiendo sustituto nombrado por el testador, como lo dice la ley 18. tit. 6. Part. 6., pues habiéndolo, es preferido al conjunto, por ser mas poderosa que el derecho de acrecer no solo la sustitución expresa sino la tácita; y la razón es porque el sustituto vulgar viene á heredar por propia y expresa voluntad del testador, y el conjunto por la tácita y presunta.

30. No solo milita y se entiende lo expuesto en la sustitución vulgar expresa, sino en la tácita comprendida en la pupilar: por lo que si el testador instituye dos ó mas hijos suyos por herederos, de los cuales el uno es impúbero y lo sustituye pupilarmente, y repudia su parte de herencia, ó por otro motivo falta, la llevará el sustituto por virtud de la sustitución vulgar comprendida tácitamente en la

1 Gom. ibi n. 19. Connan. *Comentar.* lib. 10. cap. 8. n. 6. Pichard. in *Relection.* tit. *De acquirend. haereditat.* cap. 28.
2 Gom. dicho cap. 10. n. 20. Duaren *De ju. re accrescend.* cap. 3. Gutier. in leg. univ. *Cod. Quando non petentium partes,* n. 10.

3 Fasaz. *De substitut. pupillar.* q. 151. Pichard. dicho cap. 28. n. 75.
4 Gom. dicho n. 20. vers. *Quinto extendi.* Cevall. q. 711. ex n. 3. Pichard. ibi et n. 57.

pupilar, y no el coheredero ó conjunto por el derecho de acrecer¹.

31. Lo mismo que queda sentado procede cuando en testamento perfecto instituye muchos herederos, y los sustituye mutua y recíprocamente: pues si los unos admiten sus partes ó porciones, se les acrecen las de los que repudian las suyas; y así deben aceptarlas, ya quieran ó no, porque el derecho de acrecer ha lugar también entre los instituidos y mutuamente sustituidos.

32. Procede también lo expuesto en el párrafo 19 en los fideicomisos universales: por lo que, si el testador instituye á uno por heredero con la obligación y gravámen de restituir la herencia á dos ó mas, y uno de estos repudia su parte, no la llevará el fiduciario (que es el instituido y gravado á su restitución), antes bien pasará al conjunto que aceptó la suya²; y no solo procede entre los conjuntos instituidos, sino también aun cuando entre ellos ninguna conjunción haya.

33. Esta doctrina tiene lugar aunque los herederos conjuntos ó disyuntos resistan ó no quieran percibir aquella parte que falta por estar gravada, ó por ser repudiada, ó por otro motivo; pues si han aceptado la suya deben aceptar también la otra. Y la razón concluyente es porque los herederos deben representar necesariamente en el todo al difunto: si son muchos, cada uno por su parte, y todos juntos por el todo; y si es uno solo, en el todo: y esta representación no puede hacerse en parte y en parte no; porque así como el hombre no puede estar naturalmente vivo en parte y en parte muerto, así tampoco por la ficción de la ley que imita á la naturaleza puede estar representado en parte y en parte no; pues lo que es imposible naturalmente lo es fictamente. Y no solo debe ser representado como quiera, sino uniformemente y con la misma cualidad, y no otra; porque al modo que estando vivo no recibe cualidades diversas ni contrarias, tampoco muerto debe recibirlas en su representación: bien que aunque la parte repudiada ó defectuosa se acrezca por derecho al aceptante que resiste percibirla; no obstante, si este quiere repudiar la que aceptó para que no le compelan á admitir la otra, puede; pero de no, la ha de tomar precisamente³.

34. Si el testador deja su herencia al que es incapaz absolutamente de suceder en ella, v. g. al religioso ó convento de S. Francisco, ó al que está muerto, se gradúa por nula la institución, es lo mismo que si no se hiciera, y se tiene por no escrita; y así debe pasar á los herederos abintestato del instituyente, no habiendo conjunto ó

1 Gom. dicho cap. 10. n. 36. ex vers. *Et in tantum hoc est verum.* Larrea decis. 61. *Can. cer.* part. 3. *Var.* cap. 3. n. 228.

2 Gom. dicho cap. 10. n. 23.

3 L. 18. tit. 6. part. 6. Gom. cap. 10. cit. n. 27. vers. *Unde dico.*

abintestato, del mismo modo que si no hubiera semejante institucion.¹ Pero si la deja al indigno, no sucederá lo propio, porque este es capaz de dominio, aunque el fisco le prive de él en pena del delito, y puede suceder y adquirir no obstante que está privado de retener lo que adquiere: lo cual no milita para con el incapaz, pues este no puede adquirir ni tener lo adquirido². De lo cual se sigue que la herencia dejada al incapaz, se queda en el estado que tenia ántes de la institucion; y el testamento en que esta se hizo, en el que se hallaba ántes de hacerla, y con el vigor que tendria si no la contuviese, y por consiguiente no puede ser caduca ni erecticia: caduca, porque en su principio fué nula, y erecticia, por carecer de delito y no ser indigno el instituido; pues el derecho de suceder por virtud de los testamentos y el de poderlos romper tienen tan estrecha conexion y coherencia entre sí, que el que no puede suceder por ellos carece de potestad para romperlos³; y se sigue tambien que para llamarse caduca con propiedad la herencia, ha de ser dejada al que puede adquirirla, y despues por su muerte civil ó natural, ó por no aceptarla, no la tuvo; pues si es incapaz de adquirir al tiempo de la institucion, será nula esta, y no hará caducidad de herencia, sino nulidad de institucion: que si es dejada al indigno por delito personal, la llevará el fisco, y no el conjunto ni los parientes del instituyente; y si no cometió delito, se acrece al conjunto en defecto de sustituto, y á falta de estos la llevarán los herederos abintestato del testador, excepto en el caso propuesto en el párrafo 10, pues entónces toca al fisco por el fraude que cometió el instituyente en dejársela clandestina ú ocultamente en cabeza de otro.

35. Siendo mas de dos los coherederos ¿cuál será preferido en el derecho de acrecer? Digo que al modo que en la sucesion abintestato obtiene prelación la doble ó geminada conjuncion ó vínculo de la sangre, quiero decir, que el hermano ó hermanos enteros se prefieren á los medios hermanos⁴; del mismo modo los conjuntos real y verbalmente prefieren al que en una de estas dos cosas lo es solamente: por lo que si el testador en una misma cláusula y oracion instituye por sus herederos á Pedro y á Juan, y en otra á Diego, y uno de los dos primeros repudia su parte, ó por alguno de los motivos expuestos falta ó caduca, se acrece al otro y no á Diego: porque los primeros son conjuntos real y verbalmente, que es en la cosa y palabras, y el segundo no lo es mas que realmente, que es en la cosa ó herencia, y por tácita y presunta voluntad del testador se con-

1 Portugal *De donat.* part. 3. cap. 29. ns. 3 y 8. y otros que cita.

2 Cujar. in lib. 6. Cod. tit. 35. ibi *Indignus est capax jure: incapax effectus: incapax ve-*

ro est incapax jure et effectus.

3 Molin. *De primogen.* lib. 2. cap. 9. ns. 43 y 43.

4 L. 5. el fin, tit. 13. part. 6.

septúa predilecto y primeramente llamado á la obtencion de la parte vacante.

36. De lo expuesto se deduce: lo primero, que si el testador instituye á uno, v. g. á Pedro y á sus hijos ó á los de otro heredero que nombra, (en cuyo caso Pedro se estima instituido en la mitad, y sus hijos ó los del otro heredero en la otra mitad; á méaos que entre ellos medie el órden de caridad y necesidad, pues entónces es visto instituirlos por órden sucesivo y no simultáneo, v. g. si instituye á un hijo suyo propio y á los de este, que son sus nietos), y uno de los hijos y herederos llamados colectiva y copulativamente repudia su parte, ó por otra causa falta, se acrece á los otros hijos y herederos juntamente llamados, y no á Pedro instituido por sí solo; porque aunque todos son conjuntos real y verbalmente, pero no lo son con mayor conjuncion los hijos y herederos, por ser llamados no solo juntamente sino con modo colectivo¹.

37. Lo segundo, que si alguno fallece abintestato dejando un hijo vivo y nietos hijos de otro hijo muerto (al que suceden representativamente), y uno de estos nietos repudia su parte, ó por otra causa falta, se acrece á sus hermanos y no á su tio hermano de su padre; porque aunque todos son llamados y conjuntos con conjuncion legal mediante la disposicion de la ley, son no obstante mas conjuntos entre sí los nietos por estar llamados con un modo colectivo, estimarse por uno, ocupar todos un lugar, y ser parientes mas propincuos: y así procede entre ellos el derecho de acrecer por naturaleza de la sucesion, para que se observe la prerogativa del grado de parentesco que ocupan².

38. Y lo tercero, que si el padre fallece dejando dos ó mas hijos de una muger y otros dos ó mas de otra, y uno de ellos repudia su parte, parece deberá acrecerse solamente á los hermanos germanos, porque se juzgan conjuntos entre sí con doble vínculo y conjuncion, y no á los medios hermanos; pero sin embargo no será así, pues todos serán admitidos á su percibo, y á todos se acrecerá con igualdad. Y aunque es constante que muerto uno de ellos son preferidos los hermanos germanos, y le suceden como hemios visto en otra parte (a), esto se entiende en la herencia que ya tienen adquirida y es suya propia; mas no en la herencia que no adquirieron y les proviene por sucesion y derecho de acrecer de la persona de su padre, pues entónces todos son admitidos, y se les acrece con igualdad, porque respecto de su padre todos son igualmente conjuntos³.

1 Jason ibi col. 33. n. 121. Crot. col. 14. n. 46.

2 Castell. *De usufruc.* cap. 48. n. 49. y sig. Cancer. part. 3. *Var.* cap. 23. ex n. 32.

(a) Véase el n. 23. del cap. 9. de este libro.

3 Gom. lib. 1. *Var.* dicho cap. 10. n. 31. vers. *Sed in hoc contrarium.* Covar. *Pract.* cap. 38. n. 2. Matienzo en la ley 5. tit. 8. lib. 5. R. gl. 1. n. 10.

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 mugeres¹. 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 preferencia².

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 otra³.

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 caduca⁴. Y la razon es para que el testador no muera en parte testado

1 Gom. cap. n. y vers. cit.

2 Aretin. in dict. leg. *Lucius* col. fin. Covar. Gom. locia. citat Menoch. praesumpt. 75. ex n. 8. lib. 4. Ayllon ad Gom. in dict. p. 31.

3 Gom. ibi n. 31. vers. *Sed his non obstantibus*. Ayllon ad Gom. ibi.

4 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. cros.*

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 aceptado¹.

tion. § 10. n. 125. Castill. *De usufruct. di.* cho cap. 48. n. 39 y sig.

1 Gom. ibi n. 35. Gutier. in *leg. unic. Cod. 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

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 mugeres¹. 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 preferencia².

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 otra³.

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 caduca⁴. Y la razon es para que el testador no muera en parte testado

1 Gom. cap. n. y vers. cit.

2 Aretin. in dict. leg. *Lucius* col. fin. Covar. Gom. locia. citat Menoch. praesumpt. 75. ex n. 8. lib. 4. Ayllon ad Gom. in dict. p. 31.

3 Gom. ibi n. 31. vers. *Sed his non obstantibus*. Ayllon ad Gom. ibi.

4 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. cros.*

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 aceptado¹.

tion. § 10. n. 125. Castill. *De usufruct. di.* cho cap. 48. n. 39 y sig.

1 Gom. ibi n. 35. Gutier. in *leg. unic. Cod. 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 legítimos¹; de lo cual aparece que con respecto á los herederos extraños no puede haber desheredacion². 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 designar³, 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 desheredado⁴ (*).

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 acusador⁵.

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 fueren⁶.

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 legado⁷.

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 desheredarla⁸. 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 jurisconsultos 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 hijos¹: 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 determinacion². *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 contenga³.

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 B. 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 óme recibir dos penas por ende.“ la regla de derecho: „Odiástringi, el 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 derecho¹. 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 linea recta y transversal 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 fisco² (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 válido³. 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 asunto⁴. 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 contenida⁵. Para ser desheredado es necesario ademas tener por lo ménos diez años y medio de edad; por lo mismo nunca puede serlo el póstumo⁶.

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 maquinarse 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. dedit 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 valdrá 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 maquinarse 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 redimirlos de cautiverio, pudiendo, en la forma misma que se dijo del descendiente: 8.^o cuando el ascendiente es herege y el descendiente católico¹. Estas causas, y no mas, probadas legalmente, son las que reconoce el derecho por suficientes para la desheredacion de los padres y abuelos² (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 scelestis miantur.

Fulero 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 perdió 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 legado¹. *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 falcidia².*

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 hartase el testamento en que le hubiesen hecho la manda, la cual entonces 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.³

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 legislativo⁴.*

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 soberano¹. 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 padres² (*). 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 siempre³. *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 padre⁴.*

3. Los religiosos de S. Francisco, así de observancia como de reforma, y sus conventos no pueden ser herederos⁵: 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, pag. 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*, así 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, capellanias, 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 llamamientos¹ *. Asimismo no puede serlo el que vió herir, matar ó cautivar á su señor, y no lo socorrió pudiendo, ni tampoco el alevoso². 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 incurrir 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).³ 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 referirlos, 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 capellanias; pero esto no está en observancia. *Por último, conforme al derecho de las Partidas² no podia ser heredera la mujer 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 alguna³. * 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 instituidos⁴.

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 contraviere 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 piasas 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, volviérase 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 él 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 31 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. 3. 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 título; 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 derecho¹.*

¹ 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. | 12* | Qué es la queja de inoficioso testamento, y qué efectos produce.* |
| 2 y 3* | Del nacimiento posterior de algun hijo de que en él no se habia hecho mencion.* | 13* | En qué casos no es necesaria.* |
| 4* | De la cancelacion de la escritura del testamento.* | 14* | A qué parientes del testador compete.* |
| 5,* 6 y 7 | Del otorgamiento de otro posterior.* | 15* | Cuándo cesa.* |
| 8, 9, 10 y *11 | Casos en que es necesario que el segundo testamento contenga cláusula derogatoria del | 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-

to¹; y todo lo demas del testamento subsistirá², 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,³ 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,⁴ 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 alguna⁵. *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 inteligible⁶. 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 aquel⁷. 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 fisco⁸. 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 público⁹.*

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 Mantiua *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.

tad á lo ménos de aquella, por la bondad que manifestó en no recibirla contra la prohibicion del derecho¹.*

¹ 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. | 12* Qué es la queja de inoficioso testamento, y qué efectos produce.* |
| 2 y 3* Del nacimiento posterior de algun hijo de que en él no se habia hecho mencion.* | 13* En qué casos no es necesaria.* |
| 4* De la cancelacion de la escritura del testamento.* | 14* A qué parientes del testador compete.* |
| 5,* 6 y 7 Del otorgamiento de otro posterior.* | 15* Cuando cesa.* |
| 8, 9, 10 y *11 Casos en que es necesario que el segundo testamento contenga cláusula derogatoria del | 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-

to¹; y todo lo demas del testamento subsistirá², 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,³ 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,⁴ 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 alguna⁵. *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 inteligible⁶. 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 aquel⁷. 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 fisco⁸. 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 público⁹.*

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.
 *

si este por otro otorgado posteriormente, pues dos testamentos perfectos no pueden subsistir. Esto no solo tiene lugar cuando una persona testa por sí sola, sino cuando testan dos de conformidad, como marido y mujer, pudiendo el que sobreviva revocar su testamento, lo mismo que si hubiere testado solo¹. Si en el que otorgaron de conformidad marido y mujer se nombran mutuamente usufructuarios, instituyendo á otro por heredero de los bienes de entrambos, y muerto uno de los cónyuges revoca el viudo su testamento instituyendo nuevo heredero, estará obligado á devolver al que heredó los bienes del cónyuge difunto, el usufruto que de ellos tenga percibido.

6. *Si el testador en el segundo testamento instituyere á alguno por heredero simplemente, ó en parte determinada de la herencia, y añadiere, que queria que tambien valiese el primero, entónces se entenderá que tácitamente ha rogado á aquel que restituya la herencia al primer nombrado, y así deberá verificarlo; contentándose con la cosa en que fué instituido, ó detrayendo la cuarta trebellianica². *

7. *Para que el segundo testamento revoque al primero, es necesario que sea en un todo perfecto, ó que esté *fecho acabadamente*, segun se expresa la ley, así en cuanto á la voluntad, como en cuanto á la solemnidad. Por lo mismo si el testador comenzare á otorgar nuevo testamento, y no lo perfeccionare, ó porque no quiso ó porque no pudo, no se revocará el primero³. Sin embargo hay dos casos de excepcion en que el testamento imperfecto prevalece al anterior perfecto: primero, cuando en este se habia instituido á un extraño y en aquel se nombra á alguno de los que sucederian *ab intestato*; pues entónces valdrá el segundo aunque carezca de alguna de las solemnidades legales⁴: el 2.º tiene lugar, cuando en el testamento posterior se privare de la herencia al heredero instituido expresándose alguna causa de ingratitud, en cuyo caso, como se colige de la l. 23 tit. 1 Part. 6 no obstará la falta del número legal de testigos, para que el primero se revoque, y se aplique la herencia al nuevamente instituido, ó al fisco si no hubiere habido institucion. *

8. Aunque lo general es que el testamento posterior revoca el anterior, hay tres casos en que este prevalece. El uno, cuando se otorga el segundo por creer el testador que el heredero instituido en el primero ha fallecido, expresando que su creencia es la que le impele á otorgar aquel; pues la herencia será del primer he-

1 Burg. de Paz. cons. 2. Ferrar. Biblioth. verb. *Testamentum* n. 8.
2 § 3. Inst. quib. test. infirm. Maymó cita en apoyo de esta doctrina la ley 21, tit.

1. part. 6.
3 L. 23. id. id.
4 L. 22. id. id. y Lopez en su glosa 5.

redero si realmente vive, y solo valdrán del testamento último las mandas y demas disposiciones que contenga¹. El otro caso es cuando el primer testamento tiene cláusulas derogatorias generales ó particulares, de que no se hace mencion en el segundo. Las generales son estas, por ejemplo: *Quiero que este testamento sea válido, y no otro que ántes tenga hecho ni el que haga despues de él, pues los revoco y anulo todos enteramente, excepto el presente*. Las particulares son, v. gr.: *Quiero que este testamento, y no otro que ántes ó despues haya otorgado, sea válido, excepto que el posterior á este contenga á la letra tales palabras* (las cuales deben individualizarse), *pues si las contuviere, ha de ser subsistente el último, y no este ni los precedentes*. Con esta prevencion será ineficaz el último, si carece de las palabras, á ménos que en él instituya herederos legítimos, y en el primero un extraño, como se prueba de la ley 22. tit. 1. Part. 6., que en su segunda parte dice: *la otra es cuando el testador dice así: Este mio testamento que ahora fago, quiero que vala para siempre, é non quiero que vala otro testamento, que fuese fallado que oviese fecho ante de este nin despues. Cá si acaciase que este á tal mudase su voluntad, é ficiese otro testamento, non quebrantaria por ende el otro que oviese ante fecho*.

9. Pero como estas disposiciones se presumen cautelosas, y de ellas resultan infaustas consecuencias, se duda si la revocacion regular del último testamento es suficiente para anular los precedentes que contengan derogatorias, porque muchas personas por miedo, reverencia, y eficaz persuasion y sugestion hacen testamento con ellas, instituyendo por sus herederos á los que no quieren que lo sean para que no haya necesidad de especificar las palabras del primer testamento, á fin de que quede revocado, evitar toda duda, y que el testador pueda testar libremente, y explayar su voluntad á satisfaccion, se ordenará la revocacion en estos términos: *Y por el presente revoco y anulo todos los testamentos y demas disposiciones testamentarias que ántes de ahora haya otorgado por escrito, de palabra ó en otra forma, para que ninguna valga, aunque haya sido formalizada con solemne juramento de no ser revocada, y contenga los mayores vínculos, firmezas, penas, palabras, oraciones y cláusulas derogatorias por derecho permitidas, y cualesquier pretextos y fundamentos para derogar esta [de todo lo cual, por no acordarme ni de su solemnidad y particularidades, no hago específica mencion, pero lo doy aquí por inserto, como si literalmente lo fuera], ni haga fe judicial ni extrajudicialmente, excepto este testamento, que por ser ordenado con pleno uso de mi libre albedrío, y no los demas, como lo juro en solemne forma legal, quiero y mando que se estime y tenga por tal, y por mi última deliberada volun-*

1 L. 21. tit. 1. part. 6.

tad en la via y forma que para su mayor estabilidad y validacion mejor hay lugar en derecho. En cuyo testimonio así lo otorgo ante el presente escribano en esta villa de &c.

10. Con esta cláusula me persuado quedará revocado el primero, aunque contenga juramento de no serlo y cláusulas ó palabras derogatorias que no se inserten en el último; pues sin embargo de que la referida ley 22 no dice expresamente que queda revocado aunque no se haga específica mencion de las palabras, tampoco previene que se inserten, como se reconoce de su contexto: *fueras ende si el testador dijese en el postrimero testamento señaladamente que revocaba el otro, ó que non tuviese daño á aquel testamento que agora facia, las palabras que dijera en el primero.* Véase á Ferraris *Bibliothec. verb. Testamentum*, artic. 5. y á los que cita. Se previene al escribano que para ordenar el testamento con dichas cláusulas debe instruir previamente al testador de sus efectos, y ponerlas de su orden y no de motu proprio, pues de lo contrario será responsable en el fuero interno de los perjuicios que se causen á los verdaderos interesados. En cuanto á si el testamento que un enfermo otorgue con esta cláusula: *Si fallezco de esta enfermedad instituyo á Fulano por mi heredero*, será subsistente en el caso de que convalezca, véase á Gomez en la ley 3 de Toro, número final.

11*. El tercer caso en que para que el segundo testamento revoque al primero, es necesario que haga mencion de él, se verifica cuando en este han sido instituidos los hijos del testador; pues no diciéndose en aquel que se muda y revoca el anterior, no quedará revocado.¹

12*. Puede tambien revocarse el testamento por sentencia del juez cuando es *inoficioso*. Se le da este nombre siempre que no esta hecho conforme á la piedad que deben tenerse los parientes entre sí, y entónces se pide su rescision, deduciéndose en juicio una accion llamada *queja de inoficioso* [*quaerella inoficiossi*]². Con ella se consigue anular la institucion de heredero, y que entre en su lugar el que debe heredar conforme á derecho, y en la parte correspondiente, subsistiendo todo lo demas del testamento, como son legados, fideicomisos, mejoras, nombramiento de tutor &c.^{3*}

13*. Como esta accion es odiosa porque denota que el padre ó el hijo han faltado á los oficios de piedad, solo tiene lugar cuando no hay otro remedio para entrar en la herencia; y así no será necesaria: 1. por la pretericion ó desheredacion hecha sin las condiciones prescritas por derecho, pues en este caso es *ipso jure*

1 LL. 8 y 22. tit. 1. part. 6.

2 L. 1. vers. *E tal demanda* tit. 1. part. 6.

3 LL. 7. tit. 8. part. 6. y 8. tit. 6. lib. 5.

R., á 8. tit. 6. lib. 10. N.

nulla la institucion de heredero¹. 2. Tampoco será necesaria al que se haya dejado con título de heredero, una parte aunque pequeña de su legitima, pues tendrá accion á que se le complete(a); pero si en concepto de legatario se le dejare alguna cosa, aunque sea toda la legitima, si le competirá, á ménos que el padre no otorgare testamento, y en codicilo ó de otra manera distribuyere sus bienes entre sus hijos, porque entónces no podrán estos querellarse á pretexto de que no fueron instituidos², pues no hubo institucion, y por tanto no recibieron agravio. De aquí se infiere, que solo habrá lugar á esta queja cuando siendo la desheredacion enteramente arreglada á derecho, no se probó la causa en que se fundaba, por el heredero, á quien corresponde dicha prueba, si el desheredado la niega ó el testador no lo hace suficientemente^{3*}.

14. Esta accion no compete á todos los parientes del testador, sino solo á los herederos forzosos; por lo mismo podrán intentarla únicamente los ascendientes y descendientes, y los hermanos en el caso propuesto en el número 13 del capítulo 13 de este libro^{4}.

15. No hay lugar á esta accion cuando compete otro arbitrio para conseguir la herencia, pues no es mas que un remedio subsidiario. Asimismo siempre que se consiente en la desheredacion, ya sea expresa, ya tácitamente; como si dejase el desheredado pasar cinco años despues que el extraño hubiese aceptado la herencia, pues si entónces se quisiere quejar, no debe de ser oido, si no es que fuese menor de veinte y cinco años, que podrá hacerlo hasta que los cumpla, y aun cuatro años despues⁵. Igualmente hay una aprobacion tácita del testamento, si recibiere los legados que en él dejasen á él mismo ó al que tuviese en su poder, ó si lo defendiere como abogado ó procurador⁶; á ménos que algunas de estas cosas las hiciere obligado por razon de su oficio ó mandamiento del superior^{7}.

16*. Por último, se revocan las últimas voluntades, siempre que por su esencia ó por la variedad de los tiempos se consideren per-

1 L. 1. cit. vers. *Pero si*.

(a) Esta accion se llama *ad supplementum*, y entre ella y la queja de inoficioso reconocen los autores tres diferencias. 1.ª Que esta se extingue por el trascurso de cinco años, y aque-lla como accion personal durá veinte. 2.ª Que dicha accion se trasmite siempre á los herederos, y la queja no, á ménos de haberse contestado el pleito con el difunto, porque se considera como accion de injurias. Gomez. (lib. 1. Var. cap. 11. n. 17.) sobre este punto distin- gue los herederos forzosos de los extraños, y asienta no ser necesaria la contestacion para que se verifique la transmision en los primeros,

pero si para los segundos. 3.ª La queja cesa por el hecho de aceptar el desheredado el legado dejado en el testamento, ó aprobar este de cualquier modo; lo que no sucede respecto de la accion (Vinnio in § 3. Instit. *De inofic. testam.*)—E.

2 L. 5. tit. 8. part. 6.

3 LL. 1 y 4. id. id.

4 L. 2. id.

5 L. 4. cit. vers. *Otro sí decimos*.

6 L. 6. id. id.

7 §§ 4 y 5. Inst. *De inofic. testam.* y L. 13. vers. *Fueras ende*. tit. 7. part. 6.

judiciales ó susceptibles de reformas útiles, en cuyo caso puede acudir al soberano para su reforma¹.*

¹ Cédula de 18 de abril de 1800 publicada en bando de 12 de septiembre del mismo año.

CAPITULO XVI.

Del poder para testar.

1	¿Qué es poder para testar?		
2	¿Quiénes pueden darle?	9	Puede darse poder para concluir un testamento empezado.
3	Si el apoderado no testa, el causante muere intestado.	10	El comisario debe concluir su comision en término perentorio.
4	El comisario debe ceñirse á las facultades que le confiera el testador.	11	Puede el testador conceder próroga del término legal.
5	Sin embargo puede mejorar y sustituir á personas inciertas entre ciertas.	12	Siendo varios los apoderados, se hará lo que disponga la mayoría de ellos.
6	No es delegable el poder para testar.	13	El poder para testar requiere las mismas solemnidades que el testamento nuncupativo.
7	Si el testador no nombra heredero, ¿qué puede hacer el comisario?		
8	Hecho una vez el testamento el co-		

1. **E**l poder para testar es un acto, por el cual da comision el testador á alguna persona para ordenar y declarar su voluntad última, y disponer á su arbitrio de sus bienes. El comisario (pues así se llama la persona apoderada) puede tambien obtener del testador la facultad de llevar á ejecucion sus disposiciones testamentarias, y en este caso será *comisario y executor testamentario* al mismo tiempo¹. Confieren poder para testar los que no quieren ó no pueden disponer circunstanciadamente de sus cosas, y lo hacen así por no morir intestados.

2. Todo el que tiene facultad de testar, puede dar dicho poder á cualquier individuo, varon ó hembra, que no tenga imposibilidad de ser apoderado de otro, á fin de que en su nombre ordene su testamento con arreglo á las prevenciones que allí se expresen ó le tenga comunicadas².

3. Como el poder no es testamento, ni por tal se estima, si el comisario muere sin haberle otorgado, el poderdante habrá muerto abintestato, y le heredarán aquellos á quienes en este concepto corresponda. Lo mismo sucederá si dos sujetos se han dado poder mutuamente para testar el uno por el otro, y muere en tal estado

¹ Carpio *De executorib.* lib. 1. cap. 1. n. 44. ; ² L. 6. tit. 5. lib. 3. del Fuero Real.

cualquiera de los dos. La herencia del muerto no se hará abintestato, si usando del poder testa en su nombre el que queda vivo; pero este morirá intestado si no hace nueva disposicion.

4. El comisario y apoderado debe ceñirse á las expresas facultades que el testador le ha conferido; y así no puede hacer legados, fundaciones, mejoras, sustituciones, desheredamientos ni demas, sin que le conceda en el poder facultad específica é individual para cada una de estas cosas. Respecto de las personas, tampoco podrá nombrar por sí la del heredero ó herederos, aun cuando exprese el poderdante que pueda instituir á quien le parezca, pues esta designacion la debe hacer por sí mismo el testador, como se dijo hablando de la institucion directa en el capítulo 2 de este título¹.

5. Pero respecto de otras personas, como las mejoradas, desheredadas, sustituidas, puede el comisario nombrar á quien guste entre las designadas colectivamente por el testador, pues no se requiere en este caso la designacion directa; y esto es lo que se llama *designacion genérica*, ó bien *nombrar persona incierta de ciertas*. Así podrá decirle que entre sus hijos mejore al que tenga por conveniente, ó que entre sus deudos elija por tutor de su pupilo al que juzgare mas á propósito para ello².

6. No puede el apoderado delegar su comision en otro, si el testador no lo expresa en el poder, señalándole tambien personas determinadas en que elegir el delegado; pues sin este requisito no ha lugar la delegacion; y lo mismo sucede en orden á nombrar ejecutores testamentarios. Si la comision se da al que obtiene cierta dignidad, en términos que se conozca no ser por consideracion personal del sujeto que la ocupa, se trasfiere al sucesor en caso de muerte ú otro evento: como si dijese por ejemplo: Doy poder para testar en mi nombre al decano del colegio de abogados de Méjico.

7. Si el testador muere abintestato por haber omitido en el poder la individual designacion de heredero, no podrá hacer mas el comisario que pagar sus deudas, y aplicar en bien de su alma el remanente del quinto de la herencia, pues todo lo demas se ha de repartir entre sus parientes. En caso de no tenerlos se invertirá todo el caudal á beneficio de su alma, sin que el comisario tenga facultad para darle otra aplicacion, á ménos que el poderdante deje viuda, á la cual entregará la parte que le corresponda de derecho³. Tampoco la tiene para consignar la mejora, aun cuando en el poder genérico de testar se la conceda el testador, por estarle prohibido por la ley⁴; pero si el poder es

¹ L. 5. tit. 4. lib. 5. R., ó 1 tit. 19. lib. 10. N. | ³ L. 6. tit. 4. lib. 5. R., ó 2. tit. 19. lib. 10. N.
² Matienzo en la ley 5. tit. 4. lib. 5. R., gl. | ⁴ L. 3. tit. 6. lib. 5. R., ó 3. tit. 6. lib. 10. N.
³ Gom. en la ley 31 de Toro n. 4.

especial para el hecho solo de mejorar á alguno de sus descendientes en cantidad determinada, creen varios autores que puede hacerlo¹.

8. Tampoco puede revocar lo mas mínimo en el testamento que hizo el poderdante, *si no le hubiere dado poder especial para ello; *ni el que en su nombre otorgó el mismo comisario, aunque se reservase expresamente en él la facultad de revocarlo; ni ménos hacer despues algun codicilo, añadir, quitar ni declarar el testamento otorgado: todo lo cual han prohibido las leyes con el fin de evitar fraudes².

9. Cuando habiendo instituido heredero el testador en su testamento, da poder á otro para que lo concluya, no puede este disponer mas que del quinto de los bienes despues de satisfechas las cargas; y si lo hiciere no valdrá, á ménos que en el poder conste semejante licencia³. Esta disposicion legal convence de que un testamento puede empezarse en vida del testador y concluirse despues de su muerte⁴.

10. El comisario debe despachar su comision en cuatro meses perentorios desde la muerte del testador, si reside en el mismo pueblo; seis si está fuera de él, pero dentro de la república; y un año si se encuentra en pais extrangero. Pasado este término sin haber otorgado el testamento, y practicado lo demas para que se le confirió el poder, no podrá ya usarle ni pedir término, aunque alegue que no habia llegado á su noticia la disposicion del testador, el cual se entenderá haber muerto intestado. Pero si este nombró heredero, ó dispuso específicamente otras cosas en el poder, está obligado el comisario a evacuarlo todo, y si no lo hiciere, se tendrá por hecho; y será válido: de modo que pasado el término, solo puede llevar á efecto las disposiciones específicas del poder; pero no las genéricas, como en el caso de hacerlo dentro de los limites referidos.

11. Como la ley de Toro fue establecida en beneficio del testador, y no prohíbe á este la prorogacion del término, puede hacerla en el poder, tanto para que ejecute sus disposiciones como albacea, cuanto para que disponga y declare lo que le tiene comunicado: otorgando su testamento, á cuyo fin renuncia todo lo que ceda en su privativo beneficio⁵. De este modo podrá evitar los perjuicios que la negligencia, ocupaciones ó enfermedad del comisario irrogarian al heredero y demas interesados si dejase

1 Tello, Castillo y Gomez en la ley 19 de Toro.
2 I.L. 8 y 9. tit. 4. lib. 5. R., ó 4 y 5. tit. 19. lib. 10. N. Matienzo en ella gl. 3 y 4.
3 L. 11. tit. 4. lib. 5. R., ó 6. tit. 19. lib. 10. N.

4 Cast. lib. 4. Controv. cap. 40. n. 40.
5 L. 33. de Toro, que es la 7. tit. 4. lib. 6. R., ó 3. tit. 19. lib. 10. N.
6 Gom. en la misma, n. 2.

pasar el término establecido. Así no deberá detenerse el escribano en ordenar el testamento, siempre que contenga el poder cláusula prorogatoria del plazo legal, aunque esté pasado; pero si carece de ella no debe autorizarlo sino para las gestiones arriba dichas.

12. Si el testador nombra dos ó mas comisarios, y no se conforman en el modo de cumplir su voluntad, se observará lo que determine la mayor parte; y en caso de morir, no querer ó no poder alguno revocar su comision, se refunde su derecho en los que quedan. Si la discordia es de igual número por cada opinion, deberán elegir por tercero al juez letrado del pueblo, y en su defecto al alcalde constitucional; decidiendo la suerte cuál haya de ser en caso de que hubiere dos ó mas, *y no convinieren en cual sea; *y unidos los comisarios con el juez, decidirán á pluralidad de votos lo que deba hacerse⁶.

13. En el otorgamiento del poder para testar ha de intervenir la misma solemnidad, número y calidad de testigos que en el del testamento nuncupativo⁷; se ha de insertar y relacionar el poder en el testamento que en su virtud ordene para documentarlo; y el comisario declarará no estarle revocado ni dimitido, y que el testador falleció sin hacer ninguna disposicion. Véase al fin la plantilla de este instrumento.

1 L. 38. de Toro, que es la 12. tit. 4. lib. 5. R., ó 7. tit. 19. lib. 10. N. 2 L. 39. de Toro, que es la 13. tit. 4. lib. 5. R., ó 8. tit. 19. lib. 10. N.

CAPITULO XVII.

De los testamentarios.

- | | |
|--|--|
| 1. ¿Qué se entiende por testamentarios ó albaceas? | 7* Siendo muchos los albaceas, cada uno está obligado <i>in solidum</i> , aunque no todos hayan ejercido la administracion.* |
| 2. No pueden ser albaceas los que tienen prohibicion de testar. | 8. Término en que deben evacuar su encargo. |
| 3. De cuántas clases son los ejecutores de últimas voluntades? | 9. Deben dividir entre sí el legado que les deje el testador. |
| 4. ¿Qué debe hacer el nombrado albacea para comenzar á ejercer su encargo? | 10. Si no cumplen su encargo pierden la manda. |
| 5. Los testamentarios pueden demandar judicialmente los bienes del testador, y en qué casos? | 11. No deben los albaceas percibir salario alguno por su comision. |
| 6. Los testamentarios universales están obligados á inventariar los bienes de la herencia. | 12* Resumen de lo que comprende el oficio de albacea.* |
- Nota sobre la declaracion de pobre.

1. **T**estamentario, albacea, cabezalero, mansessor ó ejecutor de últimas voluntades es aquel de quien el testador hace confianza, ó es

especial para el hecho solo de mejorar á alguno de sus descendientes en cantidad determinada, creen varios autores que puede hacerlo¹.

8. Tampoco puede revocar lo mas mínimo en el testamento que hizo el poderdante, *si no le hubiere dado poder especial para ello; *ni el que en su nombre otorgó el mismo comisario, aunque se reservase expresamente en él la facultad de revocarlo; ni ménos hacer despues algun codicilo, añadir, quitar ni declarar el testamento otorgado: todo lo cual han prohibido las leyes con el fin de evitar fraudes².

9. Cuando habiendo instituido heredero el testador en su testamento, da poder á otro para que lo concluya, no puede este disponer mas que del quinto de los bienes despues de satisfechas las cargas; y si lo hiciere no valdrá, á ménos que en el poder conste semejante licencia³. Esta disposicion legal convence de que un testamento puede empezarse en vida del testador y concluirse despues de su muerte⁴.

10. El comisario debe despachar su comision en cuatro meses perentorios desde la muerte del testador, si reside en el mismo pueblo; seis si está fuera de él, pero dentro de la república; y un año si se encuentra en pais extranjero. Pasado este término sin haber otorgado el testamento, y practicado lo demas para que se le confirió el poder, no podrá ya usarle ni pedir término, aunque alegue que no habia llegado á su noticia la disposicion del testador, el cual se entenderá haber muerto intestado. Pero si este nombró heredero, ó dispuso específicamente otras cosas en el poder, está obligado el comisario a evacuarlo todo, y si no lo hiciere, se tendrá por hecho; y será válido: de modo que pasado el término, solo puede llevar á efecto las disposiciones específicas del poder; pero no las genéricas, como en el caso de hacerlo dentro de los limites referidos.

11. Como la ley de Toro fue establecida en beneficio del testador, y no prohíbe á este la prorogacion del término, puede hacerla en el poder, tanto para que ejecute sus disposiciones como albacea, cuanto para que disponga y declare lo que le tiene comunicado: otorgando su testamento, á cuyo fin renuncia todo lo que ceda en su privativo beneficio⁵. De este modo podrá evitar los perjuicios que la negligencia, ocupaciones ó enfermedad del comisario irrogarian al heredero y demas interesados si dejase

1 Tello, Castillo y Gomez en la ley 19 de Toro.

2 I.L. 8 y 9. tit. 4. lib. 5. R., ó 4 y 5. tit. 19. lib. 10. N. Matienzo en ella gl. 3 y 4.

3 L. 11. tit. 4. lib. 5. R., ó 6. tit. 19. lib. 10. N.

4 Cast. lib. 4. Controv. cap. 40. n. 40.

5 L. 33. de Toro, que es la 7. tit. 4. lib. 6. R., ó 3. tit. 19. lib. 10. N.

6 Gom. en la misma, n. 2.

pasar el término establecido. Así no deberá detenerse el escribano en ordenar el testamento, siempre que contenga el poder cláusula prorogatoria del plazo legal, aunque esté pasado; pero si carece de ella no debe autorizarlo sino para las gestiones arriba dichas.

12. Si el testador nombra dos ó mas comisarios, y no se conforman en el modo de cumplir su voluntad, se observará lo que determine la mayor parte; y en caso de morir, no querer ó no poder alguno revocar su comision, se refunde su derecho en los que quedan. Si la discordia es de igual número por cada opinion, deberán elegir por tercero al juez letrado del pueblo, y en su defecto al alcalde constitucional; decidiendo la suerte cuál haya de ser en caso de que hubiere dos ó mas, *y no convinieren en cual sea; *y unidos los comisarios con el juez, decidirán á pluralidad de votos lo que deba hacerse⁶.

13. En el otorgamiento del poder para testar ha de intervenir la misma solemnidad, número y calidad de testigos que en el del testamento nuncupativo⁷; se ha de insertar y relacionar el poder en el testamento que en su virtud ordene para documentarlo; y el comisario declarará no estarle revocado ni dimitido, y que el testador falleció sin hacer ninguna disposicion. Véase al fin la plantilla de este instrumento.

1 L. 38. de Toro, que es la 12. tit. 4. lib. 5. R., ó 7. tit. 19. lib. 10. N.

2 L. 39. de Toro, que es la 13. tit. 4. lib. 5. R., ó 8. tit. 19. lib. 10. N.

CAPITULO XVII.

De los testamentarios.

- | | |
|--|--|
| 1. ¿Qué se entiende por testamentarios ó albaceas? | 7* Siendo muchos los albaceas, cada uno está obligado <i>in solidum</i> , aunque no todos hayan ejercido la administracion.* |
| 2. No pueden ser albaceas los que tienen prohibicion de testar. | 8. Término en que deben evacuar su encargo. |
| 3. De cuántas clases son los ejecutores de últimas voluntades? | 9. Deben dividir entre sí el legado que les deje el testador. |
| 4. ¿Qué debe hacer el nombrado albacea para comenzar á ejercer su encargo? | 10. Si no cumplen su encargo pierden la manda. |
| 5. Los testamentarios pueden demandar judicialmente los bienes del testador, y en qué casos? | 11. No deben los albaceas percibir salario alguno por su comision. |
| 6. Los testamentarios universales están obligados á inventariar los bienes de la herencia. | 12* Resumen de lo que comprende el oficio de albacea.* |
- Nota sobre la declaracion de pobre.

1. **T**estamentario, albacea, cabezalero, mansessor ó ejecutor de últimas voluntades es aquel de quien el testador hace confianza, ó es

instituido por derecho para cumplir lo que en su testamento ó en otra última disposicion deja ordenado. Puede hacerle este encargo estando presente ó ausente al tiempo que le nombra¹, ya sea á uno ó á muchos, á su heredero ó extraño, clérigo ó lego². Su oficio es piadoso³ y privado: por su muerte no pasa á su heredero, *porque se entiende elegida su industria y amistad*⁴; y así no puede delegarlo sin expresa facultad del testador, y aun concediéndosele, no valdrá en todos casos⁵, especialmente si con su mal proceder contrajo el testamentario algunas obligaciones, pues entonces queda obligado á su cumplimiento, aunque haya delegado su encargo.⁶ En cuanto á las cosas en que conviene el oficio de testamentario con el de juez, véase al Doctor Francisco Carpio en el prefacio del tratado que escribió *De executor. et commissar. testamentar.*, y por lo tocante á si por incertidumbre se vicia el nombramiento de testamentarios, véase el lib. 1. cap. 16. donde hace varias distinciones.

2. No puede ser albacea (regularmente hablando) el que tiene prohibicion de testar: por lo que estan privados de serlo el loco, el sordo-mudo por naturaleza ó por accidente, el ciego, el alevoso, el herege y traidor declarado, el siervo y el condenado á muerte civil ó natural, el judío, el infiel, el religioso profeso sin licencia expresa de su prelado (a), y los de San Francisco aunque la tengan; bien que podrán ser nombrados para dar consejo á los demas albaceas, pues esto no les está prohibido⁷. *Asimismo puede cometérselos por el testador la facultad de nombrarle albacea, y la de asignar los pobres ó causas piadosas entre quienes hayan de distribuirse los legados ó herencia que se dejen para tales objetos*⁸. Tampoco pueden serlo la muger, ni el menor⁹; pero sin embargo la muger lo es por costumbre inconcusa y generalmente observada, y por derecho canónico no se la prohíbe¹⁰. Igualmente pue-

1 Proem. y ley 1. tit. 10. part. 6. Carp. lib. y cap. 10. *De executorib. et commissar. testamentar.* n. 36.

2 Ferrar. *Biblioth. verb. Testamentum.* art. 3. n. 50. y otros que cita. Carp. ibi cap. 2.

3 Cédula de 20 de septiembre de 1786 recopilada por Beleña ult. fol. n. 23.

4 Gl. in cap. 2. § *Sanè de testam.* in 6. Carp. dicho lib. 1. caps. 19 y 20.

5 Bart. in leg. *A filio.* 15. n. 3. ff. *De alim. et cibar. legat.*

(a) Si el religioso acepta el cargo de albacea sin licencia de su prelado, procederá ilícitamente como que obra contra la prohibicion de los cánones; pero será válido cuanto ejecute, pues no se encuentra texto alguno que lo irrite, y la licencia del prelado no se exige por via de forma ó condicion para el valor de lo ejecu-

tado. Murillo *Cursus jur. canon.* lib. 3. n. 253 Ferrar. lug. precit. n. 55. Siendo de advertir con este autor en el n. 54, que por prelado se entiende el superior local del convento, monasterio ó casa religiosa; si no disponen de otra manera las constituciones particulares de cada orden.—E.

7 L. 8. tit. 5. lib. 3. del Fuero Real, y arg. de la 2. tit. 10. part. 6. cap. *Religiosus executor.* 2. *De testam.* in 6. Clem. *Religiosis de testam.* Clem. *Exivi.* § *Verum etiam.* *De verbor. signific. y § Verumtamen,* al fin. Carp. ibi caps. 5 y 14.

8 Ferrar. lug. cit. n. 59 y otros muchos que cita.

9 L. 8. tit. 5. lib. 3. del Fuero Real, et ibi gl.

10 Matienzo en la ley 5. tit. 4. lib. 5. R. gl. 8. n. 5. Ferrar. ibi n. 51. Carp. lib. 1. cap. 6.

de serlo el mayor de diez y siete años, porque de esta edad le permite el derecho¹ ser procurador en cualquier negocio extrajudicial; y así en cumpliéndolos no se le excluye de este encargo, ántes bien por costumbre se le tolera como á la muger, no obstante la prohibicion de la ley del Fuero Real que se cita, porque estas solo tienen fuerza de tales en donde son usadas y guardadas, como lo ordena la 1 de Toro. Véase á Carpio en dicho lib. 1. cap. 7 y 8. que lo trata latamente con distincion de casos. Asimismo puede serlo el escribano que autoriza el testamento; porque á mas de no estarle prohibido, no adquiere otra cosa que trabajo y responsabilidad en cumplir la voluntad del testador, y tener que dar estrecha cuenta de su encargo; y así no se le debe hacer cargo de crimen que no comete, como algunos visitadores de escribanos poco instruidos lo practican, por abultar cargos que no hay. Pero si le resulta comodidad, no podrá serlo², y se tendrá por no escrito, excepto en algunos casos. *Por último, no pueden serlo los ministros de la Suprema Corte de justicia, audiencias y otros tribunales superiores, pues les está prohibido por las leyes aceptar ni ingerirse en encargos de esta naturaleza³.*

3. Los ejecutores de últimas voluntades son de tres clases (como los tutores de huérfanos), á saber *legítimos, testamentarios y dativos*. Los legítimos son aquellos á quienes compete por derecho cumplir la voluntad del testador; tales son los herederos instituidos por él⁴. Los testamentarios son los que este elige en su testamento ó en otra última disposicion. Los dativos son los que nombra de oficio el juez ó magistrado en caso que el electo en el testamento ó el heredero no quieran cumplir lo dispuesto por el difunto. Los testamentarios y dativos se dividen en *universales y particulares*. Los universales son los electos para evacuar íntegramente la voluntad del testador, y distribuir todos sus bienes á pobres, ó en otras obras pias ó profanas; y sobre si son ó no tenidos en lugar de herederos, y en qué casos, véase á Carpio *De executorib.* lib. 3. cap. 9. per tot. Los particulares son los que este nombra para cumplir únicamente lo concerniente á su alma, legados ú otra cosa particular, todos los cuales no deben ser compelidos á evacuar su encargo (regularmente hablando), (a) á mé-

1 L. 19. al fin. tit. 5. part. 3. cap. *Qui generaliter.* 5. § fin. *De procuratorib.* in 6. Matienzo en la ley 14. tit. 4. lib. 5. R. gl. 1. n. 6. Ferrar. *Biblioth. verb. Testamentum.* art. 3. n. 52. y otros que cita.

2 Carp. lib. 1. cap. 10. per tot.

3 L. 30. tit. 4. lib. 2. R. ó 10. tit. 2. lib.

4 N. Céd. cit. de 20 de septiembre, arts.

16. cap. 1. dec. de 9. de octubre de 1812, y

46 y 47 de la ley de 14 de febrero de 1826.

4 Cap. 3. *De testamentis.*
(a) Con mucho acierto ha usado el autor de esa frase; pues muchos autores, haciendo argumento de la ley 17. tit. 4. part. 3. juzgan que podrá cualquier juez obligar por alguna causa racional al que sea de su jurisdiccion á aceptar el cargo de albacea. Sin embargo como los albaceas se equiparan á

nos que lo acepten expresa ó tácitamente, ni á su admision, porque esta es libre y voluntaria en ellos; pero una vez aceptado, estan obligados á evacuarlo¹: ni tampoco pueden conmutar lo que se deja á causas pias en otros usos, aunque sean evidentemente mejores, si la voluntad del testador se puede cumplir justa y cómodamente², á ménos que intervenga autoridad del Papa ó del respectivo soberano por causa justa y necesaria³.

4. *El que ha sido nombrado albacea debe presentarse al juez luego que tenga noticia de su nombramiento, para que se le discierna el cargo, prestando ántes juramento de que usará de él bien y fielmente, y dando caucion suficiente de la seguridad de los bienes cuya administracion se le confia: así lo dice Murillo⁴ citando á Monterroso y Rivera. Sin embargo la ley⁵ solo exige la caucion cuando haya justa causa para sospechar del albacea y expresamente la remite por no haberla á los religiosos. Fundados en su espíritu creemos que nunca deberá exigirse á los testamentarios, si no es cuando se ofrezcan voluntariamente, como sucede con los tutores.*

5. Por tres causas pueden los testamentarios demandar judicialmente los bienes del testador á su heredero ó al que los tenga en su poder, aunque lo resista. La primera, cuando la manda es para obras pias, ó para socorro de huérfanos ú otras personas. La segunda, cuando el testador lega alguna cosa á otro juntamente con ellos. Y la tercera, cuando les confiere poder amplio para pedir judicial y extrajudicialmente sus bienes, á fin de cumplir lo que deja dispuesto⁶; bien que los legatarios pueden demandar sus legados al que los tuviere⁷. Se previene que aunque en todos los testamentos aparece dada la facultad á los testamentarios para *apoderarse de los bienes del testador, venderlos en pública almoneda ó fuera de ella, y de su producto cumplir su voluntad*, no deben mezclarse los particulares en otra cosa que en lo respectivo á su alma, si los herederos son forzosos, porque esta cláusula se pone en los testamentos por estilo y no por precepto de los testadores: por lo que no debe tener mas vigor que para lo referido, ni los escribanos ponerla sino con la limitada expresion de lo que el testador les encarga específicamente, fuera de que el heredero es el

los tutores, pues en cierto modo lo son de los bienes del difunto, pueden, dice Comes, (*Arte de notoria* n. 1320), excusarse por las mismas causas que aquellos.—E.

¹ Carp. *De exauctorib. et commissar. testam.* lib. 1. cap. 17. n. 2, al 11. cap. 19. *De testam.* Covar. en el n. 3. Ferrar. *Biblioth.* verb. y art. cit. n. 46 y 62.

² Cap. *Nos quidem*. 3. *De testam.* cap. *Ulti.*

ma volunt. 4. caus. 13. q. 2. Clem. *Quia contingit* 2. *De relig. domib.* Ferrar. ibi n. 69.

³ Cap. *Conquestus*, 16. *De foro comp. Conc.* Trid. sess. 22. cap. 6. *De reformat.* Begnud *Biblioth.* verb. *Testam.* n. 140.

⁴ *Curs. jur. canon.* lib. 3. n. 253.

⁵ L. 2. tit. 10. part. 6.

⁶ L. 4. tit. 10. part. 6.

⁷ Dicha ley 4. al fin.

verdadero testamentario, como dice el señor Covarrubias, y contra él debe proceder de oficio el juez eclesiástico por lo concerniente á lo pio, y el secular á pedimento de los interesados en legados y otras cosas; y no es justo que un extraño, ó aunque sea pariente, se apodere con el especioso título de testamentario de los bienes de herederos legítimos ó forzosos, pues estos deben percibirlos directamente del testador, y no por mano y restitucion de otro. Pero si son extraños los herederos, intervendrán los albaceas en aquello para lo que les autorice el testador, bien que suele ser bastante comun darles amplias facultades en todo lo relativo al cumplimiento de su voluntad, y es muy conveniente para evitar disputas. (Al fin de este título va inserta la planta ó modelo de las cláusulas que en tal caso suelen extenderse). Sin embargo de ellas, y de que podrán en el caso referido hacerlo todo como testamentarios universales, no tienen facultad para perjudicar á los herederos en la cuarta falcidia, á ménos que el testador prohíba que se saque, y mande que se contente con lo sobrante, aunque les toque ménos que á los legatarios, y que en este caso unos y otros se estimen por sus herederos particulares; porque como es dueño absoluto de sus bienes, y ninguno de estos herederos tiene derecho á ellos, puede gravárselos é imponerles todas las posibles y honestas condiciones que quiera, las que deberán cumplir, y de lo contrario perderán la herencia. Pero aunque el testador confiera á los testamentarios universales la facultad de vender sus bienes para cumplir lo que dispone, no deberán venderlos sino en pública subasta ó almoneda, como lo manda la ley 62. tit. 18. Part. 3. al fin, para evitar todo fraude y sospecha contra ellos.

6. Estan obligados los testamentarios universales, y no los particulares, á hacer inventario ó descripcion formal ante escribano y testigos de los bienes del testador, y dar cuenta de lo recibido y gastado, aunque les releve de ello (a), y sean regulares¹; sobre lo cual he visto varias ejecutorias del consejo, y por eso lo puse en la cláusula que copio al fin. *Por ella juzgan los autores² que solo se entiende remitida la averiguacion nimia y escrupulosa en cuanto á la culpa, pero no en cuanto al dolo. Si el testador encargó á su albacea ó á su confesor por cláusula en el testamento ó probada por testigos, que dispusiese de alguna cantidad con arreglo á algún *comunicado secreto*, no tendrá obligacion de dar cuenta ni de declarar las personas á quienes se le mandó entregar, si no es que se

(a) Véase sobre este punto un caso práctico en el primer tomo del *Apendice á los Juzgados militares* de Colon, pag. 161.—E.
¹ Auth. *Licet*. Cod. *De episcop. et cler.* su gl. Nov. 131. Clem. *Religiosis*. *De testam.*

Reinf. lib. 3. tit. 26. § 23. n. fin. Ferrar. *Biblioth.* verb. *Testamentum*. art. 3. n. 60. Cap. *De exauctorib.* lib. 3. cap. 10 y otros que cita. L. 5. tit. 10. part. 7.

² Carpio lib. 4. cap. 2. n. 10. y les que cita.

pruebe dolo por hallarlas en su poder¹; mas para evitar fraudes y pleitos aconseja Murillo² ser lo mas seguro en este caso, que el testador disponga que el confesor ó albacea den cuenta en secreto de su ejecucion al juez, añadiendo que en las cosas de poco momento se acostumbra estar al juramento de los albaceas.* El obispo de su diócesis puede compelerlos, siendo negligentes, al cumplimiento de las disposiciones piadosas que contenga el testamento, sin embargo de que se lo prohiba el testador³; porque la persona privada no tiene facultad para impedir lo que es de derecho público, civil ó eclesiástico⁴; y si se resisten, cumplirlo por sí, ó elegir otros: y lo mismo procede cuando el testador no los nombró, si su heredero no lo cumple, pues este lo es; y cualquiera del pueblo tiene accion para darle cuenta⁵.

7. *Cuando sean muchos los albaceas cada uno está obligado *in solidum* por la administracion, aunque no todos la hayan ejercido. Así lo decidió la Rota, como atestiguan los adicionadores de Ferraris⁶, fundándose en que en el caso propuesto, la administracion no se divide ni por la ley, ni por el juez, ni por el testador; y que por tanto siendo aquella individua, debe serlo tambien la obligacion; cuyo principio generalmente cierto, lo es mas cuando se trata de administradores voluntarios, como son los albaceas.*

8. Tienen de término para cumplir su encargo el que prefine el testador, ya sea mayor ó menor que el legal, y si ninguno les señala, deben evacuarlo lo mas breve que puedan. Si no pueden concluirlo con tanta brevedad, les concede el derecho un año contado desde el dia de su muerte; y si son muchos, y todos no pueden ó no quieren intervenir en él, vale lo que uno ó dos ejecuten⁷; y para precaver este inconveniente, se conferirá á cada uno *in solidum* la facultad de cumplirlo, con la cual el primero que empiece á usar de ella, puede proseguir hasta su conclusion, sin que tenga precision de avisar á los demas ni estos que mezclarse en cosa alguna.

9. Si el testador lega alguna cosa ó cantidad para todos los testamentarios, deben dividirla con igualdad; y en caso de fallecer alguno de ellos, ó no aceptar su encargo, se acrece á los otros en la misma forma. Si lega algunas cosas para redimir cautivos, y no elige albaceas, ha de percibir las el obispo, é invertirlas en dicho des-

1 Sanchez lib. 4. *Consil.* cap. 1. dub. 4. *Diana Concord.* tom. 6. trat. 8. resol. 104.
2 *Curs. jur. canon.* lib. 3. n. 254.
3 L. 7. tit. 10. part. 6. cap. *Nos quidem.* 3. *Si haeres.* 9. y *Tua nobis.* 17. *De testam.* y su gl. vers. *Interdiciis.*

4 L. 32. tit. 9. part. 6. y *Nemo potest.* 55. ff. *De leg.* 1.
5 L. 7. tit. 10. part. 6. Covar. *De testam.* n. 8. Mantio. *De conject.* lib. 3. tit. 1.
6 Lug. cit. § *Novae additiones ex aliena manu.*
7 L. 6. tit. 10. part. 6.

tino; y aunque segun nuestro derecho¹ debe entregárselas por inventario el juez secular, y el obispo dar cuenta á este (pasado el año) de haberlas empleado en la redencion, no se observa esta legal disposicion, pues el obispo no da tal cuenta, ántes bien si el heredero no cumple, elige albaceas, ó le compele al cumplimiento.* Cuando el testador legare á ciertas personas determinada cosa ó cantidad de sus bienes, y mandare que lo demas se aplique á los pobres, no podra el albacea dar algo á aquellas aunque lo sean²; pero si él lo fuere, bien podra aplicarse alguna parte, y no todo la suma, pues de otro modo contravendria á la voluntad del testador, quien no habló en singular sino en plural, y por lo mismo quiso beneficiar cuando ménos á dos pobres³.*

10. Los testamentarios que fueron amonestados para cumplir su encargo, si no lo hacen por descuido ó malicia, y por esta causa se les priva judicialmente de él, pierden por el mismo hecho lo que el testador les legó, excepto que sean hijos suyos, pues con ellos no se entiende esta pena⁴. No solo incurren en ella los testamentarios, sino el que tiene en su poder el testamento cerrado, y no lo manifiesta á la justicia dentro de un mes siguiente al dia de su fallecimiento; pero si nada les legó, deben pagar al interesado el daño que se le irrogue, y dos mil maravedis á la real cámara⁵; y si compran algo de los bienes del difunto, á mas de ser nula la venta, incurren en la pena del cuatro tanto aplicado al fisco: y lo mismo sucede en los tutores⁶.

11. En cuanto á si se deberá ó no dar salario á los testamentarios por su trabajo, estan discordes los autores. Unos afirman que sí: otros dicen que no se debe al nudo ó mero executor que ha de expedir brevemente su comision; pero que si esta tiene tracto sucesivo con encargo de administracion, sí; y otros lo niegan absolutamente: y esta opinion es la segura. Lo primero, porque entre el testador y el executor de su última voluntad se celebra verdadero contrato de mandato, que consiste no en la cosa ó hecho, sino en el consentimiento y buena fe; por lo que se puede celebrar entre presentes y ausentes, y se induce de las palabras *ruego, quiero ó mando*, del mismo testador⁷. Lo segundo, porque el oficio de testamentario es privado, por cuya razon no puede ser compelido á su aceptacion el mandatario; bien que esta es libre y voluntaria en él; pero una vez que lo aceptó, está obligado á cumplir el mandato, pues lo que al principio es gra-

1 L. 5. tit. 10. part. 6. Greg. Lep. en ella 5 y 6. Gutier. *De tutel.* part. 8. cap. 45. n. 20.
2 L. 3. tit. 10. part. 6.
3 Barbosa, *De potest. episcop.* alleg. 83. n. 21. Sanchez *Decalog.* lib. 6. cap. 11. n. 54. y 55. cap. 40. *De reg. jur.* in 6.

4 L. 8. tit. 10. part. 6. Matienzo en la ley 7. tit. 4. lib. 5. R. gl. 5. n. 6.
5 L. 14. tit. 4. lib. 5. R., ó 5. tit. 12. lib. 10. N.
6 L. 23. tit. 11. lib. 5. R., ó 1. tit. 12. lib. 10. N.
7 L. 24. tit. 12. part. 5. et ibi gl. 1 á la 4.

cioso se constituye despues coactivo. Y lo tercero, porque el contrato de mandato, como que trae su origen de oficio, confianza, amistad ó piedad, es gratuito por su naturaleza; pues de lo contrario degeneraria, y se convertiria en locacion: por lo que siendo gratuito y aceptándolo el comisario ó ejecutor, es visto por su aceptacion que se obliga á evacuarlo graciosamente; y por consiguiente ya sea ó no oficial que viva de su trabajo, y la ejecucion de su encargo tenga ó no tracto sucesivo con cargo de administracion, no se le debe salario, porque lo resisten la naturaleza del contrato, el nombramiento hecho simplemente y la aceptacion subsecuente: *en atencion á todo lo cual, así está expresamente resuelto en la cédula de 20 de septiembre de 1786 arriba citada.* Esto se entiende, excepto que al principio se haya convenido lo contrario entre el testador y el ejecutor ó comisario, ó que este acostumbre locar su trabajo, y por conjeturas se colija que de otra suerte no aceptaria la comision, ni el testador le encargaria el cumplimiento de su voluntad; pues en estos casos por tácita convencion entre los dos le señalará el juez á su prudente arbitrio el competente salario, atendidas la cantidad y cualidad del negocio, y la ocupacion ó trabajo, y no se graduará de mandato sino de locacion. Pero lo que expenda de su caudal en lo tocante á su comision se le debe pagar¹. Es de advertir que aunque el testamento se rompa por pretericion ó desheredacion, ó el testador no haya instituido heredero, ó este no haya querido aceptar la herencia, vale el nombramiento de testamentarios, y todo lo demas que el testamento contenga, si consta de la solemnidad legal de testigos². Su oficio espira con su muerte; con la revocacion del testador; por enemistad que sobrevenga entre los dos; por impedimento, locura ó fatuidad del mismo testamentario; por remocion de su oficio por sospechoso; por el trascurso del tiempo, ó término asignado para evacuar su comision; por complemento y ejecucion de ella, y por haber cesado la causa por que fué constituido. *Algunos³ quieren que acabe tambien respecto de la viuda que era albacea de su marido, si contrae nuevo matrimonio; pero lo niegan otros⁴.*

12. *Creemos conveniente concluir este capítulo con un resumen de las facultades de los albaceas, tomado de una obra⁵ recientemente traducida al castellano. El oficio de albacea comprende lo siguiente: 1.º recibir el encargo espontaneamente ó por mandato: 2.º ofre-

¹ Véase á Carpio *De executorib. et commissar. testamentar.* lib. 3. cap. 11. per tot. que con presencia de quanto escribieron Baeza, Parladorio, Espino, Acevedo, Escobar y otros, lo resuelve en la forma expuesta y es lo que concibo se debe seguir, y siempre he visto practicar.

² L. 1. tit. 4. lib. 5. R. 6. l. tit. 18. lib. 10. N. Carp. *De executorib.* lib. 1. cap. 25. ns. 39 y 40

³ Espino *Specul. testam.* gl. 28. n. 36.

⁴ Molina *De just. et jur. trat.* 2. D. 247. n. 14

⁵ *Arte de notaria* por Comes, n. 1321.

cer cauciones para que pueda accionar y ser reconvenido con mas seguridad; lo que sin embargo no se observa en los albaceas testamentarios, admitiéndose estos sin caucion por costumbre: 3.º hacer que se describan todas las cosas en inventario, para que no parezca que quiere quedar sin responsabilidad: 4.º convocar á sus compañeros en el oficio ó comisarios si los hay, y tratar con ellos deliberadamente de lo que haya de hacerse: 5.º excitar á los deudores al pago y exigir de ellos las deudas: 6.º defender á los legatarios y á los demas: 7.º poner por orden en posesion á los herederos y legatarios: 8.º vender y conmutar los bienes del difunto: 9.º distribuirlos: 10.º últimamente, dar una razonable cuenta de su administracion. pueden empero los albaceas alterar la voluntad del testador, y ménos destruirla. Pueden sin embargo suplir lo que el testador haya omitido ó interpretar la voluntad del mismo, la que se presume haber sido tal, cual la observare el albacea. Cortiada² añade, que no pueden apartarse de dicha declaracion, ni les es permitido variar.*

Nota sobre la declaracion de pobre.

Llábase declaracion de pobre el testamento que otorga el que no tiene bienes, y está reducido á declararlo así, y á rogar al cura párroco ó á otras personas que le manden enterrar por caridad, y hagan por su alma el bien que pudieren. En este particular hay que advertir dos cosas: 1.º que se requieren para su validez los cuatro requisitos que quedan expresados en el capítulo del testamento párrafo 4: 2.º que el pobre puede instituir heredero, ordenar mejoras y sustituciones, y hacer legados de los bienes que pueda adquirir en lo sucesivo. (Véase á Gomez en la ley 3 de Toro núm. 16.)

¹ Luca *De testament. inc.* 68.

² Decis. 280.

CAPITULO XVIII.

De las mandas ó legados.

1. ¿Qué es manda, y quién la puede

2. Se dividen en fortosas y voluntarias;

3. Las mandas ó legados pueden ha-

4. En el legado hecho puramente cor-

5. ¿Qué es legado á dia cierto?

6. ¿Cuál se dice á dia incierto?

7. Si el legatario muere antes de lle-

8. Caso en que se transmiten los lega-

9. Caso de un legado hecho á una hi-

10. ¿Cuál se dice á dia incierto?

11. ¿Cuál se dice á dia incierto?

12. ¿Cuál se dice á dia incierto?

13. ¿Cuál se dice á dia incierto?

14. ¿Cuál se dice á dia incierto?

15. ¿Cuál se dice á dia incierto?

cioso se constituye despues coactivo. Y lo tercero, porque el contrato de mandato, como que trae su origen de oficio, confianza, amistad ó piedad, es gratuito por su naturaleza; pues de lo contrario degeneraria, y se convertiria en locacion: por lo que siendo gratuito y aceptándolo el comisario ó ejecutor, es visto por su aceptacion que se obliga á evacuarlo graciosamente; y por consiguiente ya sea ó no oficial que viva de su trabajo, y la ejecucion de su encargo tenga ó no tracto sucesivo con cargo de administracion, no se le debe salario, porque lo resisten la naturaleza del contrato, el nombramiento hecho simplemente y la aceptacion subsecuente: *en atencion á todo lo cual, así está expresamente resuelto en la cédula de 20 de septiembre de 1786 arriba citada.* Esto se entiende, excepto que al principio se haya convenido lo contrario entre el testador y el ejecutor ó comisario, ó que este acostumbre locar su trabajo, y por conjeturas se colija que de otra suerte no aceptaria la comision, ni el testador le encargaria el cumplimiento de su voluntad; pues en estos casos por tácita convencion entre los dos le señalará el juez á su prudente arbitrio el competente salario, atendidas la cantidad y cualidad del negocio, y la ocupacion ó trabajo, y no se graduará de mandato sino de locacion. Pero lo que expenda de su caudal en lo tocante á su comision se le debe pagar¹. Es de advertir que aunque el testamento se rompa por pretericion ó desheredacion, ó el testador no haya instituido heredero, ó este no haya querido aceptar la herencia, vale el nombramiento de testamentarios, y todo lo demas que el testamento contenga, si consta de la solemnidad legal de testigos². Su oficio espira con su muerte; con la revocacion del testador; por enemistad que sobrevenga entre los dos; por impedimento, locura ó fatuidad del mismo testamentario; por remocion de su oficio por sospechoso; por el trascurso del tiempo, ó término asignado para evacuar su comision; por complemento y ejecucion de ella, y por haber cesado la causa por que fué constituido. *Algunos³ quieren que acabe tambien respecto de la viuda que era albacea de su marido, si contrae nuevo matrimonio; pero lo niegan otros⁴.*

12. *Creemos conveniente concluir este capítulo con un resumen de las facultades de los albaceas, tomado de una obra⁵ recientemente traducida al castellano. El oficio de albacea comprende lo siguiente: 1.º recibir el encargo espontaneamente ó por mandato: 2.º ofre-

¹ Véase á Carpio *De executorib. et commissar. testamentar.* lib. 3. cap. 11. per tot. que con presencia de quanto escribieron Baeza, Parladorio, Espino, Acevedo, Escobar y otros, lo resuelve en la forma expuesta y es lo que concibo se debe seguir, y siempre he visto practicar.

² L. 1. tit. 4. lib. 5. R. 6. l. tit. 18. lib. 10. N. Carp. *De executorib.* lib. 1. cap. 25. ns. 39 y 40

³ Espino *Specul. testam.* gl. 28. n. 36.

⁴ Molina *De just. et jur. trat.* 2. D. 247. n. 14

⁵ *Arte de notaria* por Comes, n. 1321.

cer cauciones para que pueda accionar y ser reconvenido con mas seguridad; lo que sin embargo no se observa en los albaceas testamentarios, admitiéndose estos sin caucion por costumbre: 3.º hacer que se describan todas las cosas en inventario, para que no parezca que quiere quedar sin responsabilidad: 4.º convocar á sus compañeros en el oficio ó comisarios si los hay, y tratar con ellos deliberadamente de lo que haya de hacerse: 5.º excitar á los deudores al pago y exigir de ellos las deudas: 6.º defender á los legatarios y á los demas: 7.º poner por orden en posesion á los herederos y legatarios: 8.º vender y conmutar los bienes del difunto: 9.º distribuirlos: 10.º últimamente, dar una razonable cuenta de su administracion. pueden empero los albaceas alterar la voluntad del testador, y ménos destruirla. Pueden sin embargo suplir lo que el testador haya omitido ó interpretar la voluntad del mismo, la que se presume haber sido tal, cual la observare el albacea. Cortiada² añade, que no pueden apartarse de dicha declaracion, ni les es permitido variar.*

Nota sobre la declaracion de pobre.

Llábase declaracion de pobre el testamento que otorga el que no tiene bienes, y está reducido á declararlo así, y á rogar al cura párroco ó á otras personas que le manden enterrar por caridad, y hagan por su alma el bien que pudieren. En este particular hay que advertir dos cosas: 1.º que se requieren para su validez los cuatro requisitos que quedan expresados en el capítulo del testamento párrafo 4: 2.º que el pobre puede instituir heredero, ordenar mejoras y sustituciones, y hacer legados de los bienes que pueda adquirir en lo sucesivo. (Véase á Gomez en la ley 3 de Toro núm. 16.)

¹ Luca *De testament. inc.* 68.

² Decis. 280.

CAPITULO XVIII.

De las mandas ó legados.

1. ¿Qué es manda, y quién la puede

2. Se dividen en fortosas y voluntarias;

3. Las mandas ó legados pueden ha-

4. En el legado hecho puramente cor-

5. ¿Qué es legado á dia cierto?

6. ¿Cuál se dice á dia incierto?

7. Si el legatario muere antes de lle-

8. Caso en que se transmiten los lega-

9. Caso de un legado hecho á una hi-

10. ¿Cuál se dice á dia incierto?

11. ¿Cuál se dice á dia incierto?

12. ¿Cuál se dice á dia incierto?

13. ¿Cuál se dice á dia incierto?

14. ¿Cuál se dice á dia incierto?

15. ¿Cuál se dice á dia incierto?

- 10 Resolución del caso antecedente.
 11 Del legado condicional.
 12 La condicion es expresa ó tácita.
 13 Diferencia entre la condicion de hecho y de derecho.
 14 De los legados modales.
 15 Cumplido el precepto del testador adquiere dominio irrevocable el legatario.
 16 Legados hechos por demostracion.
 17 Legados causales.
 18 El legado causal vale aunque ignore el testador la falsedad de la causa.
 19 De los legados alternativos.
 20 Las condiciones copulativas deben cumplirse todas.
 21 Las condiciones copulativas que miran a un mismo fin, no es preciso que se cumplan todas.
 22 La condicion puesta á muchos basta que la cumpla uno de ellos.
 23 La condicion se debe cumplir en forma específica.
 24 Cuando hay duda sobre si la condicion impuesta al legatario se entiende tambien con el sustituto, debe estarse á la negativa.
 25 En las condiciones potestativas pasa la obligacion al sustituto.
 26 En todo legado se ha de entregar la cosa legada con todas sus pertenencias.
 27 Al legatario toca sufrir igualmente el menoscabo que hubiere.
 28 Caso en que no tiene lugar el legado de una casa.
 29 y 30 El testador puede legar los bienes de su heredero, *y mandar que paguen legados á otro á todos aquellos que reciben algo de su testamento; *y excepcion de esta doctrina.
 31 Pueden tambien legarse las cosas ajenas.
 32 Igualmente puede legarse la alhaja que está empeñada.
 33 Al dueño de una alhaja empeñada por deuda en poder del testador, este puede legar la alhaja referida.
 34 El testador puede legar á su acreedor la deuda pendiente.
 35 Pueden legarse las cosas que no es-

- tan nacidas.
 36 El heredero debe buscar á su costa la cosa legada.
 37 Las cosas incorpóreas pueden tambien legarse.
 38 El que lega una cosa en que no tiene pleno derecho, no lega otra que la accion que en ella compete al legante.
 39 Consecuencias de la antecedente doctrina.
 40 En el legado de dos cosas de una misma especie en favor de dos individuos elegirá el primer legatario.
 41 Cuando se hace un legado á un hijo futuro, y nacen dos, ¿qué se debe hacer?
 42 Otro caso semejante.
 43 Caso en que un legatario tiene derecho al valor del legado y al legado mismo.
 44 En el caso anterior se ha de pedir el precio ántes que la cosa.
 45 En el legado de varias cosas con sus accesorios, ¿que regla debe seguirse?
 46 ¿Cómo se ha de entender el legado de lana y lino?
 47 Cuando de dos cosas legadas á diversos individuos no se encontrase una, partirán entre sí el valor de la otra.
 48 La cosa legada dos veces no debe entregarse mas que una.
 49 Si un testador lega en codicilo á un sujeto igual cantidad á la que habia legado al mismo en el testamento, llevará una y otra.
 50 El legado de ropas y otros efectos se entiende de los que tiene el testador cuando hace el tal legado.
 51 ¿Qué diferencia hay entre legar á los hijos ó á las hijas de otro.
 52* Del legado de alimentos.*
 53* Usando el testador al hacer el legado de palabras generales susceptibles de diversas interpretaciones, se entiende ser su voluntad dar la cosa que valga ménos.*
 54 Lo aumentado sin conocimiento del testador á la cantidad legada no

- se comprende en el legado.
 55 Los efectos que se agreguen á otros que han sido legados por estar en sitio determinado, no serán del legatario.
 56 En el legado del trigo que tiene el testador en su panera, se entenderá el que aparezca al tiempo de su muerte.
 57 El legado de valor igual á la herencia se cumplirá partiéndola el heredero y el legatario.
 58 ¿Cuándo estarán los herederos obligados á pagar el legado *in solidum*?
 59 ¿Cuándo estarán obligados á pagarle á prorata.
 60 Otro caso de un legado, en que el testador exime de su pago á uno de los herederos.
 61 El legado hecho á dos herederos desiguales se dividirá por igual.
 62 Si un legado con gravámen se menoscaba, se hará rebaja en el gravámen.
 63 No puede el legado aceptarse y repudiarse á medias.
 64 Excepcion de la doctrina antecedente.
 65 Nuevo caso en que hay igual excepcion.
 66 Los herederos del legatario no pueden aceptar y repudiar á medias su parte.
 67 El legado concebido en diferentes cláusulas puede ser en parte aceptado y en parte repudiado.
 68 Lo mismo sucede si una cláusula sola comprende cosas distintas.
 69 El legatario que elige entre dos cosas no puede volverse atras.
 70 Si no se convienen en la eleccion dos legatarios, echarán suertes.
 71 *Del legado genérico.*
 72 ¿Qué deberá decirse cuando el legatario adquiere por otro título la cosa legada ántes de que se la entregue el heredero?
 73 Si el legatario compra al heredero la cosa legada con ignorancia,
 La manda ó legado es una dádiva que hace el testador en su
 * Como toda dádiva tiene por objeto la utilidad de aquel á quien se hace, son nulos
 tiene derecho á su valor.
 74 El legado á que está obligado el heredero obliga tambien al sustituto.
 75 El testador puede legar á su deudor el importe de la deuda.
 76 En la liberacion de deuda no se entiende mas que lo vencido.
 77 El legado de liberacion de deuda puede ser de cuatro modos.
 78 Efectos del legado de liberacion de deudas.
 79 *Del legado de deuda.*
 80 La confesion de deuda en testamento basta para el legado; pero no se estima prueba suficiente en favor del acreedor como deuda.
 81 *De la dote prelegada.*
 82 El legado que se ha de entregar á voluntad del heredero, debe entregarse, muerto éste, el que le suceda así que entre en la herencia.
 83 El legado hecho á un muerto, creyéndole vivo, no se trasmite á su heredero.
 84 El que deja mas de cinco hijos, podrá legar el quinto de sus bienes á un extraño?
 85 Si un testador teniendo hijos legítimos lega el quinto á dos extraños ¿cuál legado de estos será el que valga.
 86 Decision de este caso.
 87 Sobre el mismo asunto.
 88 ¿En qué punto debe entregarse la cosa legada al legatario?
 89 Los legados debe hacerlos el legante por sí mismo.
 90 ¿Qué ha de hacer el escribano con las memorias testamentarias en que hay legados?
 91 No puede legarse lo que es propio de los reyes sin su permiso, ni tampoco los edificios ni otros bienes comunes de los pueblos.
 92 Los legados por señas son nulos.
 * Apéndice á este capítulo.
 De las mandas forzosas.*

testamento ó codicilo en favor de alguno, ó por bien de su alma; y legatario es aquel en cuyo favor se hace. Todo el que es apto para testar, lo es tambien para hacer legados, y el que no tiene prohibicion de ser heredero puede adquirirlos¹; pero aunque la tenga al tiempo que se hace el legado, si al del fallecimiento del testador carece de ella, se le considera idóneo para admitirle². Por tanto, no pueden percibir mandas el deportado ó desterrado para siempre, ni los hijos varones del traidor contra el estado; pero se exceptuan de aquella regla los condenados á servir por tiempo ó por toda su vida en las minas ú otras obras públicas, á quienes aunque incapaces de ser herederos, les permite la ley obtener legados³. *Exceptuáse tambien el legado de alimentos, el cual es tan favorable, que se puede dejar aun á los incapaces de ser herederos, como por ejemplo, al hijo espurio por su padre⁴.*

2. Los legados ó mandas se dividen en *forzosas y voluntarias*. *Forzosas* se llaman las que estan impuestas como un gravámen de la herencia, y son cierta contribucion para objetos piadosos, cuya cantidad queda al arbitrio del testador (a). *Voluntarias* son las que dependen en todo de la voluntad de este, y de ellas unas son *genéricas* y otras *específicas*. Las *genéricas* son las que no designan cosa alguna individual y determinada (b), y tambien las que estan sujetas á número, peso y medida, como trigo, aceite, un caballo (c). Las *específicas* denotan individualmente la cosa legada, como *la cosa que tengo en tal calle, ó el caballo negro*, dando de ella tan terminantes y claras señales que no dejen duda. En las *genéricas* no adquiere dominio el legatario hasta el momento en que el heredero se las debe entregar; pero en las *específicas* lo adquiere desde la muerte del testador.

3. De seis maneras puede hacer los legados el testador: 1.ª pu-

como advierte Vinnio, los legados de que no resulta provecho al legatario; pues carecen del requisito que los constituye dadas ó donaciones.—E.

1 L. 1. tit. 9. part. 6.

2 L. 1. tit. 9. part. 6.

3 L. 4. tit. 3. part. 6. Recuérdese lo que dejamos dicho en el cap. 14.—E.

4 Alvarez *Instituc.* lib. 2. tit. 20. citando la ley 8. tit. 8. lib. 5. R., ó 6. tit. 20. lib. 10. N.

(a) Véase el apéndice á este título sobre *Mandas forzosas*.—E.

(b) Respecto del legado genérico debe advertirse con Heineccio (recitaciones § 621, que es útil, si el género es infimo y tiene cierta determinacion por la naturaleza, mas no, si es alto y de incierta determinacion. Por ejemplo, un caballo es género infimo, y cualquiera sabe lo

que es: mas un animal ó cosa son géneros altos; y de aqui es, que seria absurdo y ridiculo el legado, si uno legase á otro un animal ó cosa, pues en tal caso quedaria libre el heredero si diese al legatario un raton ó una manzana. De aqui se infiere, dice Alvarez. (*Instit.* lib. 2. tit. 20), la razon de la ley 23. tit. 9. part. 6, que establece, que si el testador legare una casa, sin tenerla, no está obligado el heredero á comprarla ni vale el legado, pues presume el derecho que el testador se burla con semejante manda de género indeterminado y que no tiene limites por la naturaleza; y solo valdria cuando el testador tuviese alguna ó algunas casas, en cuyo caso se entenderia que le legaba una de ellas.—E.

(c) Cuando se lega algun género determinado con cierto número, se llama el legado de *cantidad*.—E.

ramente: 2.ª á dia cierto: 3.ª con condicion: 4.ª bajo de cierto modo: 5.ª con alguna señal ó demostracion; y 6.ª con causa¹.

4. Se entiende hecho puramente el legado, cuando el testador lega alguna cosa ó cantidad sin prefinir tiempo, dia, condicion ni calidad que suspenda el pedirlo ni entregarlo: y así al que alega no ser puramente hecho incumbe la obligacion de probar la condicion, dia ó calidad puestos en él². Tres acciones (que son *personal por testamento, hipotecaria y reivindicacion*, segun sea el legado) competen al legatario, á quien se hace puramente, contra el heredero del testador: de suerte que si es específico, se trasfiere su dominio en el legatario inmediatamente que fallece el testador, aunque aquel muera ántes que el heredero de este entre en la herencia ó tome posesion de ella, y no haya tradicion de la cosa legada, y por consiguiente le compete la reivindicacion como dueño³. Y si es genérico ó de cantidad, lo compete accion personal é hipotecaria; pero no la de reivindicacion ni otra real, porque ántes de su tradicion no hay traslacion de dominio⁴ (a).

5. Se dice legado á dia cierto, cuando el testador lo hace (ya sea de cosa ó cantidad) señalando el dia ó tiempo en que se ha de entregar, y se puede pedir; en cuyo legado, v. g.: *Mando á Pedro cien ducados para la próxima Navidad*, ántes que llegue el dia nace la accion de pedirlo y la obligacion de pagarlo; *aunque aquella no será eficaz, pues si entretanto la intentare el legatario, podrá repelerlo el heredero con la excepcion de no haber llegado el dia⁵. * Se trasfiere su dominio en el legatario y sus herederos despues de muerto el testador, aunque el legatario fallezca ántes que el heredero acepte la herencia⁶: así puede pagarlo este si quiere, ántes que venga el dia ó tiempo prefinido; porque es preciso que llegue, y toca al legatario como dueño por la traslacion de dominio.

6. Y si el dia es incierto, v. g.: *Mando á Pedro cien pesos para cuando cumpla veinte y cinco años*, ó *Juan tenga veinte*, ninguna accion ni obligacion nace hasta que viene el dia; porque puede no verificarse y se estima por condicion; y así ha lugar en este legado lo que en el condicional, en el cual es preciso cumplirla para percibirlo, porque el dia incierto hace condicion en los testamentos⁷, y ántes que

1 L. 31. tit. 9. part. 6.

2 L. 1. ff. *De condit. et demost.* Ant. Gom. lib. 1. *Var.* cap. 12. n. 56. vers. *Aliquando*.

3 L. 34. tit. 9. part. 6.

4 Gom. lug. cit. n. 7.

(a) Al legatario compete para perseguir el legado accion personal, por el cuasi contrato que celebra con él el heredero cuando acepta la herencia, (L. 3. tit. 9. part. 6):

hipotecaria, porque le estan tácitamente hipotecados los bienes de la herencia para su pago (L. 26. tit. 13. part. 5); y real, por la razon de traslacion de dominio que indica el autor.—E.

5 Gom. lug. cit.

6 L. 34. tit. 9. part. 6. cit.

7 L. 31. tit. 9. part. 6.

el día llegue no se trasfiere el dominio de la cosa legada en el legatario. Previniendo que si el testador deja al menor algún legado ó fideicomiso para cuando sea de edad legítima, ó pueda administrar sus bienes, se entiende para cuando tenga veinte y cinco años: lo cual procede aunque impetere la venia para su administracion¹.

7. Pero si el legatario muere ántes que llegue el día, pasa á sus herederos el legado, como si fuera puro² (a) (*). De lo cual se sigue que si el testador hace legado en estos términos: *Legó á María cien ducados, los que tendrá en su poder mi heredero, y se los entregará cuando tome estado*, y muere la legataria ántes de tomar estado, se transmite á sus herederos: lo primero, porque el legado hecho bajo de esta condicion se hace pura ó simplemente, y despues se difiere su solucion para el tiempo de tomar estado; en cuyo caso no contiene condicion, sino día y dilacion para pedirlo ó entregarlo: y lo segundo, porque siempre que la condicion no se impone á la sustancia del legado sino á su ejecucion ó entrega, es transmisible³; y así en este caso la voluntad del testador no fué privar de él á la legataria por no tomar estado, sino ántes bien en cualquier evento beneficiarla, y que incontinenti adquiriese derecho á él; y para que no lo gastase, que su heredero lo tuviese en depósito mientras lo tomaba, pues de lo contrario lo expresaria; por lo que muerta la legataria, se transmite á su heredero el legado, y se le debe entregar, porque cesó la causa de tenerlo en su poder el depositario.

8. Haciendo el testador muchos legados, y diciendo en el mismo testamento, que quiere se entreguen despues de la muerte de su muger, si los legatarios fallecen ántes que esta, ¿se transmitirán ó no á sus herederos? Parece que sí, porque el día incierto está puesto á la tradicion de ellos, y no hace relacion á la disposicion testamentaria. Pero en este caso se debe distinguir: si el testador habla sin adversativa, v. g. diciendo: *y quiero que dichos legados se entreguen despues de la muerte de mi muger*, se transmitirán por las razones expuestas á los herederos de los legatarios que murieron ántes; y si se explica con adversativa, v. g.: *pero quiero que no se entreguen, sino despues de la muerte de mi muger*, no se transmitirán; porque la palabra *sino* tiene la naturaleza de adversativa y exclusiva, y por ella se constituye condicional el legado: y como los legatarios murieron ántes de verificarse la

¹ Gom. ibi n. 58.

² Gom. ibi n. 57. vers. *Aliquando, et secundo*.

(a) Esta doctrina debe entenderse cuando el día sea cierto, pues si fuere incierto, no se transmitirá el legado á los herederos, muriendo el legatario ántes de que llegue; así lo establece la ley 31. vers. *Otrosi decimos...* tit. 9. part. 6. y sucede en el legado con-

dicional, si que se equipara el de que hablamos.—E.

(*) Cuando el legado es del usufruto de alguna finca, nunca pasa á los herederos del legatario, á menos de expresarlo así el testador, porque este legado es personal por su naturaleza.

³ Mantio. *De conjetur.* lib. 11. tit. 18. n. 24

condicion, no adquirieron derecho á los legados, por lo que tampoco sus herederos lo tendrán¹.

9. Si el padre teniendo hijos legítimos mandó á una hija natural, v. g. mil pesos para casarse, cuya cantidad cabia en el quinto, y ántes de tomar estado muere la hija viviendo su madre, parece que los hijos legítimos llevarán el legado y no la madre, por no haberse cumplido la causa, modo ó condicion puesta por su padre; porque segun derecho no se debe, aunque se deje con nombre de dote: por ser lo mismo el legado hecho bajo condicion, faltado esta, que el hecho bajo de cierto modo, si este no se cumple; y no se debe, pues cesando la causa del legado, que fué el matrimonio, cesa su efecto, y haciéndolo el testador para un efecto no se debe convertir en otro; y así el hecho por el padre se ha de emplear en el casamiento; y faltando este por muerte de la hija, no deberá tener derecho á él su madre.

10. No obstante lo expuesto, lo contrario se debe hacer: lo primero, porque el legado fué puro y no modal ni condicional, respecto á que dijo el testador, *para casarse* y no *para que con ellos se casase*: y cuando el modo puesto por el testador mira solamente á la comodidad del legatario, no está obligado este á cumplirlo, ni por este defecto dejará de percibir el legado². Lo segundo, porque el padre puede legar á su hija natural el quinto de sus bienes aunque tenga hijos y otros descendientes legítimos, y esta puede disponer libremente de él segun la ley 9 de Toro. Y lo tercero, porque la hija tenía derecho á los alimentos, y en parte de pago de estos es visto haberle hecho su padre el legado, y así debiéndosele en vida puede retenerlo, ó su heredero por via de excepcion, la cual concede el derecho á quien da la accion; por lo que aunque la hija no quiera casarse, se la debe el legado, y puede retenerlo y disponer de él³.

11. *Bajo condicion* se pueden hacer el legado é institucion, v. g.: *Legó á Pedro tal alhaja, ó le instituyo por mi heredero, si hiciere esto ó si tal cosa sucediere*. Y para la perfecta inteligencia debo sentar: lo primero, que la palabra *si*, indica condicion, y la *para* modo⁴; lo segundo, que la condicion es un acto ó futuro evento, en el cual se confiere la disposicion, á fin de que sea válida ó inválida. Véase lo que se dijo acerca de la institucion condicional en el párrafo 6 y siguientes del capítulo 2 de este título, pues es la misma doctrina.

12. Solo añadiré que las condiciones no siempre son *expresas*, pues las hay tambien *tácitas*, como si se lega el fruto de una viña, en cuyas palabras se embebe la condicion de que el tal fruto haya de na-

¹ Castell. en la ley 27. de Toro n. 45.

² L. 71. ff. *De cond. ot demost.* Ant. Gom. lug. cit. n. 73.

³ Ayor. part. 2. q. 7. vers. *Sed nunc incidenter*.

⁴ L.L. 1. al fin tit. 4. y 21. al fin tit. 2. part. 6., *Parlad. diffar.* 147. n. 1.

cer; ó bien cuando la manda consiste en una renta anual, pues se supone que el legatario viva¹.

13. Tambien debo advertir que cuando la condicion es de hecho, *(esto es, impuesta por el testador)* como de ir á cierta parte, ó alcanzar tal dignidad, no basta que se cumpla ignorándolo aquel á quien se impone: lo que no sucede si la condicion es de derecho, *(es decir, siendo cualquier requisito que exija la ley para poder adir la herencia ó recibir el legado);* pues con tal que se cumpla, el legatario percibirá su legado, aun cuando lo ignore².

14. Hay tambien legados que se llaman *modales*, y son aquellos en que la cosa legada se deja para un objeto ó fin determinado: v. g. *Dejo á Juan una viña para que con su producto ayude á su madre*. Del legado *modal* al *condicional* hay la diferencia de que en el primero no se suspende la entrega de la cosa, y en el segundo sí³; *pero en aquel debe proceder á dicha entrega, fianza de que el legatario tratará de cumplir lo que el testador le encargó⁴.*

15. Cumpliendo el legatario el precepto del testador, *ó esforzándose cuanto pudiere para cumplirlo,* adquiere dominio irrevocable en la cosa legada; pero ántes de cumplirlo y aunque dé fianza, se le trasfiere solamente el revocable, de suerte que si no se cumple, debe restituirla con frutos⁵. El legado *modal* se trasmite á los herederos del legatario, y tambien la obligacion de dar fianza de cumplirlo. Cuando hay ambigüedad en las expresiones del testador, deben ántes tenerse por modales que por condicionales (a).

16. Se hacen tambien los legados con *demonstracion*, lo cual sucede cuando el testador pone á la cosa legada alguna señal, lugar ó cantidad, por la cual es conocida: en cuyo caso si la demostracion es verdadera, vale el legado; y si es falsa tambien vale regularmente, y no la vicia ni la disposicion en que se hizo: v. g. *Lego á Pedro tal cosa que compré á Juan, ó me donaron*; pues aunque no fuese comprada ni donada, sino adquirida de otra suerte, vale el legado. O si dice: *Lego á Pedro que me hizo tal servicio, tal alhaja*; pues sin embargo de que no haya hecho lo que el testador supone, vale el legado y se debe al legatario. Y la razon es, porque la demostracion ó extrínseca solemnidad puesta en él no es necesaria, por lo que no debe viciarlo, pues la que interviene en algun acto sin que para su validacion se requiera, no lo vicia. Lo cual milita no solo cuando el legado es específico, sino de cantidad, si se lega esta como cuerpo ó especie y exis-

1 L. 10. tit. 4. part. 6. Gom. lib. 2. Var. cap. 11. n. 55.

2 L. 21. ff. *De condit. et demost.* y en ella la glosa.

3 Gom. lug. cit. n. 37.

4 L. 21. tit. 9. part. 6.

5 Cit. ley 21. y en ella Lop. gl. 10.

(a) Ant. Gom. en el lug. cit. n. 73 se resuelve en ese punto, citando la ley 109 ff. *De cond. et demost.* por la contraria de Ferrero.—E.

te, pues vale; pero si no existe, es nulo, v. g. si el testador dice: *Lego á Pedro tanta cantidad que tengo en tal arca ó gaveta*, y no se encuentra, no vale el legado, porque no consta de tal cuerpo ó especie legada¹.

17. Pueden asimismo ser *causales* ó hacerse con causa los legados, v. g. si el testador dice: *Lego á Pedro tanta cantidad por haberme hecho tal obsequio*, en cuyo caso vale el legado, aunque no le hubiese hecho el obsequio, pues no se requiere expresion de la causa cuando se hace por mera liberalidad; y así sin embargo de que sea falsa, no lo vicia ni anula².

18. Lo cual se entiende ya sepa ó ignore el testador que la causa es verdadera ó falsa, excepto que su heredero pruebe que á saber que no era verdadera, no haria el legado al legatario, pues entónces esta excepcion lo vicia. Y se puede probar *verdadera ó presuntivamente*; *verdaderamente*, si el testador lo dijese ó protestase delante de testigos; y *presuntivamente*, cuando la causa mira á la consanguinidad ó afinidad: v. g. *Lego á Pedro tanta cantidad porque es mi consanguíneo*, en cuyo caso no siéndolo no vale el legado³. *Asimismo lo dicho debe entenderse cuando la causa expresada sea tal, que siendo verdadera no estaria obligado el testador á prestar lo contenido en el legado contra su voluntad, pues si fuere lo contrario, probado el error de aquel, se viciará este; á no ser que se haya legado una cosa distinta de la que el testador en ese caso tendria obligacion de prestar⁴.*

19. Y últimamente, pueden ser hechos los legados é instituciones con modo alternativo, v. g. si dice el testador: *Pedro ó Juan sea mi heredero: á Pedro ó á Juan doy ó lego tal cosa ó quiero darla: ó quiero ó mando que sea libre, ó tutor de mis hijos*. En cuyos casos se duda cómo han de ser admitidos estos nombrados? Y la solucion es que todos sean admitidos igual y copulativamente: porque la alternativa puesta entre personas honradas se resuelve en copulativa. Lo que es al contrario cuando se deja alguna cosa ó una persona sola, diciendo: *A Pedro lego tal ó tal cosa*, pues entónces se estima la ó por disyuntiva, y así no percibirá mas que una de ellas. Pero es de advertir que lo referido se entiende de este modo: que si el legado ó comodidad que se deja es dividuo, se admite á cualquiera de los legatarios por su parte, y así entre todos se dividirá con igualdad; y si es individuo, al modo que la libertad, tutela, servidumbre, ó cosa semejante, se admite á cada uno en el todo⁵.

20. Poniendo el testador al legatario ó heredero muchas condi-

1 LL. 19 y 20. tit. 9. part. 6. Gom. cap. 12. ns. 74 y 75.

2 L. 21. vers. *Otrosí*, tit. 9. part. 6.

3 Gom. ibi n. 76.

4 Greg. Lop. en la gl. 6. de dicha ley 21 y en la 1. de la ley 20. del mismo tit.

5 Gom. en la 40 de Toro n. 68 cerca del fin.

ciones juntas en forma copulativa, que tienen su tendencia á diversos fines, deben cumplir as todos para adquirir derecho, y poder pedir y percibir el legado ó herencia: v. g. *Mando á Pedro tal cosa, ó le instituyo por mi heredero si diere tanto á pobres, fuere en romería á tal santuario ó hiciere tal iglesia*; y si las pone apartadas: v. g. *Mando á Pedro tal cosa, si diere tanto á pobres, ó fuere á tal romería*, basta que cumpla cualquiera de ellas, para poder haber y llevar el legado ó herencia, porque estan puestas con modo disyuntivo¹.

21. Lo propio milita cuando aunque esten puestas con modo copulativo, miran á un solo fin: v. g. *Si Pedro muriere sin hijos y fuere presbítero, sea mi heredero Juan, ó sustituyo á Juan*: pues como la mente del testador es proveer de sustituto por la carencia de los hijos, que se induce así del presbiterado como de la muerte, basta que sea presbítero para que se verifique la carencia, y que el sustituto pueda llevar la herencia; y lo mismo procede en la sustitucion².

22. Si pone una condicion á muchos, basta que cualquiera de ellos la cumpla, ó en él se verifique para ser válida la institucion ó legado³. Y si instituye muchos herederos ó legatarios, á unos con condicion, y á otros sin ella, percibirán estos inmediatamente la parte de herencia ó legado que les toque, como instituidos pura ó simplemente, y aquellos nada, hasta que cumplan la condicion⁴. Lo cual se entiende, excepto que habiendo practicado en tiempo oportuno las conducentes diligencias, no puedan conseguir su cumplimiento, por no pender de culpa suya; pues en este caso es suficiente que pongan de su parte todos los medios correspondientes á su consecucion, porque se tiene por cumplida la condicion⁵.

23. El legatario debe cumplir en forma específica (regularmente hablando) la condicion posible que el testador le impuso, segun quiso, pues no basta que la cumpla de otra suerte, ni en modo equivalente: y la razon es, porque la condicion voluntaria y su cumplimiento consisten en hecho, y este es coherente á la persona, y no pasa á otro; lo cual es al contrario en la necesaria para la validacion del acto.⁶

24. En quanto á si la condicion puesta al legatario se entiende repetida al sustituto, debe atenderse al significado natural de las palabras del testador, que son las que expresan su voluntad. Conviene advertir que en caso de duda la disposicion se debe reputar simple y pura.

25. Sin embargo, si la condicion es de aquellas cuyo cumplimiento pende de la voluntad, que son las que suelen llamar *potestati-*

1 LL. 13. tit. 4 y 21. tit. 9. part. 6.

2 Alex. cons. 100. vol. 4. *Incipiens visa parte testamenti*. Greg. Lop. en dicha ley 13. glos. 1.

3 Cit. ley 13.

4 L. 12. tit. 9. part. 6.

5 LL. 14. tit. 4 y 22. tit. 9. part. 6.

6 Gom. cap. 12. n. 77.

vas, pasa la obligacion al sustituto, el cual hará cuanto esté de su parte para que la condicion se cumpla: pero si la condicion es de tal manera que pende del acaso, no se trasfiere. Lo mismo sucede cuando es personal del legatario, como *con tal que se case, ó que se haga médico*, pues no pasa de modo alguno al sustituto¹.

26. En todo legado no solo debe entregar el heredero al legatario la cosa específica é individual que mandó el testador, sino quanto á ella pertenezca, y el incremento que haya tenido hasta el dia en que se le entregue, segun lo manda la ley 37 tit. 9 Part. 6 (*). Esto se entiende si el testador no ha dispuesto otra cosa. Pero si la cosa legada era agena, y lo sabia el testador, nada se dará al legatario por razon del aumento que pueda haber tenido². Tambien se puede legar el usufruto de parte de los bienes del testador por tiempo determinado, como por el de la vida del legatario; y en tal caso la propiedad no pertenece á este, sino á quien haya dispuesto el testador, al cual volverá el usufruto, cumplido que sea el plazo por que fué separado de aquella. Cuando el usufruto se lega por cierto número de años se llama legado anuo. Se previene que no se puede legar el usufruto sino de bienes propios del legante (a).

27. Al modo que el aumento de la cosa legada por el testador pertenece á su legatario, le pertenece tambien su disminucion ó menoscabo; por lo que si despues de haberle legado una casa, finca ú otra cosa enagenó parte de ella, no llevará mas que lo que quedó sin enagenar: y lo propio milita si la casa se arruinó, pues llevará solamente el área ó solar en que estaba edificada, que es el residuo³.

28. Pero si el testador la levantó ó reedificó despues de arruinada, no tiene derecho á ella el legatario, porque es casa nueva, la cual ni su suelo no le estan legados; y así es visto haber revocado el legado y mudado su voluntad, excepto que deje algo sin reedificar, pues de esto se le deberá el área⁴. Téngase presente que en el caso dicho y en el del número anterior se supone que el legado es una casa, pues si lo que el testador legase fuese no mas que una área ó solar, y luego edifica en ella una casa, esta será del legatario, como aumento sobrenvenido al legado⁵.

29. Puede legar el testador no solamente sus bienes sino tambien los del heredero que instituye, ya tenga ciencia ó ignorancia de que

1 Gom. lib. 1. Var. cap. 12. ns. 37 y 80.

(*) Segun la ley citada son del legatario los frutos del legado desde el dia que el heredero aceptó la herencia, y no desde aquel en que murió el testador; disposicion que no es conforme con el principio que se establece en el § 4.

2 Gom. lib. 1. Var. cap. 12. n. 16.

(a) Nótese que tambien pueden legarse los he-

chos, ordenando el testador al heredero que haga alguna cosa en favor del legatario, de que á este resulte utilidad, y en sí no sea ridicula ni torpe.—E.

3 L. 22. al fin ff. *De legat. 1.*

4 L. 65. § 2. eod.

5 L. 37. tit. 9. part. 6. Gom. 1. Var. cap. 12. n. 41.

pertenecen á este, y valdrá el legado, y estará obligado su heredero á entregarlo al legatario ó su estimacion; pero en este no se trasfiere de derecho su dominio, como cuando lo legado es propio del legante.

30. Se entiende lo expuesto cuando no hay mas herederos instituidos que uno, ó aunque sean muchos es gravado especialmente uno de ellos solo á la tradicion del legado; lo que al contrario si son muchos y todos gravados á restituir ó entregar la alhaja que pertenece al uno, pues el dueño de esta por lo que le toca en la herencia solo estará obligado parcialmente á entregarla, ó su estimacion¹.

*Asimismo puede el testador mandar que paguen á otro algun legado, á todos aquellos que reciben algo de su testamento, con tal que no los grave en mas de lo que hayan recibido de él; quedando obligados á cumplir lo dispuesto por el testador no solamente ellos, sino tambien sus herederos. Mas si el padre nombrare sustituto pupilar á su hijo impúbere desheredado, y ordenare á aquel que dé alguna cosa á otro de los bienes que heredare de este, tal mandamiento no obligará al sustituto, y podrá dejar de cumplirlo². Si el testador cuando estableciere por heredero á alguno dijere en su testamento: *Mando á cualquiera que sea heredero de mi heredero, que dé á Fulano tantos maravedis; ó ruego á aquel que ha de heredar lo mio, que mande á su heredero, que haga ó dé tal cosa á otro*, vale el legado, y deberá cumplirlo el heredero del heredero. Pero si se expresare en estos términos: *Establezco á tal hombre por mi heredero; y si acaeciere que Fulano* (nombrándolo individualmente) *heredare los bienes de este mi heredero á su muerte, mando que dé tal cosa, ó tantos maravedis á tal hombre*; el legado no vale, ni está obligado á pagarlo aquel á quien nombró aunque llegue á ser heredero del heredero, porque no lo es por voluntad del testador, sino por aventura, y nadie puede obligar á otro á dar alguna cosa á su nombre, no habiéndole dado algo de lo suyo³.*

31. Tambien puede legarse la cosa agena (a); y si al tiempo de legarla sabe que lo es, y acredita luego esta ciencia el legatario, vale el legado, y el heredero está obligado á comprarla; y si su dueño no quiere vendérsela, á darle su valor. Pero si ignora que es agena, no vale el legado, ni por consiguiente está obligado el heredero á dar su valor ó estimacion al legatario extraño; lo que al contrario si es consanguíneo ó su muger, pues vale, y el heredero debe entregarle su valor, porque se presume que aunque supiera que era agena, se la hu-

¹ Gom. cap. 12. n. 14. Greg. Lop. en la ley 10. tit. 9. part. 6. gl. 2.
² L. 3. tit. 9. part. 6.
³ L. 4. id. id.
(a) Disputan los autores con presencia del cap. 5. *De testam.* si atendido el derecho canónico, es válido el legado de cosa agena. Algu-

nos se deciden por la negativa fundados en la autoridad de dicho capitulo; pero Gonzalez en su comentario sostiene muy bien la afirmativa, en cuyo apoyo alega, entre otros textos y razones, el cap. 5. cans. 12. q. 5.—E.

biera legado por la aficion que media entre los dos. Y lo mismo procede si lega lo ageno á un amigo íntimo ó á criado suyo, pues ya sepa ó no que lo es, vale el legado, porque versa la propia razon¹.

32. Igualmente puede legar lo que tiene empeñado ú obligado á alguno por ménos de lo que vale, en cuyo caso si lo sabe debe su heredero desempeñarlo y entregarlo al legatario. La misma obligacion tiene si lo estaba por el tanto ó por mas de su valor, ya supiese ó no el testador que al tiempo de legarlo estaba empeñado. Pero si cuando lo legó ignoraba el empeño, y el importe de este era menor que el valor de la alhaja, debe desempeñarla el legatario, pues es visto que solo del exceso le hizo el legado. Así se prueba de la ley 11. tit. 9. Part. 6. Lo cual se entiende, excepto que el legatario sea su conjunto, ó persona tal, que de cualquiera suerte siempre se la hubiera legado, pues entónces debe el heredero redimirla y entregársela libremente por la razon arriba expuesta². *Y si el acreedor hubiere distraído entretanto la prenda, estará obligado el heredero á pagar su precio, si no manifiesta ser esto contrario á la voluntad del testador³.*

33. Puede asimismo legar á su deudor la alhaja ó prenda que este le habia entregado y tenia en su poder por via de seguridad del débito, y valdrá el legado; pero á los herederos del testador queda salvo su derecho para repetir contra el deudor por lo que debia: porque no es visto habérselo remitido, sino haberle legado solamente el derecho de prenda y dejado libre del empeño la alhaja⁴. Lo cual se entiende, á ménos que sea otra la voluntad del testador, bien que esta no se presume, excepto que la pruebe el legatario.

34. Y si suponiendo el testador estar debiendo á alguno cierta suma, aunque fuese incierto, se la legase, se entiende haberse convertido en legado, y que su ánimo fué legársela, y para ello supone que la debia, y deberá dársela el heredero; y si fuese cierto el débito, tambien deberá dársela, y no mas: porque es visto haber querido pagárselo y compensarlo, pues la causa falsa no vicia el legado⁵.

35. Del mismo modo puede legar las cosas nacidas y que no han nacido ni existen, v. gr. hijos de siervas y ganados, frutos de tierras, árboles &c., con tal que se espere que han de nacer; y verificado su nacimiento valdrá el legado⁶, porque pueden ser donadas, vendidas, hipotecadas, y por cualquier contrato enagenadas; y aunque el

¹ L. 10. tit. 9. part. 6. en las palabras: *Otrosí decimos &c.* Gom. ibi n. 13, el que añade que esto se entiende con los parientes hasta el décimo grado.—E.
² Lopez gl. 6. de dicha ley 11.

³ L. 6. C. *De fideicom.*

⁴ L. 16. tit. 9. part. 6.

⁵ LL. 19 y 20. tit. 9. part. 6. Greg. Lop. en dicha ley 20.

⁶ L. 12. tit. 9. part. 6.

legado de estas cosas se puede llamar condicional, no lo es para el efecto de impedir la trasmision de lo legado¹.

36. Si el testador legó alguna cosa existente en otra parte, que dudaba si estaba ó no viva, debe el heredero dar caucion y seguridad al legatario de que la buscará y averiguará su existencia, y verificada esta, se la entregará; á cuyo efecto practicará á su costa las competentes diligencias, de suerte que el legatario nada tenga que expender². Y lo mismo procede cuando el testador sabe que existe, pero está en parage remoto; pues el heredero debe buscársela á sus expensas y entregarla al legatario³.

37. Puede legar en igual forma las cosas incorpóreas, v. gr. los derechos y acciones que le competen contra algunos, y las servidumbres de personas, casas ó fincas ajenas, y valdrá el legado. Pero es de advertir que si despues de legado el débito reconvinere al deudor sobre su solucion y lo exigiere de él, se entiende revocado el legado, y así no está obligado su heredero á entregar su importe al legatario; lo que al contrario si el deudor lo satisficere de su propia voluntad sin serle pedido, pues vale, y el heredero tiene obligacion de entregárselo: y la razon es porque respecto haberlo satisfecho sin demandárselo el testador, es visto que este quiso recibirlo y tenerlo guardado para el legatario⁴. *Este legado se llama de nombre, y el efecto que produce es obligar al heredero á ceder al legatario las acciones que competian al testador contra su deudor; con lo que cumplirá en un todo sin estar obligado á mas, aunque despues resulte que la deuda no es buena, y en consecuencia nada perciba el legatario^{5*}.

38. Legando simplemente el testador una finca ó cosa en que solamente tiene derecho adquirido, ó esperanza cierta ó probable de adquirirla ó parte en ella, es visto y se entiende que lega únicamente el derecho ó parte que de ella le compete, aunque este sea tal que se extinga con su muerte⁶; y así por lo demas nada debe dar su heredero al legatario, ni á este compete la mas leve accion sobre ello, aunque despues el testador compre ó de cualquier otro modo consiga toda la cosa. Mas esto se entiende cuando hizo mencion del dominio ó derecho diciendo: *Legó á Pedro tal cosa mia ó el derecho que en ella me toca*; pues si sin hacer la mencion dice: *Legó á Pedro tal cosa*, en este caso comprándola despues toda, se debe dar íntegra al legatario⁷.

39. De lo expuesto se deduce: lo primero, que si el testador tie-

1 Gom. cap. 12. n. 24.

2 L. 12. tit. 9. part. 6.

3 Greg. Lop. en la ley 12. cit. gl. 2.

4 L. 15. tit. 9. part. 6.

5 Heineccio *Recitae.* § 616.

6 Arg. ley 24. § 1. ff. *De legat.* 1.

7 Arg. leg. *Si ex toto.* ff. de leg. 1. Gom. cap. 12. n. 15. et ibi 3. Ayllon n. 17.

ne solamente el usufruto en la cosa, y la lega simplemente, es visto legar el usufruto, y que por consiguiente nada debe dar su heredero al legatario, porque el usufruto espira y se extingue con su vida¹. Lo segundo, que si posee la cosa en *enfiteusi*, que haya de acabar con su vida, y lo lega tambien simplemente, tampoco toca cosa alguna al legatario, porque se refiere al derecho que en ello tiene; y como este se extingue por su muerte, nada queda que entregarle, y por consiguiente no hay legado. Lo tercero, que si el padre lega una finca ú otra cosa de los bienes adventicios de su hijo en que tiene únicamente el usufruto legal, es visto que no lega mas que el derecho que en ella le compete; y así nada de él ni de su estimacion se debe al legatario. Lo cuarto, que si el poseedor del mayorazgo lega simplemente alguna finca de él, ó el marido alguna dotal, tampoco es visto legar mas que el derecho que en ella le compete, y ha de perecer con su vida; y así no se debe su estimacion al legatario². Y lo quinto, que si el testador instituye muchos herederos, y grava al uno á que dé al otro la alhaja hereditaria, se juzga gravado solamente á dar su parte que es el derecho que en ella tiene, y no obligado á comprar á los coherederos las suyas y dársela entera.

40. Teniendo el testador muchas cosas de una especie, v. gr. caballos, mulas ú otras, y legando una de ellas á un sujeto, y otra á otro, sin distinguir si una es mas preciosa que la otra, y discuerdan sobre quien ha de elegir, el legatario nombrado primero hará eleccion: lo primero, porque por serlo en primer lugar se conceptúa mas predilecto; y lo segundo, porque reputándose este legado, y siéndolo de cosa incierta de ciertas, en el cual toca la eleccion al legatario, pertenece al primero como mas amado del testador³.

41. Si el testador lega cantidad cierta al hijo ó hija que le naciere, y nacen dos ó mas, parece que cada uno llevará íntegra la legada. Pero se ha de distinguir: si la legó simplemente, deben llevarla todos y dividirla igualmente entre sí, pues no se ha de inducir multiplicacion de legados; y si hizo el legado distributivamente diciendo: *Si algun hijo ó hija me naciere, le legó tanta cantidad*, debe llevarla cada uno totalmente, porque es visto haberla legado enteramente á cualquiera de ellos⁴.

42. Y si teniendo facultad para fundar mayorazgo de todos sus bienes en el hijo único con que á la sazón se halla, lo funda con efecto, y por estar su muger preñada dice, *que al hijo ó hija que le nazca, lega, v. gr. mil ducados por via de alimentos*, y le nacieren dos

1 Gom. ibi vers. *Ex quo notabiliter infero.*

L. 24. cit.

2 Gom. cap. y vers. dichos.

TOM. II.

3 Gom. cap. 12. n. 18. Burg. de Paz const. 27. n. 21.

4 Gom. cap. cit. n. 19.

23

gemelos varones ó hembras, ó varon y hembra, no se ha de dividir la suma legada entre los dos postumos, ántes bien cada uno la debe percibir íntegra¹.

43. Siendo legada á un sujeto una misma cosa en el testamento de uno, y á otro en el de otro, si uno de éstos dos legatarios sucede despues al colegatario, puede conseguir por el testamento del uno la cosa legada, y por el del otro su valor ó estimacion, sin que le obste el concurso de dos causas lucrativas, porque en su origen no proviene este de una sola persona, sino de diversas, de las cuales los derechos y acciones que las competian se refundieron y consolidaron en una sola²; y cuando esto se verifica lo puede pedir todo.

44. Pero es de advertir que para conseguir la cosa legada, y tambien su valor, ha de pedir y percibir primero este; porque si pide y consigue aquella, de modo que se aposeiona quieta y pacíficamente de ella, no tiene derecho á pretender despues su precio³; y la razon es porque recibiendo ántes la cosa, consigue todo el derecho y pleno dominio que se le debe, el cual no recibe aumento⁴; y recibiendo solamente su estimacion, no consigue más que el precio de ella, que es muy diverso, y fácilmente se pierde y consume: por lo que puede pedir despues al otro heredero la cosa legada, como que no se le ha entregado, ni está satisfecho plenamente de ella⁵. Y lo propio milita por idéntica razon cuando dos testadores legan en sus respectivos testamentos una misma cosa á uno, pues si quiere percibirla y su valor, debe demandar y exigir este ántes que aquella⁶.

45. Legando el testador todas las cosas que tiene de una especie ó genero, expresando la cualidad ó accesorio que solamente se halla en algunas de ellas v. gr. diciendo: *Legó todos mis siervos con su peculio: legó todas mis esclavas con sus hijos: todos mis caballos con sus jaeces ó aderezos: todas mis fincas con sus instrumentos &c.*, llevará el legatario todos los de aquel género ó especie, ya lo tengan unos, y otros no: y la razon es porque aquella cualidad se pone aumentativa y declarativamente para que se dé tambien al legatario con la cosa principal á que está anexa ó adherida, y no limitativamente para que se le entregue solamente la cosa en que no se halla. Lo cual procede, excepto que el testador lo limite expresamente diciendo: *Legó mis siervos que tienen peculio: mis anillos que tienen piedras: mis caballos que tienen jaeces, aderezos &c.*; pues entónces se observará su voluntad,

1 Greg. Lop. ley 32. tit. 9. part. 6. gl. 3. vers. *Item pone quod habens.*

2 Gom. cap. cit. n. 20. vers. *Et idem est.* Men. dicho lib. 4. praesumpt. 173. us. 2, 8 y sig.

3 L. 44. tit. 9. part. 6.

4 L. *Non ut ex pluribus.* ff. *De regul. jur.*

5 Gom. lib. y cap. cit. n. 38. vers. *Item adde quod idem est.*

6 Dicha ley 44. tit. 9. part. 6.

porque se entienden legadas únicamente las que tienen la cualidad ó accesorio.

46. Cuando el legado es simplemente de *lana*, se comprende la que está trasquilada y separada del cuerpo del animal, ora esté lavada ó sucia, ora hilada ó por hilar; y estando todavía pegada á la piel se comprende aun esta, mas no la teñida ó hecha tela². Pero el lino, aunque esté teñido ó hecho lienzo, se comprende en el legado³ (*).

47. Si el testador lega á uno una finca determinada ú otra cosa específica, y á otro cierta cantidad de dinero, y en su herencia se encuentra solamente el fundo ó cosa legada, parece que el legatario de esta será preferido, porque en él se considera derecho mas poderoso por razon del dominio que de ella se le transfirió con la muerte del testador, ó que el nombrado primero lo será como mas predilecto. Pero nada de esto se hará, y así la dividirán á prorata de lo que la misma cosa y la cantidad legada importen⁴; pues la voluntad del testador, que quiso beneficiar á ambos legatarios, se debe cumplir en todo lo posible.

48. Aunque el testador legue dos ó mas veces una cosa específica, v. gr. casa, viña ú otra á un legatario en un testamento, no está obligado su heredero á dársela ni su estimacion, mas que una vez. Lo mismo procede si le lega cosa consistente en número, peso ó medida, pues tampoco se entiende multiplicado el legado; y así solo llevará una suma, á ménos que pruebe haber querido que fuesen dos legados, y que percibiese ambas sumas⁵.

49. Legando simplemente el testador en su testamento cierta cantidad á uno, y despues la misma en codicilo ó en otra escritura, deberá su heredero entregarlas ambas, no probando este lo contrario de su voluntad⁶; mas no si se la legó segunda vez por alguna cierta causa⁷. Pero si las cantidades son diversas y desiguales en el número, las llevará ambas el legatario; porque es visto haber querido multiplicar el legado, ya le legue primero la ma-

1 Gom. cap. 12. n. 30.

2 Gom. lib. 1. Var. cap. 12. n. 55. Este autor cita para fundar su opinion, la autoridad de Ulpiano en la ley 70. ff. *De legatis* l. 1; pero sobre este punto debe advertirse, que discordaban los juriscultos romanos, pues Paulo piensa lo contrario en la ley 32. § 6. *De auro, argento, munda &c.*, porque la lana teñida, dice, no deja de ser lana.—E.

3 Gom. lug. cit. n. 55, quien da por razon de esta diversidad, que la lana por la tinctura y el hilado adquiere un precio mucho mayor que el que tiene en bruto, lo que no sucede en el lino.—E.

(*) La opinion mas racional es que se esté á la comun inteligencia que se da en el país á las voces que emplea. Si en el por la voz *lino* se entiende en general el lienzo, se comprenderá en el legado; mas no si sucediere lo contrario. En caso de duda, añade Molina (*De justit. et jur.* disp. 202. n. 3), se estará á la disposicion de dicha ley 70.

4 Gom. ibi n. 34. et ibi Ayllon n. 37. Castell. lib. 4. *Contror.* cap. 51.

5 L. 45. tit. 9. part. 6.

6 Cit. ley 45.

7 Arg. de la ley 21. tit. 1. part. 6.

yor que la menor, ó esta que aquella. Y lo propio milita si le legó dos, la una puramente, y la otra con condicion; pues se conoce que el testador quiso multiplicar el legado por la nueva y distinta cualidad añadida, excepto que de su disposicion se infiera lo contrario¹. De suerte que siempre que el testador varía el modo de hacer el legado á un mismo sujeto, ya sea en la cantidad, calidad, condicion, lugar, tiempo ó causa, es visto que quiere multiplicar el legado, y así llevará, y se deberán dar ambas sumas al legatario².

50. Si el testador dice: *Lego mis vestidos, ó mi plata, caballos, siervos &c.*, se entiende legar los que tiene cuando hace el legado; y así el legatario no tiene derecho á mas que á ellos, aunque despues adquiera ó tenga muchos mas, pues se circunscribe su voluntad al tiempo en que testa, y no se amplía al futuro: y lo mismo se entiende si erige mayorazgo de todos sus bienes sin mas expresion, pues no vienen ni se comprenden en él los que despues adquiera³.

51. Legando el testador cierta cantidad á las hijas de uno que tiene tambien hijos varones, ó legando á sus hijos cuando igualmente tiene hijas, ¿en uno y otro caso se entenderá con todos el legado? El primero lo llevarán solamente las hijas, porque bajo el nombre de hijas no se comprenden los varones; lo que al contrario en el segundo caso, pues participarán tambien de él: y la razon es porque en el género masculino se comprende el femenino, y no aquel en este⁴.

52. *Si el testador mandare á sus herederos que den á otro todo lo necesario para la vida, deben aquellos darle lo que fuere menester para su comida, bebida, vestido y calzado, y las medicinas que necesite para curarse cuando se enferme⁵. Asimismo cuando el testador legare á alguno los alimentos sin designar la cantidad ni la cualidad de ellos, si el testador en su vida hubiere acostumbrado dárselos, deberán imitarlo en ambos puntos los herederos; pero si faltare tal costumbre, se arreglarán á las circunstancias personales del legatario, y al estado de la herencia^{6*}.

53. *Usando el testador al hacer el legado de palabras generales que sean susceptibles de diversas interpretaciones, debemos entender que su voluntad fué legar la cosa que valga ménos. Por lo mismo si legare á otro cierta cantidad de dineros ó monedas,

1 Bart. *Speculat.* tit. *De testam.* § 1. vers.

Item pone.

2 Gom. cap. 12. n. 38.

3 Greg. Lop. en la ley 32. tit. 9. part. 6. gl. 3. col. antepenult. vers. *Quid autem si quis faciat majorem.*

4 Decio *De regul. jur.* in leg. *Foeminae* n. 127. Arg. de la ley 6. al princip. tit. 33. part. 7.

5 L. 5. al fin tit. 33. part. 7.

6 L. 24. tit. 9. part. 6.

deberán darse al legatario los de menor valor que corran en la tierra, á no ser que en el lenguaje comun por esas palabras se expresen los de mayor valor, ó de otro modo pueda averiguarse que tal fue la voluntad de aquel. Igualmente, legando todas sus cartas ó papeles, no se entenderá haber legado sus libros, á ménos que el testador y el legatario sean literatos ó estudiantes, y el primero no tuviere otras cartas que sus libros. Si alguno que tuviere muchas aves y de diversas especies las legare diciendo: *Mando mis aves á Fulano*, deberá haberlas este con sus jaulas, lonjas y prisiones con que estuvieren presas; y no solo las de caza y las que estuvieren en jaula, sino tambien las domésticas, como los pavos y gallinas con sus pollos. Finalmente, teniendo el testador su vino encerrado en cubas ó tinajas, si lo legare diciendo: *Mando á Fulano todo mi vino*, se entiende que lo lega con sus respectivos vasos¹.

54. Haciendo legado el testador de lo que tiene en cierta parte ó lugar, si en él puso despues, ú otro de su consentimiento ó por su mandado, algunas cosas mas, toca todo al legatario, y se le debe entregar. Lo que al contrario si este ú otro sin ciencia de aquel las hubiere puesto, pues de ellas nada debe llevar, porque no vienen en el legado; y así solo lo que el testador tenia, puso ó metió, ú otro de su consentimiento ó en virtud de su precepto, será lo que lleve.

55. Pero si el testador manda v. gr. sus vestidos ú otras cosas suyas de cierto género que tiene en parte determinada, aunque luego se pongan allí otras del mismo género, si no son suyas, no las llevará el legatario². Y la razon de disparidad consiste en que en este caso se refiere el testador á lo que es suyo, y esto es lo que lega, y no mas; y en el expresado en el precedente párrafo se refiere á lo que está en aquel parage que señala: y así ya sea ó no suyo, lo debe llevar todo, ó la estimacion de lo ageno, porque es visto que así lo quiso.

56. Si lega el testador á su muger ó á otro, v. gr. el trigo que tiene en su trox, panera ó en otro parage, y despues de legado lo consumió, y en su lugar puso otro, pertenece este al legatario, y se le debe dar hasta la concurrente cantidad, y no mas; y la razon es porque se presume que su intencion y voluntad fué subrogarlo en lugar del que tenia y gastó, y por consiguiente dejar subsistente el legado³.

57. Cuando lega alguno tanto cuanto habrá ó habrán el heredero ó herederos que instituye, llevará el legatario la mitad de la herencia, y el heredero ó herederos la otra mitad: porque la proposi-

1 L. 5. tit. 33. part. 7.

2 Gom. *De regul. jur.* in leg. *Foeminae* n. 49.

3 Gom. cap. 12. n. 50.

cion indefinida equivale á la universal. Y si le lega tanto cuanto tiene uno de los herederos, se le debe solamente la menor parte en que uno de estos sea instituido¹; porque en duda se entienden gravados en cuanto menos sea posible, segun derecho².

58. Imponiendo simple y absolutamente el testador á sus herederos el gravámen de dar al legatario, v. gr. ciento, estan obligados á dárselos entre todos, y no cada uno de por sí *in solidum*. Lo mismo procede si instituyendo muchos herederos dice: *Mando que mi heredero dé á Pedro ciento*, porque esta proposicion es indefinida; y por ignorarse cuál es el gravado, respecto nombrar muchos, equivale á la universal, y así todos deben darle á prorata los ciento³.

59. Pero sucederá al contrario si el testador dice: *Cualquiera de mis herederos dé á Pedro ciento*, pues entónces todos y cada uno de por sí estan obligados á dárselos totalmente; porque por este modo distributivo de hablar, es visto haber querido gravar omnímodamente á todos y á cada uno á la solucion de los ciento que legó; y así tantos cuantos sean los herederos, serán los cientos que perciba el legatario⁴.

60. Instituyendo el testador muchos herederos, y legando cierta suma á un legatario, si eximió de su solucion á uno de ellos, estan obligados los demas instituidos á pagársela íntegramente de las partes que les corresponden en la herencia, sin deduccion de la del exento, del mismo modo que si este no fuera instituido, y no con respecto á que lo es; de suerte que la satisfaccion del total importe del legado se ha de dividir entre los herederos á ella gravados.

61. Siendo instituidos varios herederos en partes desiguales, si el testador deja algun legado á dos de ellos, y los nombra por sus propios nombres, v. gr.: *A Pedro y Juan mis herederos lego tal cosa, ó tanta cantidad, ó tal alhaja*, llevarán y dividirán igualmente entre sí el legado, no obstante la desigualdad de la institucion. Pero si los nombra con nombres apelativos, v. gr.: *A mis herederos Pedro y Juan lego tal cosa ó cantidad &c.*, la partirán á proporcion de la institucion⁵; y lo mismo procede cuando los grava á dar ó pagar algun débito ó legado⁶. De suerte que la dificultad viene á consistir (segun conciben los autores) en si el testador los nombra ó grava por sus propios nombres ántes de titularlos herederos; pues nombrándolos deben llevar la mejora ó legado ó hacer el pago por iguales partes, y nombrándolos primero con el apelativo de here-

¹ Castill. lib. 4. *Contron.* caps. 33 y 44. Co. var. lib. 1. *Var.* cap. 13. n. 9. vers. *Sex. in subinfertur.*

² L. *Semper in obscuris*. 9. y ley *Semper in stipulat.* 34. al fin ff. *De regul. jur.*

³ Gom. ibi n. 51. vers. *Et idem est.* et ibi Ayllon n. 54.

⁴ Gom. ibi vers. *Secus tamen est.* al fin.

⁵ Gom. ibi n. 42.

⁶ Gom. ibi vers. *Et idem est.*

deros, á proporcion de la institucion: bien que yo no advierto diferencia en los dos modos de nombrarlos, para que varíe su obligacion y la institucion.

62. Si un legado que tiene consigo algun gravámen se declarase en parte nulo, el gravámen deberá sufrir una rebaja proporcionada á la pérdida del legatario.

63. No puede el legatario aceptar en parte y en parte repudiar el legado que en una cláusula y oracion le hizo el testador, ya sea cosa señalada, v. gr. un vestido, ó de universidad de bienes, v. g. una cabaña, pues aunque en esta se comprenden muchas ovejas, carneros y otras cosas; se entienden y estiman por un solo cuerpo y legado; y así lo ha de aceptar ó repudiar enteramente: y la razon es porque la voluntad del testador, como una é individua, no se puede dividir¹.

64. En caso que una misma cosa se haya legado á dos individuos, si el uno fallece y el otro es su heredero, puede aceptar del legado la parte que le corresponde, y repudiar la tocante al colegatario: y al contrario, si á uno de los dos se impuso gravámen por el testador, y al otro no; excepto que manifestamente conste haber querido este que el uno llevase la cosa, y el otro su estimacion, pues entónces el legatario que sucede al otro lo conseguirá todo, porque hace veces de dos personas², y cuando los derechos de dos concurren en la de uno, se consolida íntegramente en este el de ambos, y puede pedirlo³.

65. Muriendo el legatario despues que el testador, sin aceptar ni repudiar el legado, si deja varios herederos, pueden uno ó mas de estos aceptar su parte, aunque los otros no quieran la suya, ya sea la manda de una cosa sola ó de universidad de bienes: y la razon es porque el legado y su accion y obligacion se dividen proporcionadamente entre ellos, y así puede cada uno aceptar ó repudiar su parte, porque acepta y repudia todo lo que le toca⁴. Bien que la repudiada no se acrecerá á los aceptantes, porque se contemplan conjuntos con conjuncion legal, la cual no causa ni induce derecho de acrecer⁵.

66. Pero ninguno de los herederos del legatario podrá aceptar ó repudiar parte de la que le corresponde, porque cualquiera heredero representa al difunto por la suya: por lo que al modo que el que lo es por el todo no puede aceptar en parte y en parte repudiar; del mismo modo tampoco puede el suyo dividir la suya

¹ L. 36. tit. 9. part. 6.

² Arg. leg. *Si pluribus.* ff. *De legat.* 1.

³ Gom. cap. 12. n. 20.

⁴ Dicha ley 36. tit. 9. part. 6.

⁵ Greg. Lop. en dicha ley 36. tit. 9. part. 6. gl. 5. Gom. lib. 1. *Var.* cap. 10. n. 42. y cap. 12. n. 33.

porque seria representar parcial y no totalmente al difunto, lo cual es absurdo ¹.

67 No milita lo expuesto cuando el testador hace el legado en diversas cláusulas y oraciones, pues entónces se permite al legatario que acepte la parte que quiera, y repudie la que no le acomoda: y la razon es porque en este caso, como ya el testador dividió su voluntad, cesa el superior motivo, vienen á ser muchos los legados separados, y por tales se conceptuan y estiman ²; y así con uno que acepte, ya le representa en el todo.

68 Lo mismo procede si le hace legado de muchas cosas señaladas en una cláusula, pues puede aceptar la que quisiere, y dejar las demas. Pero si le legados, la una con gráven y la otra sin él, v. gr. *cien pesos y un siervo, con tal que dé libertad á este*, entónces no ha lugar la admision de la una sin la otra; y en este caso, si no quiere libertar al siervo, no llevará la cantidad legada, y sin embargo quedará libre este ³.

69 Dejando el testador á un legatario de dos cosas la que quisiere elegir, si elige la una, no puede arrepentirse y tomar despues la otra; si deja la eleccion á albedrío de tercero, y este no la hace dentro de un año, la puede hacer el legatario, pasado que sea ⁴. Pero si despues de haber elegido se le quitare en juicio la que eligió, por ser agena, podrá elegir, pedir y tomar otra cosa, si no hubiese hecho la eleccion ⁵. *Este legado se llama de *opcion**.

70 Si deja á dos junta ó separadamente una de sus cosas, diciendo que elijan la que quisieren, y el uno no se conforma con la eleccion del otro, deben echar suertes y elegir aquí á quien toque, el cual está obligado á pagar al otro la parte que del valor de aquella cosa le corresponde, segun albedrío de hombres buenos: y si la tal cosa fue legada á uno, dejando la eleccion á su voluntad, y muere sin haberla hecho, y sus herederos discuerdan en ella, deben hacer lo propio ⁶.

71 *Legando el testador generalmente alguna cosa sin señalarla, como por ejemplo un caballo, si en la herencia no hubiere mas que uno, deberá darlo el heredero al legatario, ú otro tan bueno como él: si hubiere muchos, podrá entónces el legatario tomar de ellos el que quisiere, con tal que no sea el mejor; y si ninguno, el heredero comprará entónces uno regular ó *comunamente bueno*, como se expresa la ley ⁷, y lo dará al legatario*.

72 Comprando el legatario, ó adquiriendo por otro título one-

1 Gom. dicho n. 33.

2 Gom. n. 33. cit.

3 Dicha ley 36.

4 L. 25. tit. 9. part. 6.

5 Roj. De incompatib. part. 5. cap. 6. ns. 87 y 88.

6 L. 26. tit. 9. part. 6.

7 L. 22. tit. 9. part. 6.

roso en vida del testador ó despues de muerto, la cosa que este le legó (y no era suya) del vendedor dueño ó de otro tercero, ya sea con ignorancia ó ciencia de que le estaba legada y era agena, no pierde el legado: y así puede pedir su valor ó estimacion, ya se la haya legado pura ó condicionalmente; mas si la compra á su heredero no puede pedir su valor, porque es visto renunciar el legado. Si es del testador la cosa que legó condicionalmente ó á dia cierto, y durante su vida ó despues de ella la compró ó adquirió de su heredero el legatario con ignorancia ó ciencia, pendiente el dia ó la condicion, puede pedir tambien su precio ó estimacion luego que llegue el dia ó la condicion se cumpla, pues el derecho de futuro no se puede renunciar. *Pero en cualquiera de los dos dichos casos, si el legatario adquiriere la cosa por donacion ú otro título lucrativo, no podrá despues pedirla por razon de aquel testamento en que le fué legada ¹.*

73 Y siendo legada puramente, si el legatario durante su vida ó despues de ella la compra ó adquiere ignorantemente del heredero, no pierde el legado, y así puede pedir su valor; pero si se la compra con cierta ciencia de estarle legada lo pierde, por ser visto renunciarlo.

74 Si el testador instituye heredero, y lo sustituye gravándole con algun legado, es visto ser gravado tambien el sustituto en la herencia, y así este debe dar al legatario el mismo legado que el heredero instituido, porque en duda se entiende repetido, ya sea vulgar, pupilar ó fideicomisaria la sustitucion. Lo cual procede, excepto que de la voluntad del testador aparezca tácita ó expresamente lo contrario, v. gr. cuando grava al instituido con que dé una cosa al legatario, y al sustituto con otra diversa: ó cuando la causa por la que gravó al heredero, cesó en el sustituto: ó cuando sustituyó en alguna parte de la herencia al mismo legatario: ó cuando por otros semejantes modos y conjeturas se conceptúa no haber querido gravarle. Y lo mismo procede cuando dice: *Mi heredero, ó cualquiera que sea mi heredero, dé á Juan tal cosa ó cantidad*; pues siendo muchos los herederos, á todos comprende el gráven de dar lo que el testador manda ².

75 El testador puede libertar á su deudor de lo que le debe, ya sea el débito civil ó natural, ó juntamente natural y civil, ó perpetuo, ó á tiempo cierto, y valdrá el legado, ya lo haga específicamente á alguno, ú genéricamente á todos sus deudores: pues tanto vale la disposicion general en cuanto al género, como la especial ó particular en cuanto á la especie; y el de liberacion no solo aprove-

1 L. 43. tit. 9. part. 6.

2 Gom. lib. 1. Var. cap. 17. n. 36. y Ayllon

en el mismo lugar n. 39.

cha al deudor y á sus herederos, sino á su fiador; pero no al contrario haciéndose á este, pues á ninguno de aquellos aprovecha ¹.

76 Por la remision ó liberacion del débito hecha en contrato ó en última disposicion, es visto ser remitido el puro vencido y de presente, mas no el condicional ó á cierto dia, excepto que otra cosa se exprese ²; y en la general solo vienen y se comprenden los débitos personales de él á favor del difunto, pero no los reales ó hipotecarios; por lo que si uno posee alguna cosa de este, sobre lo cual podia ser reconvenido por la reivindicacion ó por otra accion real, no se entiende remitida ni comprendida en el legado de remision, y así el heredero puede repetirla del poseedor ³.

77 De cuatro maneras puede ser hecho el legado de liberacion del débito: la primera, *expresamente*: la segunda, diciendo el testador: *Dejo ó lego á Juan mi deudor lo que me debe*: la tercera, diciendo: *Mando ó gravo á mi heredero á que no pueda pedir á Pedro lo que me debe*; y la cuarta, legando al deudor el instrumento, vale ó escritura que formalizó para su seguridad ⁴. Previniendo que si el testador lega á un tercero el instrumento del débito, es visto legarle el mismo débito en él contenido, y gravar á su heredero á que se lo entregue, y le ceda las acciones correspondientes para su exaccion y cobranza, á cuya cesion está obligado ⁵; y lo mismo sucede en los contratos, si el tal instrumento se vende, dona, ó por otro título se trasfiere; pues se entiende vendida, donada ó trasferida la cosa ó accion en él contenida ⁶.

78 El efecto que produce la liberacion del débito es, que si el legatario deudor es reconvenido sobre él por el heredero del testador, le compete esta excepcion, y puede compelerle á que le libre del pacto y obligacion, é implorar el oficio del juez para que declare que nada le debe y le imponga por perpetuo silencio.

79 *Legando el testador á su acreedor la deuda que debia pagarle, será válido el legado siempre que de este resulte á aquel una utilidad mayor que la que pudiera proporcionarle su crédito. Esto se verifica en tres casos. 1.º Si la deuda es condicional ó hasta cierto dia, y el legado puro; entónces la utilidad del legado es grande por la representacion, esto es, porque el heredero en su virtud está obligado á pagar al instante ⁷. 2.º Si el crédito es solamente quirografario, es decir, de sola escritura sin hipoteca; pues por el legado se adquiere este derecho en todos los bienes del testador: 3.º y por último, cuando la deuda no es clara, porque entónces

1 Gom. dicho cap. 82. n. 82. vers. *Item adde quod praedicta.*
2 Gom. ibi n. 82. vers. *Item adde quod facta.*
3 Gom. dicho n. 82. vers. *Item adde quod in tali.*

4 Gom. in vers. *Pro cujus perfecta.*
5 L. 49. tit. 9. part. 6.
6 Gom. dicho n. 82. vers. *Confirmatur.*
7 § 14. Instit. *De legatis.*

tiene el legatario la ventaja de poder probarla con el testamento ¹.*

80 Pero es de advertir que la confesion del débito hecha en testamento ó en codicilo no lo prueba, ni el testador puede ser reconvenido en vida por él, porque tiene solamente vigor de legado: excepto que sea jurada y hecha por via de contrato en presencia de la parte que la acepte, pues los herederos deben estar al juramento de su causante en estos casos ²; y así el sujeto á cuyo favor la hace, no puede en su virtud usar de accion alguna por él, si no lo justifica por otros medios legales, porque se resuelve en legado ó fideicomiso por tácita voluntad del difunto, que para hacerlo supuso haber débito, por lo que se puede pedir como legado.

81 *Conforme al derecho romano ³ era válido el legado que hacia el testador á su muger, de la dote que habia llevado al matrimonio, el cual se llamaba *prelegado de dote*; porque era mas útil el legado que la accion de dote. Entre nosotros, dice Berní ⁴, sucede lo contrario; pues la dote tiene mas fuerza que el legado, el que no se puede pagar sino estando pagada aquella. Sin embargo creemos que tal manda será válida en dos casos: 1.º cuando la dote consista en bienes muebles cuya entrega no debia verificarse sino hasta despues de un año de la muerte del testador ⁵, pues en virtud del legado podrán pedirse al punto: 2.º cuando el heredero sea un hijo de la misma muger, el que por lo comun goza beneficio de competencia en la restitucion de la dote ⁶, y no podrá oponerlo cuando sea legada ⁷.*

82 Si legase alguna cosa en esta forma: *Mando á Pedro tal alhaja* (nombrándola) *para que la haya cuando mi heredero quisiere*, y el heredero fallece sin haberla entregado, ni prefinido al suyo dia para su entrega, debe este darla al legatario inmediatamente que entre en la herencia del testador; mas si dice: *Mando á Pedro tal alhaja para que la haya si quisiere*, en este caso aunque vale la manda, no obstante, si el legatario muere sin haberla pedido ni dicho que la queria, no puede su heredero demandarla despues al testador ⁸.

83 Si el testador hace algun legado á un muerto, creyéndole vivo, ó si aquel á quien se lo hace ha fallecido ó sido desterrado perpetuamente ántes de la muerte del testador, no está obligado el heredero de este á dar cosa alguna al de aquel ⁹.

84 Dejando alguno cinco ó mas hijos legítimos, puede dudarse si tendrá facultad para legar el quinto á un hijo natural ó espurio, ó bien á un extraño, ó en beneficio de su alma. Algunos autores le

1 Heineccio *Recitaciones* § 617.
2 Valenzuel. cons. 174. ns. 27 y 28. Gutier.
3 *De juram. confirm.* part. 2. cap. 6. n. 5.
4 § 15. Instit. *De legatis.*
5 En dicho §.

6 L. 31. tit. 11. part. 4.
7 L. 32. al fin id. id.
8 Vinnio en el cit. § 15.
9 L. 30. tit. 9. part. 6.
10 L. 35. tit. 9. part. 6.

niegan tal facultad por la razon de que el legatario seria de mejor condicion que los herederos legítimos, tocándole de la herencia mas parte que á estos ¹. Pero en realidad la puede hacer, puesto que el que á los hijos toque poco ó mucho no invalida el acto, siempre que no sufran agravio en su legítima, y en este caso ninguno se les hace, pues toman todos los bienes á excepcion del quinto, que es lo que la forma ².

85. Si lega el testador el quinto á dos extraños teniendo herederos legítimos, ¿cuál de los dos legados valdrá? Se debe distinguir: si la disposicion primera fué irrevocable, será preferida por no poderse revocar por la segunda³. Lo cual procede, ya la primera donacion se haya hecho por via de cuota, ó de cosa ó cantidad cierta, porque en uno y otro caso versa igual razon, y así debe obrar la misma disposicion, y hacerse el propio juicio; por lo que de muchas donaciones irrevocables precedentes se completará el quinto, y se revocarán solamente las últimas como inoficiosas⁴.

86. Si las disposiciones fueron revocables, ya se hayan hecho por via de legado en testamento, ó por donacion revocable en sanidad (pues porque se confirman con la muerte, y tienen el vigor y efecto de legado, se debe hacer de ambas el mismo juicio), se han de distinguir tres casos: el primero, cuando fueron hechas por via de cuota del quinto; en cuyo caso los legatarios y donatarios serán conjuntos en la cosa, que es en este, y en ella habrá lugar el derecho de no decrecer, y lo demas que les corresponde; á ménos que de la voluntad del donante aparezca lo contrario, que es que no lleve el primero y sí el segundo. Y aunque en la cantidad legada á muchos parece que el testador multiplica el legado, no es así, pues mas se adapta el del quinto á legado de cierta especie en el presente caso; porque como no puede disponer de mas que de uno, no pueden verificarse una y otra disposicion en el otro, ya sean ambas en testamento, ó en donacion revocable, ó una en esta y otra en aquel por militar la misma razon: y así lo dispuesto acerca de los conjuntos en la cosa procede en los conjuntos en la cuota, cuando el testador no puede disponer de mas que de esta. Pero si las disposiciones fueron hechas por via de cuotas diferentes, y ambas menores que el quinto, v. gr. á uno el quinto, y á otro el sexto, á uno el octavo, y á otro el séptimo &c., se prorateará el quinto entre todos.

87. El segundo caso es cuando una disposicion fué del quinto por via de cuota, y la otra de cierta especie y cantidad, en cuyo

¹ Escobar. comp. 3.

² Gutier. lib. 2. *Pract.* q. 107.

³ Tello en la 25 de Toro n. 1.

⁴ Ang. en dicha ley 12. ns. 5 y 6.

caso la de cierta especie y cantidad disminuirá la del quinto: lo primero, porque siempre se entiende legado bajo la conmemoracion de otros legados que de él se hayan de deducir, y así lo es en el residuo bajados estos: y lo segundo, porque aunque se deje simplemente como legado genérico, se disminuirá por el específico, pues siempre lo deroga y disminuye¹; y el tercero es cuando todos fueron iguales por via de cantidad ó cosa cierta, en cuyo caso se disminuirán los legados confirmados con la muerte, hasta el valor del quinto².

88. El heredero debe entregar la cosa legada al legatario luego que tome posesion de la herencia en uno de estos lugares: á saber ó donde habita el heredero, ó donde estuviere la mayor parte de la herencia, ó donde existiere la cosa legada *si esta fuere especie, ó donde comenzare á pagar las mandas si fuere género ó cantidad.* Pero si expresa el testador el lugar en que haya de hacerse la entrega, se cumplirá su disposicion³. Si se mueve pleito entre los dos ántes de entregarse el legado, debe pagar las costas el heredero, y si despues de la entrega, el legatario⁴. Si la cosa legada fuere quitada en juicio, no puede el legatario usar de la accion de eviccion contra el que la vendió al testador, á ménos que el heredero, que es á quien esta corresponde, le ceda su derecho. Por último, si en las cosas legadas hay frutos pendientes y mostrados al tiempo de la muerte del testador, tocan al legatario como parte del fundo; pero no sucede así cuando estan separados⁵.

89. No debe el testador dejar al arbitrio de otro las mandas, sino hacerlas por sí mismo con palabras y señales tan claras y ciertas, que se conozca claramente su voluntad, y no se dude del legatario ni de la cosa legada⁶; ni tampoco la eleccion de la persona del legatario, porque seria voluntad captatoria; pero puede dejar á su heredero ó á otro la facultad de elegir á personas inciertas de las ciertas que le señale: en cuyo caso valdrá, porque no se deja á la voluntad de otro la subsistencia del legado, sino la cualidad ó eleccion de la persona, que es una cosa accesoria⁷ (*). Para que sean válidas se han de hacer en testamento, en poder para testar, en codicilo⁸; pero segun la práctica generalmente recibida, se hacen tambien en lo que llaman memoria testamentaria no solo legados sino mejoras, declaraciones, fundaciones, nombramiento de tutores, y to-

¹ Cifuentes en la ley 30 de Toro n. fin.

² Cast. en la ley 29 de Toro n. 32.

³ L. 48. tit. 9. part. 6.

⁴ Garcia *De expens.* cap. 17.

⁵ Cast. *De usufruct.* lib. 1. cap. 42.

⁶ LL. 11. tit. 3 y 9, 28 y 29. tit. 9. part. 6.

⁷ Gom. en la ley 40 de Toro n. 48.

(*) El autor se equivoca en decir que seria

voluntad captatoria, pues para que se gráde de tal es forzoso que el testador se proponga conseguir alguna ventaja. La verdadera razon de estas disposiciones es el evitar el abuso de la confianza puesta en tales mandatarios.

⁸ L. 31. al princ. tit. 9. part. 6.

do lo demas, excepto la institucion de heredero; y siendo escrita ó firmada de mano del testador, y citándose en el testamento ó en poder para testar, se estima por parte del testamento.

90. El escribano puede sin auto de juez protocolar esta memoria, por la misma razon que protocoliza el testamento, mediante que se considera como una parte de él: puede insertarla en el que otorgue en virtud de poder para testar, y dar de todo á los verdaderos interesados las copias y testimonios que les pidan. Sin embargo, si el testador lo previene, deberá preceder el auto de juez para la protocolizacion; y para que no se presuma que el escribano suplantó la memoria, pondrá nota en ella de habérsela entregado el heredero, ó persona en cuyo poder se halle, y le hará firmarla, y si no sabe, que la presente al juez para que lo mande y se eviten dudas. Si el escribano ha muerto, deberá tambien preceder auto de juez dado á instancia de quien la presente, para que el sucesor en su oficio y papeles la protocolice, por no ser parte de voluntad manifestada ante él, poniendo nota de su protocolizacion en el registro del testamento, á fin de que se sepa en donde se halla; y cuando se saque testimonio de ella, se hará relacion del testamento de que es parte, á efecto de que no se crea que es un papel simple; y es lo que se practica por los inteligentes. El que quiera instruirse del concepto que merecen estas memorias ó disposiciones privadas, vea los autores que se citan¹.

91. No se puede legar lo que es propio del soberano sin su permiso: ni los bienes de las iglesias: ni las plazas, ejidos ni otras cosas comunes de las ciudades, villas y lugares: ni los mármoles, pilas, puertas y demas cosas puestas en los edificios para su adorno y seguridad; y si las lega, no vale la manda, ni su heredero está obligado á darlas ni su estimacion al legatario. Tampoco vale la de cosa que aunque puede ser legada cuando se manda, muda despues de estado ó condicion, v. g. lo laical, que puede ser legado, y pasa luego á poder de la iglesia, sin culpa de heredero, pues no tiene obligacion de entregarlo ni su valor².

92. Algunas veces no pudiendo los testadores manifestar su voluntad con palabras, quieren ejecutarlo por señas; pero así como la institucion de heredero no se puede hacer de esta manera aunque el testador haya perdido la facultad de hablar, tampoco las mandas, legados ni cualquiera otra disposicion. Este modo de explicarse no es conciliable con nuestras leyes de Partida, las cuales no tuvieron por bien admitir la ley romana³ que aprueba para casos semejantes estos

1 Card. de Luca *Tract. de testam.* disc. 1 y 2. ns. 2, 3 y 5, disc. 6. n. 6, disc. 14. n. 4. y disc. 15 y 78. Menoch. cons. 94. n. 24. Julio Caponio *discept.* 202. n. penult. Ciriac. *Controv.* 444. ns. 7, 23 y 55. vers.

In proposito, y ns. 82 y 88. Mantio. *De conject. ult. volunt.* ley 1. tit. 7. n. 7.

2 L. 13. tit. 9. part. 6.

3 L. 21. ff. *De legat.* 3. y sus concordantes.

signos tan arriesgados y falibles. La ley 3 de Toro que exige para el codicilo las mismas solemnidades que para el testamento nuncupativo, viene tambien en apoyo de este pensamiento. No obstante, si en conformidad de las leyes romanas que siguen muchos autores, llegase el caso de otorgarse una disposicion de esta clase, hará el escribano muy particular expresion del estado en que se hallaba el testador, de las preguntas que se le hicieron, quién se las hizo, y con qué señas contestó. Véase acerca de este punto á Gomez en la ley 3 de Toro número 112 y 113, á Matienzo en la 1 tit. 4 lib. 5 Rec. glos. 16, y á los que este cita. Tambien es nulo el legado cuando el testador yerra el nombre del legatario, y creyendo nombrar á uno nombra en su lugar á otro diferente, aunque hay casos en que valdrá¹ (*).

1 L. 12. tit. 3. part. 6 y sig. Véase á Greg. Lop. en ella.

(*) Se advierte que si bien es nulo el legado cuando interviene error acerca de la persona del legatario, es válido cuando se yerra el nombre propio de la cosa legada, v. gr., si esta es un buey, cuyo nombre equi-

voca el testador; (L. 5. vers. *E porende* tit. 33. part. 7.) pero si el nombre equivocado no es el propio de la cosa sino el apelativo de la misma, el legado es nulo, por ejemplo, si legando el buey que está en tal sitio, lo que allí estuviere fuera un caballo. (L. 28. tit. 9. part. 6.)

APENDICE A ESTE CAPITULO.

De las mandas forzosas.

*En circular de 6 de agosto de 1806 se declaró que las mandas forzosas legítimamente autorizadas que deben hacer los testadores, son solo las dedicadas á nuestra Señora de Guadalupe de Mexico¹, Santos Lugares de Jerusalem², y para casar huérfanas pobres³.

*Asimismo en dicha circular, para establecer su recaudacion bajo un sistema fijo é invariable que no quedase expuesto á los descuidos de los testadores ú omision de los albaceas, se dispuso que los contribuyentes ocurran para verificar la entrega de la cantidad que se les asigne, en esta capital al padre colector de las misas de Catedral, en los demas obispados al nombrado para tal efecto, y en los lugares distantes del de la residencia de estos, á las justicias territoriales; á los que los albaceas ó encargados tienen obligacion de llevar los testamentos en que consten las mandas, para hacerles ver lo que se destinó á ellas; y cerciorados de este modo y recibida la partida, pondrán al margen de la cláusula recibo de aquella cantidad, que podrá reducirse á sola la palabra *Recibí* y una media firma, en ahorro de tiempo y de mayor trabajo*.

1 Céd. de 7 de diciembre de 1756.

2 Céd. de 30 de septiembre de 1699.

3 L. 5. tit. 5. lib. 5. R., ó 7. tit. 3. lib. 10.

N. La manda forzosa para redencion de cautivos, se suprimió por decreto de 9 de noviembre de 1820.

Los escribanos y justicias tienen obligacion muy estrecha conforme á la citada circular, de remitir cada año á los colectores respectivos, los primeros certificacion, y los segundos relacion jurada de los testamentos que se hubieren otorgado ante ellos, y de lo que monten las mandas contenidas en todos, y de advertir á los testadores las mandas que forzosamente deben hacer en sus disposiciones para los objetos indicados; y que pueden voluntariamente hacer las mas que les dicte su devocion, entre las cuales les citen y recuerden las limosnas para el socorro de los enfermos de los hospitales, canonizacion y beatificacion que estan pendientes del beato Felipe de Jesus y venerable Señor Palafox y demas; como tambien de instruir á los albaceas que deben satisfacerlas inmediatamente; y los jueces deben procurar por su parte y por todos los medios que sean adaptables, el que se verifiquen las contribuciones; con prevencion de que en los testamentos que se adviertan sin la correspondiente cláusula, ó que pasado un año de haber fallecido el testador no tengan el recibo y media firma del colector ó del juez territorial, se averigüe el culpado en no haber puesto las mandas forzosas en ellos ó no haberlas satisfecho, y se le exija, á mas del importe de aquellas, la multa irremisible de cincuenta pesos aplicados á las propias obras pias; de lo que solo se exceptuan las mugeres y aquellos sujetos que mas por su rusticidad é ignorancia de los bandos y providencias incurran en semejante falta, que por voluntad de dejarlos de cumplir si las hubieran sabido, como igualmente aquellos de cuyas herencias sea el importe liquido de corta consideracion. En la misma pena incurrirán los escribanos que no lleven las certificaciones, ó las justicias que omitan las relaciones.

CAPITULO XIX.

Del derecho de acrecer en los legados, y de la revocacion de los mismos.

- | | |
|--|---|
| 1 En los legados hay derecho de acrecer, y cuándo. | 6 Otros casos acerca del gravámen. |
| 2 No ha lugar este derecho cuando los legados estan divididos por el testador. | 7 Excepcion de la doctrina antecedente. |
| 3 Cuando los legatarios son conjuntos legal y verbalmente, hay derecho de acrecer en unos casos y en otros no. | 8 La parte repudiada acrece al comprador de la otra parte. |
| 4 Sobre el gravámen de la parte repudiada. | 9* En el legado de alimentos no hay lugar al derecho de acrecer.* |
| 5 Sobre el mismo asunto. | 10 El testador revoca los legados cuantas veces quiera. |
| | 11 Por la grave enemistad se revoca el legado. |
| | 12 Tambien se revoca cuando la cosa |

- | | |
|---|---|
| 13 Se revoca igualmente por la enagenacion de ella por el testador en contrato lucrativo. | 15 Doctrina sobre el legado de un carro. |
| 14 Hay revocacion cuando la cosa legada se trasforma de tal modo | 16 No hay revocacion por hipoteca de la cosa legada. |
| | 17 Tampoco cuando fué legada la alhaja y su valor, y esta se enagena. |

1. **H**a lugar por voluntad del testador al derecho de acrecer en los legados y fideicomisos particulares, ya sea haciendo el legado de una cosa íntegra á dos ó mas personas juntamente en una cláusula, v. g. *Mando á Pedro y Juan, una viña que tengo en tal parte* (porque esto se llama conjuncion real y verbal), ó en cláusulas separadas; v. g. diciendo el testador en una: *Mando á Pedro tal viña*, y en otra cláusula: *Mando á Juan la misma viña* (porque esto se llama conjuncion en la cosa y disyuncion en las palabras, como que forman diversas cláusulas); por lo que si uno de ellos muere ántes que el testador, ó viviendo este renuncia la parte que en el legado le corresponde, ó acontece otro motivo que obste para su percepcion, se acrecerá su propiedad y pleno dominio al otro ó mas conjuntos, y se les debe entregar¹; y la razon es, porque de la conjuncion expresada resulta cierta presuncion de voluntad y afecto del testador al legatario sobreviviente, y se conceptúa que si fuera solo, le dejaria el legado íntegro, y así es visto haberlo sustituido vulgarmente en la parte que al otro tocaba, y no quiso ó no pudo percibir² (a).

2. No ha lugar el derecho de acrecer cuando no hay conjuncion, que es cuando el testador lega cosas distintas, ó divide la legada por partes ciertas y diversas: v. g. *Lego á Juan la mitad de tal viña, y á Pedro la otra mitad*: pues en este caso cesa la razon expuesta en el párrafo antecedente, y ninguno adquiere mas derecho que á la parte que le deja: y así renunciándola, se incorpora en la herencia.

3. Tampoco ha lugar cuando entre los legatarios hay conjuncion legal solamente, si no consta por disposicion del testador, v. g. si el testador lega alguna cosa al siervo de dos ó mas señores, y uno de estos la repudia, no se acrece al otro su propiedad; porque el dere-

1 L. 33. tit. 9. part. 6.
 2 Gom. lib. 1. Var. cap. 10. n. 38. Cras. in § Jus accrescendi. q. 10. Castell. De usu. fruct. 48. n. 3. y sig.
 (a) Además de las dos especies de conjuncion que ha mencionado el autor en conformidad á la ley de Partida á que se refiere, existe otra llamada en las palabras solamente, la cual se verifica cuando el testador lega á dos una misma cosa en una sola proposicion, asignándoles partes, no físicas, sino intelectuales; v. g. á Ticio y á Mevio lego mi fundo en iguales partes.

Los autores disputan si en esta clase de conjuntos hay lugar al derecho de acrecer; sobre cuyo punto, aunque tenemos por mas probable la opinion afirmativa que defiende Vinnio (§ 8. Inst. De legat. n. 17. y sig.); advertimos con Grocio (lib. 2. manduct. 23), que no tanto debe atenderse á la sutileza del derecho civil, cuanto á la voluntad y animo del testador, deducida no solo de sus palabras y del valor de la cosa, sino de la condicion y calidad de su persona y de las de los legatarios.—E.

Los escribanos y justicias tienen obligacion muy estrecha conforme á la citada circular, de remitir cada año á los colectores respectivos, los primeros certificacion, y los segundos relacion jurada de los testamentos que se hubieren otorgado ante ellos, y de lo que monten las mandas contenidas en todos, y de advertir á los testadores las mandas que forzosamente deben hacer en sus disposiciones para los objetos indicados; y que pueden voluntariamente hacer las mas que les dicte su devocion, entre las cuales les citen y recuerden las limosnas para el socorro de los enfermos de los hospitales, canonizacion y beatificacion que estan pendientes del beato Felipe de Jesus y venerable Señor Palafox y demas; como tambien de instruir á los albaceas que deben satisfacerlas inmediatamente; y los jueces deben procurar por su parte y por todos los medios que sean adaptables, el que se verifiquen las contribuciones; con prevencion de que en los testamentos que se adviertan sin la correspondiente cláusula, ó que pasado un año de haber fallecido el testador no tengan el recibo y media firma del colector ó del juez territorial, se averigüe el culpado en no haber puesto las mandas forzosas en ellos ó no haberlas satisfecho, y se le exija, á mas del importe de aquellas, la multa irremisible de cincuenta pesos aplicados á las propias obras pias; de lo que solo se exceptuan las mugeres y aquellos sujetos que mas por su rusticidad é ignorancia de los bandos y providencias incurran en semejante falta, que por voluntad de dejarlos de cumplir si las hubieran sabido, como igualmente aquellos de cuyas herencias sea el importe liquido de corta consideracion. En la misma pena incurrirán los escribanos que no lleven las certificaciones, ó las justicias que omitan las relaciones.

CAPITULO XIX.

Del derecho de acrecer en los legados, y de la revocacion de los mismos.

- | | |
|--|---|
| 1 En los legados hay derecho de acrecer, y cuándo. | 6 Otros casos acerca del gravámen. |
| 2 No ha lugar este derecho cuando los legados estan divididos por el testador. | 7 Excepcion de la doctrina antecedente. |
| 3 Cuando los legatarios son conjuntos legal y verbalmente, hay derecho de acrecer en unos casos y en otros no. | 8 La parte repudiada acrece al comprador de la otra parte. |
| 4 Sobre el gravámen de la parte repudiada. | 9* En el legado de alimentos no hay lugar al derecho de acrecer.* |
| 5 Sobre el mismo asunto. | 10 El testador revoca los legados cuantas veces quiera. |
| | 11 Por la grave enemistad se revoca el legado. |
| | 12 Tambien se revoca cuando la cosa |

- | | |
|---|---|
| 13 Se revoca igualmente por la enagenacion de ella por el testador en contrato lucrativo. | 15 Doctrina sobre el legado de un carro. |
| 14 Hay revocacion cuando la cosa legada se trasforma de tal modo | 16 No hay revocacion por hipoteca de la cosa legada. |
| | 17 Tampoco cuando fué legada la alhaja y su valor, y esta se enagena. |

1. **H**a lugar por voluntad del testador al derecho de acrecer en los legados y fideicomisos particulares, ya sea haciendo el legado de una cosa íntegra á dos ó mas personas juntamente en una cláusula, v. g. *Mando á Pedro y Juan, una viña que tengo en tal parte* (porque esto se llama conjuncion real y verbal), ó en cláusulas separadas; v. g. diciendo el testador en una: *Mando á Pedro tal viña*, y en otra cláusula: *Mando á Juan la misma viña* (porque esto se llama conjuncion en la cosa y disyuncion en las palabras, como que forman diversas cláusulas); por lo que si uno de ellos muere ántes que el testador, ó viviendo este renuncia la parte que en el legado le corresponde, ó acontece otro motivo que obste para su percepcion, se acrecerá su propiedad y pleno dominio al otro ó mas conjuntos, y se les debe entregar¹; y la razon es, porque de la conjuncion expresada resulta cierta presuncion de voluntad y afecto del testador al legatario sobreviviente, y se conceptúa que si fuera solo, le dejaria el legado íntegro, y así es visto haberlo sustituido vulgarmente en la parte que al otro tocaba, y no quiso ó no pudo percibir² (a).

2. No ha lugar el derecho de acrecer cuando no hay conjuncion, que es cuando el testador lega cosas distintas, ó divide la legada por partes ciertas y diversas: v. g. *Lego á Juan la mitad de tal viña, y á Pedro la otra mitad*: pues en este caso cesa la razon expuesta en el párrafo antecedente, y ninguno adquiere mas derecho que á la parte que le deja: y así renunciándola, se incorpora en la herencia.

3. Tampoco ha lugar cuando entre los legatarios hay conjuncion legal solamente, si no consta por disposicion del testador, v. g. si el testador lega alguna cosa al siervo de dos ó mas señores, y uno de estos la repudia, no se acrece al otro su propiedad; porque el dere-

1 L. 33. tit. 9. part. 6.
 2 Gom. lib. 1. Var. cap. 10. n. 38. Cras. in § Jus accrescendi. q. 10. Castell. De usu. fruct. 48. n. 3. y sig.
 (a) Además de las dos especies de conjuncion que ha mencionado el autor en conformidad á la ley de Partida á que se refiere, existe otra llamada en las palabras solamente, la cual se verifica cuando el testador lega á dos una misma cosa en una sola proposicion, asignándoles partes, no físicas, sino intelectuales; v. g. á Ticio y á Mevio *lego mi fundo en iguales partes.*

Los autores disputan si en esta clase de conjuntos hay lugar al derecho de acrecer; sobre cuyo punto, aunque tenemos por mas probable la opinion afirmativa que defiende Vinnio (§ 8. Inst. De legat. n. 17. y sig.); advertimos con Grocio (lib. 2. manduct. 23), que no tanto debe atenderse á la sutileza del derecho civil, cuanto á la voluntad y animo del testador, deducida no solo de sus palabras y del valor de la cosa, sino de la condicion y calidad de su persona y de las de los legatarios.—E.

cho de acrecer no puede caer en un sujeto solo; ni hay ni se presume conjuncion que lo induzca entre ellos y el testador, sino la ley; ni aficion de este á ellos, porque no son conjuntos ni llamados por él en la cosa ni por las palabras. Lo que al contrario, si hace legado á dos ó mas siervos de un señor, porque son conjuntos y llamados por el testador expresamente, y con especificacion de que la parte del uno acrezca al otro, ha lugar entre ellos dicho derecho¹; y lo mismo procede cuando el legado se tiene por escrito, pues se acrece al socio conjunto.

4. En cuanto á si la parte que uno repudia, ó le tocaba y falta que aceptar, ha de pasar y acrecerse ó no al conjunto con la carga impuesta por el testador ó sin ella, debo sentar que en las herencias universales pasa indistintamente con ella al coheredero ó sustituto: y la razon es porque aquella carga ó gravámen mas parece impuesta á la herencia que á la persona².

5. En los legados particulares, siendo conjuntos real y verbalmente los legatarios, si el uno no estaba vivo al tiempo del testamento, se acrece su parte al conjunto ó sustituto si así lo dispone el testador, ó vuelve á los herederos del testador sin el gravámen³, porque este no tiene raiz ó fundamento en que pueda afianzarse, y por eso se anula⁴.

6. Si uno de los legatarios estaba vivo cuando se otorgó el testamento y muerto al tiempo que falleció el testador, sucede al contrario: pues se acrece su parte al legatario conjunto ó sustituto, si así es conforme á la voluntad del testador, y si no, vuelve á los herederos del testador con el gravámen, porque este fué válido al principio de su imposicion, mediante vivir el legatario al tiempo del testamento, por lo que dura y se conserva despues⁵. Y lo mismo procede cuando vivia al tiempo del testamento y al del fallecimiento del testador, y despues fué excluido por la repudiacion ó por otra causa, porque ya tuvo raiz ó fundamento en su persona, y valió y se conservó.

7. Pero si los legatarios son conjuntos solamente con conjuncion real, pasa sin la carga al conjunto: porque el mero conjunto en la cosa legada no la adquiere del otro por derecho de acrecer, sino por su propio derecho y persona, mediante la voluntad y llamamiento del testador; y por el de no decrecer se conserva en él, y la retiene despues que el conjunto no la quiso⁶.

8. Vendiendo ó enagenando uno de los legatarios conjuntos la

1 Gom. dicho cap. 10. n. 39.

2 Gras. ibi q. 29. Cancr. part. 2. Var. cap. 22. n. 192 y sig.

3 Cardos. De jure accrescend. in praeludiis, n.

15 al 17. Cancr. ubi sup.

4 Gom. cap. 10. n. 43. vers. Secunda conclus.

5 Gom. dicho cap. y n. vers. Tertia conclus.

6 Gom. ibi vers. Advertendum est.

parte de su legado, si el legatario repudia la suya, se acrece y pasa la que este repudió al comprador ó particular sucesor, y no al legatario conjunto: porque en este caso ningun derecho directo queda en este como en el heredero por la herencia, ni militan las razones inductivas del de acrecer; y así la parte se debe acrecer á la parte.

9. *En el legado de alimentos no tiene lugar el derecho de acrecer¹; porque así como en los campos que tienen cierto límite cesa el de aluvion², del mismo modo en las mandas limitadas á los alimentos debe cesar aquel derecho que se compara con este³. *Acercas de otros varios casos en que no hay derecho de acrecer, vease á Lopez en la ley 33 tit. 9 Part. 6 glos. 6.

10. Como la voluntad del testador puede variar hasta la muerte, puede revocar expresa ó tácitamente, siempre que quiera, los legados que hizo. *Expresamente*, cuando en la misma disposicion, ó en otra posterior dice que los revoca; ó revoca la disposicion en el todo, ó solo en cuanto á ellos; ó la cancela por sí propio, ó manda á otro que la cancele; mas no si este lo hace sin su orden; *pues entónces valdrá el legado, siempre que pueda leerse la escritura, ó probarse con cinco testigos que fué hecho⁴; y *tácitamente*, cuando se infiere y presume de su voluntad⁵. Lo cual procede aunque haya hecho tradicion de ellos, pues los pueden revocar siendo hechos en última disposicion, mas no si lo son por contrato en sanidad⁶.

11. Se entienden revocados, aunque no los revoque, cuando despues de hechos se originó enemistad capital y no leve entre el testador y legatario; pero si luego se reconciliaren, se renuevan y convalescen por la nueva y tácita voluntad del legante.

12. Lo mismo procede cuando la cosa legada se pierde ó muere despues sin culpa del heredero ni negligencia en su custodia; y dudándose si por su culpa se perdió, ó con su ciencia se escondió, debe dar seguridad de que hallada que sea la entregará. Y se entiende haber tenido culpa cuando no la guardó ni hizo guardar como sus mismas cosas, ó de intento tardó en entregarla, ó en esto tuvo negligencia, pues entónces perece por su culpa⁷ (a).

1 L. 57. § ult. ff. De usufructu et quemadmodum &c.

2 L. 16. De adquir. rer. dom.

3 L. 33. in fine De usufructu et quemadmodum &c. Vinnio lug. cit. n. 19.

4 L. 39. tit. 9. part. 6.

5 Gom. cap. 12. n. 56. Castill. lib. 4. Contror. cap. 37. n. 11 al 38. y cap. 59. ns. 8 y 9. Cancr. part. 3. Var. cap. 29. n. 353. y sig. Covar in Rubr. de testam. part. 3. n. 19.

6 Gom. ley 17 de Toro n. fin.

7 L. 41. tit. 9. part. 6.

(a) La doctrina de este número debe entenderse en el legado de especie, como se colige de la ley citada que habla de la cosa mandada señaladamente. Respecto del legado de género ó cantidad sientan por regla los autores, que uno y otra siempre existen en el mundo y nunca perecen. Por lo mismo, si á mí v. gr. se hubiere legado un caballo, ó la cantidad de cien pesos, y el heredero lo hubiere comprado para dármelo, ó contado y prevenido los cien pesos, y un ladrón se lo hurtare todo, no podrá excusarse de pagar el legado.—E.

13. Igualmente se entiende revocado cuando por contrato lucrativo (v. gr. donacion) enagenó verdaderamente el testador en su vida la cosa despues de legada; pero si fué por contrato oneroso (v. gr. venta) y lo hizo por su mera y libre voluntad, se entiende tambien revocado; mas no si ha sido por necesidad (que en duda se presume), á ménos que el heredero pruebe no haberla tenido¹. Lo cual se amplía aunque despues de enagenada la redima ó compre al que se la compró.

14. En los propios términos se entiende revocado el legado cuando lega lana, madera ó cosa semejante, y despues hace paño de lana, y casa, nave ú otra cosa de la madera: porque dejan de ser lo que eran, y se trasforman en otras cosas² *que no pueden reducirse á la antigua forma. Pero si legada plata pasta se hicieren de ella vasos, ó en cualquiera otro caso si la materia mudada puede recobrar su primitiva forma, quedará subsistente el legado³ *.

15. Legando el testador un carro ó carreta que tiene su mula ó bestia para tirar de él, lo debe haber el legatario con esta, aunque de ella ninguna mencion haga cuando se lo lega. Pero si la bestia muere, se revoca el legado, excepto que el testador en vida ponga otra en su lugar: pues entónces subsiste y queda firme por la subrogacion de esta en el de aquella⁴; y así se le debe entregar todo (*).

16. No se revoca el legado cuando despues de hecho empeña ó hipoteca el testador la cosa legada; ántes bien su heredero está obligado á desempeñarla y entregarla libremente al legatario, como he sentado en el párrafo 32 del capítulo antecedente; pues aunque la prenda ó hipoteca es especie de enagenacion, pero no lo es propia, plena y perfecta, porque no pasa su dominio al que da el dinero, ántes bien queda en su dueño; lo que es al contrario en la verdadera venta y enagenacion; por lo que si se empeña por tanto como vale, y no hay esperanza de redimirla ó pagarla, es visto revocarse el legado, porque se supone vendida por ella⁵.

17. Tampoco se revoca cuando legó la cosa y su valor, pues aunque la enagene despues, se debe al legatario su estimacion. Ni cuando sin embargo de haberla enagenado, no la entregó, porque

¹ LL. 17 y 40. tit. 9. part. 6.

² L. 42. tit. 9. part. 6. y leyes *Si cui lana*, y *Lana legata ff. De legat. 3.*

³ Arg. de la ley 88. § 3. *De legat. 3.*

⁴ Dicha ley 42. verb. *Otro sí decimos.*

(*) Tan extraño parece que legado el carro se entienda legada la mula, como que muerta esta sea nulo el legado del carro; pero al cabo esta doctrina deducida del derecho romano, del cual se trasladó á las leyes de Partida, y es la que siguen los mejores intérpretes, no es

tá derogada, y sobre todo ofrece en la práctica pocos inconvenientes; pues cuando la voluntad del legante es limitarse á legar el carro, lo expresa así, y lo mismo hace cuando quiere que se comprenda la mula. Por tanto rarísima vez se verificará tal generalidad ó ambigüedad en el modo de explicarse el testador, que haya que poner en uso unas opiniones que no dejan de parecer repugnantes.

⁵ Gom. ibi n. 56. vers. *Secundo intelige.*

como subsiste en su poder, no se transfirió su dominio, por falta de tradicion. Ni cuando el nombre de la cosa legada y enagenada se impuso á otra, y el testador se refiere al tiempo de su muerte, v. gr. *Lego mi siervo Juan que sea mio al tiempo de mi muerte*; pues si el que entónces tenia se llamaba así, y lo enagena, y despues compra otro y le pone el mismo nombre, vale el legado. Ni cuando no obstante que lo enagene lo recupera despues, y se remite al tiempo de su muerte: lo que al contrario si habla de presente. Ni cuando es legado de libertad: pues si el testador la lega á su siervo, y lo enagena voluntariamente y luego lo redime, se restaura su libertad. Ni tampoco pueden revocar ni repetir el testador ni sus herederos los legados que pagaron, á pretexto de haber sido hechos en testamento imperfecto por razon de solemnidad y de ignorar esta excepcion que les favorecia, á ménos que sean soldados, mugeres, menores ó labradores rústicos, pues á estos sufragarán dichas excusas¹.

¹ L. 91. tit. 14. part. 5. et ibi gl. 1.

CAPITULO XX.

Del usufruto en las herencias y legados.

- | | | | |
|----|---|----|---|
| 1 | ¿En qué se diferencia el usufruto del legado anuo? | | los frutos que produzca, disponiendo de ellos como dueño. |
| 2 | ¿Debe el usufrutuário pagar las deudas del propietario? | 12 | Tambien son suyos los productos de los ganados, y en qué forma. |
| 3 | Si procede de última voluntad debe pagarlas. | 13 | Cuando el rebaño deja de serlo, se extingue el usufruto. |
| 4 | Excepcion de esta doctrina. | 14 | Son igualmente suyos las ganancias de los siervos. |
| 5 | ¿Quién debe pagar los réditos del censo impuesto sobre la finca de que se tiene el usufruto? | 15 | ¿En qué términos puede el usufrutuário disponer de los bienes que se consumen con el uso? |
| 6 | El usufrutuário debe satisfacer las cargas de la finca. | 16 | ¿Cómo dispone de los que con el uso se deterioran? |
| 7 | ¿Qué debe hacerse en el usufruto recíproco de marido y muger cuando el cónyuge viudo lo revoca? | 17 | ¿A qué fianza y restitucion está obligado respecto de los referidos bienes? |
| 8 | El usufrutuário de bienes que se consumen con el uso debe dar fianzas. | 18 | Sobre el mismo punto. |
| 9 | El testador no puede remitir las fianzas al usufrutuário. | 19 | ¿En qué casos no está obligado el usufrutuário á la fianza susodicha? |
| 10 | ¿Qué se entiende por fianza de usar la cosa á juicio de buen varon? | 20 | ¿Puede el propietario remitir la fianza al usufrutuário por contrato? |
| 11 | El usufrutuário no puede enagenar el derecho de usufruto; pero sí | 21 | El testador puede mandar á uno de sus herederos que dé fianzas por el usufrutuário. |
| | | 22 | Casos en que no hay obligacion en |

13. Igualmente se entiende revocado cuando por contrato lucrativo (v. gr. donacion) enagenó verdaderamente el testador en su vida la cosa despues de legada; pero si fué por contrato oneroso (v. gr. venta) y lo hizo por su mera y libre voluntad, se entiende tambien revocado; mas no si ha sido por necesidad (que en duda se presume), á ménos que el heredero pruebe no haberla tenido¹. Lo cual se amplía aunque despues de enagenada la redima ó compre al que se la compró.

14. En los propios términos se entiende revocado el legado cuando lega lana, madera ó cosa semejante, y despues hace paño de lana, y casa, nave ú otra cosa de la madera: porque dejan de ser lo que eran, y se trasforman en otras cosas² *que no pueden reducirse á la antigua forma. Pero si legada plata pasta se hicieren de ella vasos, ó en cualquiera otro caso si la materia mudada puede recobrar su primitiva forma, quedará subsistente el legado³ *.

15. Legando el testador un carro ó carreta que tiene su mula ó bestia para tirar de él, lo debe haber el legatario con esta, aunque de ella ninguna mencion haga cuando se lo lega. Pero si la bestia muere, se revoca el legado, excepto que el testador en vida ponga otra en su lugar: pues entónces subsiste y queda firme por la subrogacion de esta en el de aquella⁴; y así se le debe entregar todo (*).

16. No se revoca el legado cuando despues de hecho empeña ó hipoteca el testador la cosa legada; ántes bien su heredero está obligado á desempeñarla y entregarla libremente al legatario, como he sentado en el párrafo 32 del capítulo antecedente; pues aunque la prenda ó hipoteca es especie de enagenacion, pero no lo es propia, plena y perfecta, porque no pasa su dominio al que da el dinero, ántes bien queda en su dueño; lo que es al contrario en la verdadera venta y enagenacion; por lo que si se empeña por tanto como vale, y no hay esperanza de redimirla ó pagarla, es visto revocarse el legado, porque se supone vendida por ella⁵.

17. Tampoco se revoca cuando legó la cosa y su valor, pues aunque la enagene despues, se debe al legatario su estimacion. Ni cuando sin embargo de haberla enagenado, no la entregó, porque

¹ LL. 17 y 40. tit. 9. part. 6.

² L. 42. tit. 9. part. 6. y leyes *Si cui lana*, y *Lana legata ff. De legat. 3.*

³ Arg. de la ley 88. § 3. *De legat. 3.*

⁴ Dicha ley 42. verb. *Otro sí decimos.*

(*) Tan extraño parece que legado el carro se entienda legada la mula, como que muerta esta sea nulo el legado del carro; pero al cabo esta doctrina deducida del derecho romano, del cual se trasladó á las leyes de Partida, y es la que siguen los mejores intérpretes, no es

tá derogada, y sobre todo ofrece en la práctica pocos inconvenientes; pues cuando la voluntad del legante es limitarse á legar el carro, lo expresa así, y lo mismo hace cuando quiere que se comprenda la mula. Por tanto rarísima vez se verificará tal generalidad ó ambigüedad en el modo de explicarse el testador, que haya que poner en uso unas opiniones que no dejan de parecer repugnantes.

⁵ Gom. ibi n. 56. vers. *Secundo intelige.*

como subsiste en su poder, no se transfirió su dominio, por falta de tradicion. Ni cuando el nombre de la cosa legada y enagenada se impuso á otra, y el testador se refiere al tiempo de su muerte, v. gr. *Lego mi siervo Juan que sea mio al tiempo de mi muerte*; pues si el que entónces tenia se llamaba así, y lo enagena, y despues compra otro y le pone el mismo nombre, vale el legado. Ni cuando no obstante que lo enagene lo recupera despues, y se remite al tiempo de su muerte: lo que al contrario si habla de presente. Ni cuando es legado de libertad: pues si el testador la lega á su siervo, y lo enagena voluntariamente y luego lo redime, se restaura su libertad. Ni tampoco pueden revocar ni repetir el testador ni sus herederos los legados que pagaron, á pretexto de haber sido hechos en testamento imperfecto por razon de solemnidad y de ignorar esta excepcion que les favorecia, á ménos que sean soldados, mugeres, menores ó labradores rústicos, pues á estos sufragarán dichas excusas¹.

¹ L. 91. tit. 14. part. 5. et ibi gl. 1.

CAPITULO XX.

Del usufruto en las herencias y legados.

- | | | | |
|----|---|----|---|
| 1 | ¿En qué se diferencia el usufruto del legado anuo? | | los frutos que produzca, disponiendo de ellos como dueño. |
| 2 | ¿Debe el usufrutuario pagar las deudas del propietario? | 12 | Tambien son suyos los productos de los ganados, y en qué forma. |
| 3 | Si procede de última voluntad debe pagarlas. | 13 | Cuando el rebaño deja de serlo, se extingue el usufruto. |
| 4 | Excepcion de esta doctrina. | 14 | Son igualmente suyos las ganancias de los siervos. |
| 5 | ¿Quién debe pagar los réditos del censo impuesto sobre la finca de que se tiene el usufruto? | 15 | ¿En qué términos puede el usufrutuario disponer de los bienes que se consumen con el uso? |
| 6 | El usufrutuario debe satisfacer las cargas de la finca. | 16 | ¿Cómo dispone de los que con el uso se deterioran? |
| 7 | ¿Qué debe hacerse en el usufruto recíproco de marido y muger cuando el cónyuge viudo lo revoca? | 17 | ¿A qué fianza y restitution está obligado respecto de los referidos bienes? |
| 8 | El usufrutuario de bienes que se consumen con el uso debe dar fianzas. | 18 | Sobre el mismo punto. |
| 9 | El testador no puede remitir las fianzas al usufrutuario. | 19 | ¿En qué casos no está obligado el usufrutuario á la fianza susodicha? |
| 10 | ¿Qué se entiende por fianza de usar la cosa á juicio de buen varon? | 20 | ¿Puede el propietario remitir la fianza al usufrutuario por contrato? |
| 11 | El usufrutuario no puede enagenar el derecho de usufruto; pero sí | 21 | El testador puede mandar á uno de sus herederos que dé fianzas por el usufrutuario. |
| | | 22 | Casos en que no hay obligacion en |

- el usufruario de dar fianzas.
- 23 El testador puede dejar á varios individuos el usufruto de sus bienes igual ó desigualmente.
- 24 Cuando se lega á uno la propiedad y á otro el usufruto, corresponde la mitad de este al primero.
- 25 Excepcion de la doctrina antecedente.
- 26 Cuando al usufruario se le lega el usufruto de una finca, se entiende legarle el de los aperos de su labor.
- 27 Si el testador tiene herederos forzosos, solo podrá legar el usufruto de la quinta parte de sus bienes.
- 28 Opinion de algunos autores sobre el punto precedente.
- 29 Al heredero usufruario tocan los frutos existentes de los mismos

1 **E**l usufruto se diferencia del legado anuo: lo primero, en que aquel se deja regularmente al usufruario por toda su vida; pero el legado anuo se hace solamente por ciertos años; y lo segundo, en que el usufruario no hace suyos los frutos que deja pendientes cuando fallece, pues como personal se extingue con su persona: por lo cual para que sus herederos los puedan percibir, es indispensable que ántes de su muerte esten cogidos ó separados del suelo; pero al que tiene legado anuo tocan, aunque no lo esten; y y así muriendo despues de entrado el año, puede dejar íntegros los frutos de este á su heredero, porque los pendientes ó maduros aumentan el legado ¹.

2 Como el usufruto ha de ser de los bienes propios del que lo concede, ¿se duda si el usufruario de todos debe ó no pagar las deudas de este y los legados que haga? Y digo lo primero, que si el usufruto fue constituido por contrato en sanidad, no está obligado á satisfacerlas, ni sobre su solucion puede ser reconvenido, porque la accion y obligacion personales no siguen al particular sucesor y deudor. Y así en este caso deben ser reconvenidos el propietario ó sus herederos; y no teniendo con que satisfacerlas, se venderá la alhaja en propiedad y usufruto, en caso que esté hipotecada á su seguridad; pues no estándolo, se venderá solamente la propiedad, á ménos que se pruebe fraude en el deudor que enagena el usufruto, en cuyo caso este y aquella se venderán ².

1 Parlad. difier. 29. n. 3. Castill. *De usufruct.* cap. 8.

- bienes, otorgando en ellos competente fianza.
- 30 Pero si estan mostrados ó pendientes, los hace suyos sin obligacion de fianza ni restitucion alguna.
- 31 Caso dudoso en esta materia.
- 32 Cuestion sobre si en el usufruto de todos los bienes se comprenden los venales.
- 33 Opinion mas probable acerca de dicha cuestion.
- 34 Del derecho de acrecer en el usufruto.
- 35 En el usufruto hay derecho de acrecer aun despues de aceptado por el conjunto, si luego lo repudia.
- 36 Si marido y muger donan sus bienes reservándose el usufruto, no acrece la parte del cónyuge muerto al cónyuge que sobrevive.

2 Gom. lib. 2. *Var. cap. 15. n. 8. Cras. in § Legatum. q. 25. Covar. lib. 2. Var. cap.*

3 Y lo segundo, si se constituye en última voluntad está obligado el usufruario á pagarlas de los bienes de la herencia, ya esten ó no hipotecados á su satisfaccion, y tambien los legados á unos, y á costear el entierro y funeral del testador, porque el legado de usufruto se entiende únicamente de los bienes propios del que lo deja, de los cuales es válido, y no de los agenos que existen en su poder, ó á que es responsable ¹; pues no se llaman ni son bienes del testador, sino el residuo líquido que deducido lo ageno sobra, y de esto se entiende usufruario ².

4 Se limita lo que se acaba de decir cuando el testador legó solamente á uno el usufruto de cierta finca, ó de otras cosas determinadas, ó de la mitad, tercera, cuarta ó quinta parte, ú otra cuota de sus bienes: pues entónces no se han de pagar de ellos las deudas, sino de los demas de la herencia; y no queriendo satisfacerlos de estos el heredero propietario, lo ha de hacer de los suyos propios. Lo cual se entiende, excepto que el testador mande lo contrario, ó se infiera de su voluntad: pues en otros términos no está obligado el legatario al débito hereditario, sino solamente el heredero ³.

5 Si el testador dice: *Dejo por heredero universal de mis bienes á mi hermano Pedro, para que los goce y posea por toda su vida, y para despues de este instituyo por heredero de ellos á Francisco mi sobrino, hijo de mi hermano Andres, y sobre sus bienes tiene impuesto censo al quitar, ¿á quién pertenece la satisfaccion de sus réditos anuales?* Sobre lo cual hay variedad en el modo de pensar. Unos afirman que el instituido por su vida es verdadero heredero, con la obligacion de restituir despues de ella al otro heredero la herencia como fideicomiso ⁴. Y otros (á cuyo dictámen me inclino) dicen que no es heredero verdadero, sino solamente usufruario ⁵.

6 Y como de ser heredero fiduciario con obligacion de restituir la herencia, ó usufruario, resulta notable diferencia, porque siendo heredero gravado puede retener la cuarta *trebelianica* de lo líquido, deducidas deudas, mas no siendo usufruario; se sigue de aquí, que el usufruario, aunque no está obligado á pagar de su usufruto las deudas de la herencia, tiene que satisfacer rédito anuo de la misma comodidad ó frutos que de ellos percibe, porque de su

2. Menoch. lib. 4. *praesumpt.* 143. *Cast. De usufruct. cap. 59.*

1 Gom. *ibi* Parlad. lib. 2. *Rer. quotid. part. 4. cap. fin. § 2. n. 8.*

2 Gutier. lib. 5. *Pract. q. 3. n. 17 al 20.*

3 Ayor. *part. 2. q. 21. n. 67. Morquech. De divis. bonor. lib. 4. cap. 11. n. 98. hasta el fin. Guerreir. De inventar. lib. 4. cap. 2. desde el n. 25. y Castill. De usufruct.*

4 Jason in leg. *Extraneum. Cod. De haere. dib. institut. Greg. Lop. ley 15. tit. 3. part. 6. gl. 1. Molin. De primog. lib. 1. cap. 14. n. 11. Gom. lib. 1. Var. cap. 2. n. 9.*

5 Paul. de Castro cons. 460. Paul. de Montepio in leg. *Titia. § Titia cum nubet. ff. De legat. 2. Covar. lib. 2. Var. cap. 2. n. 5. Parlad. dioba different. 29. n. 13.*

caps. 58 y 59.

4 Jason in leg. *Extraneum. Cod. De haere. dib. institut. Greg. Lop. ley 15. tit. 3. part. 6. gl. 1. Molin. De primog. lib. 1. cap. 14. n. 11. Gom. lib. 1. Var. cap. 2. n. 9.*

5 Paul. de Castro cons. 460. Paul. de Montepio in leg. *Titia. § Titia cum nubet. ff. De legat. 2. Covar. lib. 2. Var. cap. 2. n. 5. Parlad. dioba different. 29. n. 13.*

producto líquido bajadas cargas es de lo que se instituyó usufruario; y lo mismo sucede con el diezmo, arrendamiento de la tierra en que existen los frutos pendientes, tributo, gabela y otras cargas, aunque hayan sobrevivido al usufruto¹, por ser una cosa el pagar el gravámen anual de los mismos frutos, y otra muy diversa el liberar de él los bienes de la herencia, como sería satisfacer las deudas de esta, á lo que no está obligado; por lo que si redime el censo, puede su heredero retener los bienes hasta que el propietario le entregue su capital, y si no quiere pagar el rédito, y da lugar á que por él se ejecuten los bienes, puede el propietario redimirlo, y retenerlos para sí despues de pagarlo².

7 Otorgando testamento de conformidad marido y muger instituyéndose reciprocamente por usufruarios, y para despues de sus dias por heredero á otro, si muerto el uno revocare el que sobrevive, como puede, su testamento³, deberá restituir al propietario los frutos que percibió de la herencia del difunto; y la razon es porque en los contratos en que ha lugar la revocacion ó penitencia, no debe recibir lucro el que se vuelve atras; y siendo creible que el difunto se convino en dejar al que sobrevive el usufruto de sus bienes, porque instituyó por heredero al otro, como él, una vez que se arrepintió y cesó la causa, debe tener lugar la repetición de frutos por este⁴; y así sus herederos se lo pagarán.

8 Para poder gozar el usufruario el usufruto que se le dejó de los bienes que no se consumen con el uso, ya sean muebles ó inmuebles, debe dar fianza, caucion ó seguridad de usarlos y gozarlos á arbitrio de buen varon, conservándolos de modo que por su culpa ó negligencia no se pierdan ni deterioren, y restituyéndolos, segun se le entregan, cuando espire el usufruto. Lo cual procede hasta para con el marido que es usufruario de los de su muger⁵ (*).

9 No puede el testador remitirle esta fianza, si le deja el usufruto en última voluntad: lo primero, por evitar el dolo futuro, pues sería motivo de que abusando de la remision disipase los bienes, como que se le ponía en la ocasion de delinquir⁶. Lo segundo, porque su voluntad es que el usufruario conserve la propiedad de

1 L. 22. tit. 31. part. 3. verb. *E si diezmo ó otro tributo*, et ibi g. 5.

2 Parlad. differ. 29. dicho n. 17. al fin.

3 Suar. in leg. *Quoniam in priorib. limit.* 5. ad leg. *Fori Alciat.* in leg. *Licet*, Cod. *De pact. Burg. de Paz*, cons. 2.

4 Parlad. q. 7. per tot.

5 L. 20. tit. 31. part. 3. Castill. *De usufruc.* cap. 17. n. 4. y cap. 19.

(*) El usufruario está obligado también á

afianzar que usará de la alhaja ó finca con buena fe sin hacer en ella cosa alguna por la cual padezca detrimento ó se pierda. Dicha ley 20, 21 y 22. tit. 31. part. 3.

6 Gutier. in leg. *Nemo posset.* 55. ff. *De legat.* 1. n. 279. Roland. *De inventar.* q. 36. n. 1. q. ult. n. 7. y cons. 92. n. 2. lib. 1. Molin. *De primog.* lib. 1. cap. 15. n. 27. Castill. *De usufruct.* cap. 11. n. 24 y cap. 15.

ellos para el propietario; y no pudiendo haber seguridad de que esto se verifique si no interviene la fianza ó caucion, es visto que por esta razon no puede remitirla: y lo tercero, porque siendo así que su ánimo es no dejarle mas que el usufruto, se sigue de remitírsela, que le concede tácita facultad para usar á su arbitrio de los bienes, cuya propiedad quiere por otra parte esté siempre ilesa y salva para el propietario, lo cual implica¹.

10 El modo de usar el usufruto á arbitrio de buen varon, es cuidar de los bienes muebles y tratarlos como suyos, y en cuanto á los raices, labrar las tierras á los tiempos oportunos, y á toda ley, como buen labrador, plantar árboles en lugar de los que se sequen, pierdan y arranquen, y hacer en las casas y demas edificios los reparos que necesiten para su conservacion, y evitar su ruina, y si las arrienda el usufruario (pues puede hacerlo), que sea á persona de buena vida²; y en estos términos ha de constituir la fianza. En cuanto á si el usufruario podrá ó no hacer cortas en los árboles de los montes ó bosques dados en usufruto, cuya utilidad consiste en cortarlos, y en que de sus raices ó del tronco renazcan otros, véase á Gutierrez³.

11 Al usufruario pertenecen los frutos naturales y civiles de los bienes de que se le deja el usufruto, y como dueño de ellos puede arrendarlos, donarlos y disponer de ellos á su arbitrio⁴; pero no es dueño de enagenar el derecho de usufruto, y si lo hiciere, le perderá, y pasará al propietario. De las casas, molinos y edificios, son suyos los alquileres; pero á costa de estos ha de repararlos de lo necesario para su conservacion temporal. Previendo que el usufruario convencional no está obligado á hacer los reparos mayores que conciernen á su perpetua utilidad, pues estos tocan al propietario; por lo que si en ellos hiciere gastos grandes puede repetirlos de este, como que los hizo en su nombre, y como su procurador: lo propio milita en las hechas en pleito por defender ó reivindicar los bienes⁵. Lo cual es al contrario en el usufruario legal, v. gr. el padre que tiene el usufruto en los bienes de su hijo, pues está obligado á ejecutarlos⁶. Y sobre cuáles se llaman reparos mayores ó menores, se debe dejar al arbitrio del juez para que los gradúe, atendida la cualidad de la cosa, sus frutos ó producto y los gastos, y no de otro modo: acerca de lo cual, y de si estará

1 Castill. dicho cap. 15. n. 30 y 31. *Pagas forens.* cap. 15. n. 239. Guerreir. *De invent.* lib. 4. cap. 2. n. 24.

2 LL. 22. y fin. tit. 31. part. 3.

3 *De tutelis.* part. 3. cap. 27.

4 LL. 20 y 27. tit. 31. part. 3. Dicha ley *Usufructu legato*,

TOM. II.

5 Gom. lib. 2. *Var.* cap. 15. n. 7. vers. *Item adde*, et ibi Ayllon n. 8. vers. *Quod usufructuarios.* Greg. Lop. en la ley 22. tit. 31. part. 3. gl. 1 y 2., Pinel in leg. 1. Cod. *De bon. matern.* part. 2. n. 72.

6 Gom. ibi vers. *Nec obstat.*

ó no obligado á los gastos de pleitos, véase al señor Castillo ¹. Pero es de advertir que aunque al usufrutuário corresponden todos los frutos de los bienes que usufrutúa, no así el aumento, sino en cuanto al usufruto, porque sigue la finca á que se agrega, y toca al propietario; y así ni aun de este aumento tendrá el usufruto, si está separado de ella ², porque no se lo dejó el testador, por no ser suyo cuando murió (*).

12 De los bienes semovientes productivos, v. gr. vacas, yeguas, cabras, ovejas, abejas &c., debe percibir también el usufrutuário, y le tocan, no solo la lana, leche, miel, cera y manteca que producen, sino las crias ó hijos que procrean; pero en caso de fallecer ó inutilizarse las madres, aunque sea sin culpa suya, está obligado á sustituir y reemplazar de los mismos hijos otras tantas cabezas como las muertas ó inutilizadas: y lo mismo procede con los peces que existen en los estanques, pues pueden pescar y matar algunos ³ porque nacen otros, y por la subrogacion de los cuerpos de estos se renuevan y perpetuan los primeros peces del estanque, y las madres de las orias de los demas animales productivos referidos, y se contemplan los mismos ⁴. Lo cual en cuanto á las madres muertas se entiende cuando se le deja genéricamente el usufruto de algun rebaño; pues siendo solamente de algunas cabezas ó animales en particular, no tiene obligacion de conservarlas, ni en caso de fallecer, de suplir las que se mueran, porque con su muerte se extingue su usufruto ⁵; y si no nacieren hijos, no estará obligado al reemplazo ó suplemento ⁶. Y lo mismo milita cuando no son animales productivos, v. gr. bueyes, caballos, machos, carneros, sin sus hembras; por lo que muriéndose, se extingue su usufruto por la propia razon, y porque por diligente que sea el hombre, no depende de él la conservacion de su vida: y así no estará obligado á su restitution ni á la de su valor, excepto que haya tenido culpa en su muerte.

13 Si habiéndose legado un rebaño al usufrutuário perciesen tantas cabezas que ya deje de serlo, y no se le pueda graduar de tal, se extingue su usufruto; mas no si una ú otra fallece. Y sobre cuando se diga que es ó no rebaño, se debe dejar al arbitrio del

1 De usufruct. caps. 55, 56 y 57.

2 Baez. De decima tutor. cap. 24. n. 10.

(*) Es de advertir que el tesoro hallado en el fundo que usufrutúa el usufrutuário, no es fruto sino aumento del fundo; y así el propietario ó el usufrutuário que lo halle, llevará la parte que le corresponda, con arreglo á lo dicho en el tit. 1. cap. 2. n. 17. de este libro.

3 Caspola De servit. rusticor. praedior. cap. 42. n. 6.

4 Gutier. De tutel. part. 3. cap. 27. n. 25 al 28.

5 Castell. De usufruct. cap. 27. n. 11 al 15. Gom. cap. 15. cit. n. 7. et ibi Ayllon, dicho n. 8.

6 L. 21. tit. 11. part. 4. gl. in § In pecudum. Instit. De rerum division.

juez sabio y prudente, atendida la costumbre del pais y haberes del testador ¹.

14 Corresponde igualmente al usufrutuário y hace suyas las obras que los siervos ejecutan, ó lo que ganan y adquieren con su industria y trabajo; mas no lo que alguno les lega ó dona, á ménos que conste de la voluntad del donante. Asimismo no le corresponden los hijos que las siervas procrean: porque estos no son frutos sino aumento de los bienes que usufrutúa, el cual cede á favor del propietario, que es su dueño, y el usufrutuário no tiene dominio, cuasi dominio, ni otro derecho que el de servidumbre en dichos bienes; y ademas de no ser frutos los que no renacen, siendo como es el hombre dignísima criatura, y la causa de la produccion del fruto natural, seria absurdo y oprobio el que se le numerase entre los brutos y comparase con ellos; por cuyas razones, aunque es mas tener el usufruto que el fruto de la cosa ², no son suyos los partos de las siervas ³.

15 De los bienes que se consumen con el propio uso, por no poderse conservar mas de tres años, y consistir en número, peso ó medida, v. gr. aceite, miel, vino, trigo y demas semillas, puede usar también y disponer á su arbitrio. Pero como el usufruto de ellos es el uso de las mismas cosas, y no pueden usarse ni usufrutuarse sino gastándolas y consumiéndolas (por lo que se llama *cuasi usufruto*), para constituir la fianza el usufrutuário se deben apreciar previamente por lo justo; y hecho, la constituirá de volver el precio en que se valuaron; y si no se aprecian ha de ser de restituir otras especies iguales en bondad, calidad, peso, medida y número, cuando espire el usufruto ⁴, y no constituirse alternativamente en cualquiera de los dos casos, como con equivocacion afirman algunos: y si es dinero, ha de darla de volver la misma cantidad que recibió ⁵.

16. Y de los que no se consumen, sino que se deterioran y envejecen con el uso, v. gr. alhajas de plata, oro, diamantes, vestidos, tapices, cortinages, ropa blanca, trastos ó muebles de casa, coches y otras semejantes (en los que no puede constituirse propia y adecuadamente el usufruto, porque nada producen sino impropriadamente), pertenece igualmente el usufruto al usufrutuário, y debe dar fianza de usarlos á arbitrio de buen varon ⁶.

17. ¿Pero en qué términos ha de hacer su restitution, y constituir por consiguiente la fianza? Está obligado, segun unos, á vol-

1 Connan. Commentar. jur. lib. 4. cap. 2. n.

5. Castell. ibi n. fin.

2 Baez. De decima tutor praestanda cap. 23. n. 4.

3 L. 23. tit. 31. part. 3.

4 Castell. De usufruct. cap. 17. n. 9 al 19. Gracian. regul. 279. n. 6.

5 Castell. ibi ns. 7 y 8.

6 Gom. lib. 2. Var. cap. 15. cit. n. 3, Ayllon ibi n. 4. vers. Magna est autem.

ver la estimacion que se les dé; porque tasándose, se le trasfiere su dominio, y pasa á la clase de legado de cantidad. Segun otros, cumple con restituirlos en el estado en que se hallen al tiempo que el usufruto espire; y solo estará obligado á responder de su deterioro en caso que por su culpa ó negligencia lo padezcan, y no de otra suerte¹. Y á la verdad este parecer es conforme á la intencion del testador, que quiso beneficiar al usufrutuario, pues en todas estas cosas nada mas tiene que el mero uso; y de estar obligado á volverlos en su estimacion, léjos de experimentar utilidad, se le causaba perjuicio, carga y gravámen de custodiarlos, conservarlos, y pagar en dinero lo que vendidos no sacará por ellos, como sucede, pues nunca se da en venta por los muebles la cantidad de su aprecio, ántes bien se baja la tercera ó cuarta parte, ó la mitad, segun su calidad, hechura y estado. Y así me adhiero á esta segunda opinion que he visto practicar siempre².

18. Pero si los referidos bienes muebles perecen y se consumen enteramente aunque sea sin dolo ni culpa del usufrutuario, debe restituir el valor que tenian al tiempo que constituyó la fianza y recibió su usufruto, porque ha de usarlos y disfrutarlos, reservando siempre su propiedad y sustancia; y de aniquilarse ó perecer está obligado á su estimacion, y mas cuando puede conservarlos, pues se presume que á lo ménos tuvo negligencia culpable en dejarlos perecer, y no los usó á arbitrio de buen varon: por lo que conviene que ántes que se le entreguen, se estimen por lo justo en venta con su intervencion³. Lo cual concibo no debe militar para con los animales no productivos, por la razon expuesta en el párrafo 12.

19. No está obligado el usufrutuario á dar la fianza expresada, si es tan pobre, que por solo serlo no tiene quien le fie, en cuyo caso siendo de buena vida y costumbres, basta su caucion jurada de usar los bienes á arbitrio de buen varon, como es obligado, y restituirlos á su tiempo segun por derecho se manda. Pero si es sospechoso de fuga, ó de conducta irregular, ó forastero, se deberán secuestrar y depositar en persona lega, llana y abonada á arbitrio de juez, ó en el propietario de quien perciba el usufruto, y por cuya recta administracion no perezca ni se deteriore la propiedad⁴; y esto es lo mas seguro.

20. Aunque siendo constituido el usufruto en última voluntad,

1 Ayor. *De partit.* part. 2. q. 24. n. 74. Parlad. diff. 29. n. 23. Fachineo lib. 8. *Controu.* cap. 41.

2 Castell. *De usufruct.* cap. 17. desde el n. 24. y cap. 51. Cancr. part. 3. *Var.* cap. 20. desde el n. 211. Ayor. part. 2. y varias otros.

3 Parlad. ibi n. 24.

4 Gom. lib. 2. *Var.* cap. 15. n. 3. vers. *Item adde.* Salgad. part. 1. *Labyr.* cap. fin. n. 158. Castell. *De usufruct.* cap. 18. per tot. Cancr. part. 3. *Var.* cap. 20. ex n. 218. Barbos. in *collectam.* lib. 4. *Cod. De usufruct.* n. 8.

no puede el testador remitir la fianza, ni relevar al usufrutuario de darla, porque está prohibido por las razones expuestas en el párrafo 9; pero si se constituye por contrato en sanidad, dicen los autores¹ que se puede remitir: yo dudo de la certidumbre de su opinion, porque la ley² romana, de que se deduce esta doctrina, al parecer dice que lo mismo se debe practicar en un caso que en otro, á lo que me inclino.

21. Si el testador lega á alguno el usufruto de sus bienes, y manda á uno de sus herederos que afiance al usufrutuario, si extinguido el usufruto pagare algo por este el heredero que constituyó la fianza, no tendrá por ello accion ni repeticion contra los coherederos; porque no lo hizo de su orden ni en su nombre, sino en cumplimiento del precepto del testador³. Y lo mismo que queda expuesto en cuanto al legatario de usufruto, se debe observar en otros casos por la razon mencionada; pues de lo contrario con facilidad podia el testador eludir y defraudar por este medio las leyes que le prohiben remitirle la fianza⁴.

22. No necesita el usufrutuario dar la fianza en cuatro casos: el primero, cuando no se duda que ha de venir á él ó sus herederos la propiedad de los bienes: el segundo, cuando el fisco queda por usufrutuario, porque siempre es idóneo para pagar y volver los bienes al propietario: el tercero, cuando el padre tiene el usufruto de los bienes adventicios de su hijo, que por *derecho pleno* le toca, pues para disfrutarlos no se le pide, porque ningun derecho le obliga á darla, *y porque seria inicuo, como dice Heineccio⁵, que el hijo tuviese tan poca confianza de su padre; *y el cuarto, cuando el usufruto no ha de volver al propietario ó verdadero heredero del testador.

23. El testador puede dejar á uno solo ó á muchos el usufruto de sus bienes, y todos lo gozarán con igualdad ó segun la parte que señale, porque es divisible y puede competirles parcialmente (a), y así pueden dividirlo entre sí, ó arrendarlo y partir el producto del arrendamiento. Pero si lo lega á muchos alternativamente por años, será preferido el que ántes esté nombrado, y deberá gozarlo primero que el segundo, y así los demas por su orden⁶; y si al-

1 Menoch. *De successionum creat.* lib. 1. § 7. n. 34. Gom. ibi vers. *Et adde quod praedicta satisfatio* Castell. *De usufruct.* cap. 15. Guerreir. *De inventar.* lib. 4. cap. 9. ns. 16 y 17.

2 L. 4. *Cod. De usufruct.* ibi: *„Nec interest, sive ex testamento, sive ex voluntario contractu usufructus constitutus est.“*

3 Jason in leg. *Quod dictum.* ff. *De pact.* n. 10. Fabian *De emptio. et vendition.* part. 3. al princ. n. 63.

4 Roman. singular. 798. Segur. in leg. *Si ex legati causa* n. 73. ff. *De verbor. obligation.* Parlad. dicha diff. 29. n. 21.

5 Recitaciones, § 408 al fin.

[a] Entiéndase esto en cuanto á la comodidad del usufruto, no del mismo derecho de percibir los frutos en que este consiste, pues como cosa incorporal es indivisible. Recuérdese lo dicho en el tit. 1. cap. 3. n. 12. de este libro.—E.

6 Gom. dicho cap. 15. n. 41. et ibi Ayllon.

guno de estos fallece ántes que le toque entrar al goce, no tendrán derecho alguno á él sus herederos, porque no lo adquirió por su muerte anticipada.

24. Puede legar también simplemente ó sin condición á un sujeto la propiedad de una finca y á otro el usufruto, en cuyo caso llevará el propietario no solo la propiedad íntegra, sino la mitad del usufruto, y el usufrutuario la otra mitad de este; de modo que ambos acudirán igualmente á su percibo, no mandando el testador lo contrario. Y la razón es porque la finca consiste en la propiedad y el usufruto juntamente; y como por el hecho de legar al uno la finca, es visto legarle no solo la propiedad sino el usufruto, que es el todo integral, y legando este solamente al otro parece que le lega también la finca que legó á aquel, por eso como conjuntos en la misma cosa (que es el usufruto), concurren y son admitidos igualmente á su percepción y disfrute¹.

25. Pero no sucederá esto cuando genérica y universalmente lega á uno ciertos bienes, v. gr. *siervos, caballos &c.*, ó le instituye por heredero usufrutuario de todos sus bienes, y despues lega á otro alguna cosa de las de aquella especie, ú otra determinada en propiedad y usufruto; porque este legado específico deroga el genérico en aquella parte, y separa de él la cosa legada: ni cuando lega á uno cierta cosa íntegra, y luego á otro parte cierta de aquella cosa, v. gr. el fundo íntegro al primero, y despues la tercera, cuarta, quinta ó sexta parte de la propia finca al segundo²; ni tampoco cuando lega á uno el usufruto de todos sus bienes, y á otro el de una finca solamente, pues aquel no concurrirá con este; porque aunque el género se deroga por la especie, esto se entiende cuando ambos recaen sobre un mismo derecho, mas no recayendo sobre derecho diverso³.

26. Si el testador lega el usufruto de un fundo ó una finca al usufrutuario, es visto legarle no solo el goce de sus frutos ó su usufruto, sino también el de los instrumentos y aperos necesarios que tenía diputadas para labrarla, v. gr. mulas ó bueyes, arados, &c: y lo propio milita si tenía trigo separado y destinado para sembrar en ella, pues todo se entiende comprendido en el legado de usufruto bajo la obligación de responder de cada cosa, y otorgar la correspondiente fianza (*).

27. Dejando el testador por herederos de todos sus bienes á sus

1 Gom. dicho cap. 15. n. 5. Castill. *De usufruct.* cap. 47. n. 1. al 4.

2 Cancr. part. 3. *Var.* cap. 20. ex n. 14.

3 Gom. dicho cap. 15. n. 5.

4 Mantic. *De conject.* lib. 9. tit. 6. n. 23. Menoch. lib. 4. *praesumpt.* 140. n. 36. Castill.

De usufruct. dicho cap. 47. n. 13 al 16

4 Grag. Lop. en la ley 20. tit. 31. part. 3. gl. 8. Menoch. cons. 140. n. 21 al 23.

(*) El reformador de Febrero tiene por improbable este caso, y el adicionador tratando de justificar al autor se explica en tér-

hijos, y por usufrutuaria de ellos á su muger ó á otro extraño, valdrá el legado del usufruto en la quinta parte del de sus bienes, que es de lo que puede disponer libremente sin compensacion con la propiedad: pues porque quiera que su muger goce de él íntegramente, no se le debe imponer gravámen en su legitima, ni perjudicar en la propiedad y usufruto de esta¹, la cual no se comprende en aquel, á ménos que conste de la voluntad del testador: y lo mismo procede en cuanto al tercio para con los ascendientes legítimos².

28. Y aunque Ayora³ y otros dicen que el legado de usufruto de todos los bienes valdrá en el caso propuesto, con tal que su valor ó estimacion no exceda del quinto de la hacienda del testador, se fundan en que puede dar su importe al legatario en dinero ó en los mismos bienes, y á los herederos de su legitima en propiedad y usufruto, haciendo la regulacion y computacion por la vida del usufrutuario, segun la forma por derecho prescrita en casos semejantes; porque lo útil no se vicia por lo inútil⁴, y siempre es visto que el testador elige los medios por los que valga el acto y no se frustre su voluntad: esto se entiende cuando claramente consta que quiso se hiciese la compensacion, pues en este caso valdrá el legado existiendo los hijos y compensando la propiedad del quinto con el valor del usufruto de las otras cuatro partes, de tal suerte, que si el hijo quiere adquirir la propiedad del quinto, debe consentir el legado del usufruto de todos los bienes en cuanto no exceda de aquel su importe, ó contentarse con su legitima en propiedad y usufruto; pero en caso de duda, y no constando cual fué la voluntad del testador, se ha de seguir lo resuelto en el número precedente, como opinionion mas comun y conforme á nuestro derecho⁵.

29. Cuando el testador deja á alguno el usufruto de todos sus bienes, se comprenden en el legado no solo los mismos bienes muebles y raices, sino los frutos cogidos y separados del suelo, y las rentas ó pensiones que de ellos dejó vencidas; porque todos son herencia del difunto, y así tocan al legatario ó usufrutuario como tal, y los debe llevar otorgando la respectiva fianza; y si las tierras están sembradas ó beneficiadas, y no aparecen los frutos, se han de apreciar las labores y semillas, y de su importe constituir la, pues estas no son frutos. Lo cual se entiende ya sean propias del testador ó ajenas las fincas

minos ininteligibles. Ciertamente el caso es raro, y el que quiera enterarse de las razones en que se funda dicha doctrina, puede leer á Gregorio Lopez en la ley 20. tit. 31. part. 3. gl. 8.

1 Gom. lib. 1. *Var.* cap. 11. n. 26. vers. *Sed his non obstantibus.*

2 Morquech. *De divis.* lib. 4. cap. 11. n. 44

al 56. Gutier. lib. 5. *Pract.* q. 18. n. 4 al 12.

3 *De partit.* q. 21. n. 70. hasta el 75.

4 Regla *Utile per inutile.* *De regul. jur.* in 6.

5 Castill. *De usufruct.* cap. 45. ns. 14 y 15.

Gutier. dicho lib. 5. y q. 18. ex n. 13.

Morquech. *De divis. honor.* lib. 4. cap. 11.

desde el n. 44.

sembradas, pues siendo arrendadas deberá pagar el arrendamiento del fruto como hipotecado tácitamente á su responsabilidad.

30. Pero si al tiempo de su muerte estan pendientes y mostrados en las porciones ó árboles, los debe percibir para sí sin obligacion de afianzar ni de restituirlos, pues los hace suyos porque se contemplan una misma cosa con estos é incremento de ellos, á causa de ser inseparables, y no cosa distinta ni separada atendido el estado actual de las fincas, y no en otro concepto, ni hablando absolutamente¹, y el derecho no concede usufruto de usufruto, ni servidumbre de servidumbre. Lo cual se entiende no mandando el testador lo contrario, ó no disponiendo de ellos en otra forma, pues entónces se debe observar su voluntad².

31. Si el marido dejó á su muger por usufrutaria de todos sus bienes, y entre estos cierta porcion de dinero, y sus herederos ignorando lo que habia dispuesto por estar muy distantes lo dieron á censo, ó lo emplearon en algun tráfico, negocio ó compañía, podrá la muger pretender por razon del legado de usufruto, y se le deberán entregar todos los réditos ó utilidades del dinero dado á censo ó empleado, ó solamente su capital? Respondo 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 produjo³.

32. Dejando simplemente el testador á su muger ó á otro el usufruto de todos sus bienes muebles, se duda si se comprenden los venales ó mercaderías destinadas para vender. Unos⁴ dicen que no, y que así no llevará el usufruto de ellos porque no es visto estar comprendidos en el legado general; otros⁵ convienen en lo mismo, excepto que todos los bienes del testador sean venales, pues en este caso se comprenden en el usufruto, y así lo llevará de ellos el usufrutuário.

33. Y otros conciliando las opiniones afirman que si el testador dice que deja ó lega el usufruto 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 usufruto⁶. Bien que aunque omita la palabra todos, y diga solamente: *Lego el usufruto de mis bienes, ó lego mis bienes*

1 Gom. en la 40 de Toro n. 74. vers. Quint. facit.

2 Castill. De usufruct. cap. 49.

3 Ayor. part. 2. q. 22. n. 76.

4 Parlad. differ. 29. dicha, n. 20. Ayor. part. 2. q. 13. n. 78.

5 Alex. en la ley Generali. inserta § 1. Jason en la 1. Cod. De verbor. signific.

6 Menoch. lib. 4. præsumpt. 137. n. 6. Covar. lib. 2. Var. cap. 5. Decio en la ley 1. n. 18. ff. De regul. jur. Guerreir. De dieis. lib. 5. cap. 3. n. 73.

muebles, concibe que deben entenderse todos sin excepcion, ó todos los de la clase que especifica, porque la palabra ó proposicion indefinida equivale á la universal¹, y en el legado de usufruto 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 usufruto, con la diferencia y amplacion de que aunque en la propiedad no lo tiene entre los conjuntos con conjuncion legal, en el usufruto 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 usufruto.

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 usufruto es al contrario; por lo que si el testador deja á dos ó mas por usufrutuários, aceptan todos sus partes, y despues de aceptadas repudia uno de ellos la suya, ó 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 usufruto²; porque en la propiedad, una vez adquirida, está perfecta y consumada la adquisicion; pero el usufruto 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 consolidacion³.

36. Si marido y muger hicieren donacion á alguno de todos sus bienes, reservándose su usufruto, y muriese uno de los donantes ántes que el donatario, ¿tocará ó no al que sobrevive todo el usufruto 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 íntegramente 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 usufruto de los que le pertenecian⁴; pero si la hubiese dejado, se observará su voluntad.

1 Covar. Pinel. y Menoch. ubi supr. Castill. De usufruct. caps. 36, 37 y 38.

2 Gom. lib. 1. Var. cap. 10. n. 40.

3 Castill. De usufruct. cap. 48 Gom. dicho cap. 10. n. 42. et ibi Ayllon.

4 Parlad. differ. 29. dicha n. 19.

De las cuartas trebeliánica y falcidia.

- 1 Motivos que indujeron al establecimiento de estas disposiciones legales entre los romanos.
- 2 Qué abuso se procuró cortar por medio del senado-consulto trebeliánico, y qué es cuarta trebeliánica?
- 3 Nuestras leyes adoptaron esta disposición, y en qué términos.
- 4 Lo dicho se entiende del fideicomisario extraño, mas no si fuere hijo del testador.
- 5 Si el heredero fideicomisario no acepta espontáneamente su cargo, no ha lugar á la cuarta trebeliánica.
- 6 Abuso que atajó la ley falcidia, y cuál fué su disposición.
- 7 Si el testador tiene herederos forzosos, no ha lugar la cuarta fal-

cidia.

- 8 No puede deducirse de los legados aplicables á obras pias, á militares en campaña &c.
- 9 Si la cosa legada no admite cómoda division, se sacará la cuarta parte del valor en que se aprecie.
- 10 A la rebaja de la cuarta falcidia debe preceder la formación de inventario y pago de deudas, pena de perder el derecho á ella.
- 11 Otros casos en que se pierde este derecho, y cláusulas que debe emplear el escribano para evitar ambigüedades.
- 12 *Opiniones de los autores acerca de si hoy tendrá ó no lugar la cuarta falcidia, y resolución por la afirmativa.*

1. **H**abiéndose 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 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 disposición, 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 dia cierto, y

lo ejecutó aquel, y tambien si la retuvo por omision del heredero en pedirla; pero si fué 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 ántes de entregarla, sin que se tomen en cuenta de su legítima, la cual debe sacarse íntegra del cuerpo del caudal, aunque el testador lo haya dispuesto de otro modo.

5. El derecho de deducir la cuarta trebeliánica se entiende en 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 ¹.

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 ménos de la cuarta parte de su importe, pudiese retener para sí esta cuarta parte deduciéndola de los respectivos legados ó fideicomisos ². Por dicha ley, que está en observancia entre nosotros, el heredero extraño cuya herencia se halla tan recargada de mandas ó donaciones que le queda ménos 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 ³. 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 ⁴.

7. Si el testador tiene herederos forzosos, no ha lugar la cuarta falcidia: porque debiendo llevar estos completa su legítima, nunca caben otros legados que los que en su caso admita el tercio ó el quinto, segun queda explicado ⁵.

8. Tampoco puede deducirse, segun nuestras leyes, de las mandas hechas á lugares piadosos, socorro de podres ó redencion de cautivos: ni de lo que se lega á un militar que está en campaña,

1 LL. 14. tit. 5. y 8. tit. 11. part. 6.
2 Tit. Cod. Ad leg. falcidiam. cap. Quaedam.
6. dist. 2.
3 L. 1. tit. 11. part. 6.
4 LL. 1 y 3. tit. 11. part. 6. Com. lib. 1.
Var. cap. 12. n. 26.

5 LL. 17. tit. 1. y 1. y 4. tit. 11. part. 6.
Por esta razon dice Parladorio que son poco frecuentes en el foro los litigios sobre la cuarta falcidia y trebeliánica, pues raros hombres mueren sin herederos forzosos.—E.

aunque nada le quede al heredero¹: 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 debia²; *excepto que fuese hijo ó nieto del testador, pues entónces se excusa de la pena, porque tiene obligacion de obedecerlo: *ni de lo que queda vinculado: ni de la dote que un marido lega á un tercero para que la entregue á su muger³: 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 consentimiento del legatario, pues en rigor solo le corresponde la cuarta parte de cada uno de ellos⁴. Si paga por entero algun legado por creer que el remanente de todos ellos es bastante, no puede ménos de cumplir los que faltan, á ménos 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 cuarta⁵.

10. A la deduccion de la cuarta falcidia debe preceder la formacion de inventario y el pago de deudas, *aunque sean á favor del heredero, excepto que el testador prohíba que se le satisfagan, y el de los gastos hechos en el funeral de este, testamento, inventarios, &c.⁶ Si omite el heredero su formacion, no tiene derecho á ella, y debe cumplir íntegramente los legados y pagar á los acreedores del difunto⁷. Si las mandas estan pagadas y no las deudas, deben estos repetir primero contra los legatarios y despues contra el heredero⁸.

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 deduccion⁹ (a). Mas si no estando expresa la prohibicion, el nombramiento de heredero está concebido en la cláusula de es-

1 L. 4. tit. 11. part. 6.

2 L. 5. tit. 11. part. 6.

3 L. 81. § 1. ff. *Ad leg. falc.* La razon es por que la dote ya era debida á la muger por otra causa, y no hace mas que recibir una cosa suya.—E.

4 L. 2. tit. 11. part. 6.

5 L. 6. tit. 11. part. 6.

6 L. 2. tit. 11. part. 6.

7 I.L. 7. tit. 11. y 10. tit. 6. part. 6.

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

9 L. 6. tit. 11. part. 6. Greg. Lop. en ella.

(a) Procede esta prohibicion si el que la hace no ignora las fuerzas del patrimonio, lo que se presumirá en caso de duda en el objeto de que se trata. (Glos. in Auth. *De haered. et falc.*) Asi para quitar toda dificultad, dice Comes en su *Arte de notoria*, n. 1184, es conveniente que el testador que quiera prohibir la detraccion de la falcidia ponga esta cláusula: *Subiendo las fuerzas del patrimonio y no ignorando, &c.*; lo que ha de tener presente el escribano.—E.

tilo: 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 &c., podrá deducir este la cuarta parte, aunque muchos autores dicen que debe contentarse con lo que le quede. Mi opinion se funda: 1.º 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: 2.º porque dicha cláusula se extiende así por costumbre, y no por voluntad de los testadores: 3.º porque en el hecho de no usar estos la facultad que les da la ley para prohibir al heredero la deduccion 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 &c., suprimiendo las cláusulas anteriores*¹.

12. *Disputan los autores si supuesto que conforme á la ley² no es necesario ya el nombramiento de heredero, ni la adiccion de la herencia para el valor del testamento, tendrá hoy ó no lugar entre nosotros la cuarta falcidia. Algunos jurisconsultos³ son de opinion que no; pero otros muy célebres⁴ llevan la contraria, y á la verdad parece esta mas probable; pues si pagadas las mandas nada hubiese de percibir el heredero, seria enteramente ilusorio el nombramiento de este, lo cual no parece conforme á la intencion del testador, y fué la razon inductiva de esta disposicion⁵.

1 Véase á Greg. Lop. en la ley cit. gl. 3.

2 L. 1. tit. 4. lib. 5. R., ó 1. tit. 18. lib. 10. N.

3 Gom. lib. 1. Var. cap. 12. n. 11. Cevallos Com. cont. Com. q. 39, el cual refiere haberlo así practicado y obtenido.

4 Parlad. lib. 1. *rer. quot.* cap. 11. Ayllon en el citado lugar de Gomez. Molina *De hisp. prim.* lib. 1. cap. 17. ns. 10 y 11. Sala *Iust. al der.* lib. 2. tit. 6. n. 27. y les demas que cita.

5 Princ. del tit. 11. part. 6.

CAPITULO XXII.

De los codicilos.

1 Qué cosa es codicilo.

sin perder ninguno su validez.

2 No debe nombrarse heredero en el codicilo.

4 El codicilo puede ser abierto ó cerrado.

3 Los codicilos pueden ser dos ó mas

1. **E**l 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 también por codicilo el que se otorga ántes del testamento, en cuyo caso es válido cuando así lo expresa el último; mas si no se hiziere mención en él del tal codicilo, quedará enteramente revocado. Cuando se otorgó el codicilo, y despues no se hizo ningun testamento, será válido aquel, á ménos que se revoque por otro codicilo posterior¹. 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 codicilo²; bien que si lo instituye, se estimará por testamento, aunque se llame codicilo³. Tampoco debe quitar la herencia al que instituyó en el testamento, ni imponer condicion al que fué 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 mudarla, ni desheredar á sus herederos forzosos; pero podrá manifestar el delito que contra él cometieron, pues si fuere de los expresados en el capítulo de los que tienen prohibicion de heredar, y se probare, perderá la herencia. Asimismo no puede hacer sustitucion mandando que si el heredero nombrado en el testamento muere ántes de entrar en la herencia, le suceda en ella el que instituya en el codicilo: porque esto es hacer segunda institucion, lo cual le está prohibido⁴; 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 obligacion 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, segun sea⁵, pues la institucion directa hecha en el codicilo ó en testamento imperfecto con la cláusula codicilar, se convierte en fideicomisaria⁶. Pero se previene que aunque nombre directamente heredero en el codicilo, no incurrirá en pena el escribano por autorizarlo, porque ninguna ley

¹ LL. 1 y 3. tit. 12. part. 6.

² L. 2. tit. 12. part. 6. et ibi gl. 1.

³ Greg. Lop. en la ley 2. tit. 12. part. 6.

gl. 1. Matienzo en la 2. tit. 4. lib. 5. R.

gl. 9. n. 19. Roman. cons. 31. n. 3. y cons.

180. n. 5.

⁴ LL. 103. tit. 18. part. 3. 7 y 8. tit. 3 y 2. tit. 12. part. 6.

⁵ LL. 7 y 8. tit. 3. y 2. tit. 12. part. 6.

Parlad. differ. 14. ns. 10 y 11.

⁶ Ayllon ad Gom. lib. 1. Var. cap. 4. n. 8.

vers. *Quod directa*, y otros que cita.

se la impone ni se lo 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 porcion de herencia que ha de percibir y en qué bienes, si en este expresó que lo declararia y se la designaria en aquel, y no de otra suerte, en cuyo caso llevará lo que le designe, y no mas: si nada le señala, heredará todos sus bienes; pero si los herederos instituidos en el testamento son dos ó mas, partirán igualmente la herencia¹. Lo propia milita en memoria testamentaria citada en el testamento, y no de otra suerte, como dejo dicho en el párrafo 5 del capítulo 2 de este título: porque en ella no se altera la sustancia de la institucion, 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 despues confirmarlo el juez para que pueda usar de la tutela², 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, como dejo sentado; pero sí 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 revocacion sea expresa en el todo (*). La razon 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 sucesion 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 íntegramente heredero de ella. Sin embargo de que despues de hecho el codicilo nazca hijo ó hija al testador, no se romperá total ni parcialmente por esta causa; pero el testamento sí

¹ L. 9. tit. 3. part. 6.

² L. Testamento, 3. et ibi Bald. ff. *De testamentar. tutel.* Parlad. differ. 14. n. 14.

(*) Un codicilo no anula otro codicilo que se hizo ántes, como no se revoque expresamente, (ley 3. tit. 12. part. 6), ó en lo que sean contrarios. Lo mismo debe decirse de un testamento en que no hubiere institucion de heredero, el cual no revocará ni el codicilo que se hizo ántes ni otro testamento anterior, en que tampoco hubiere institucion de heredero, á ménos que lo revoque expresamente, ó en lo que sean contrarios. Un testamento en que no hay institucion de heredero es un codicilo ó una última voluntad, y no es otra cosa. No habiendo institucion 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 demas disposiciones. Pero un testamento propio y verdadero se anula por otro tal posterior, aunque no se haga mención de él. El testamento posterior con institucion de heredero no anula el codicilo anterior, como no le revoque expresamente. Esta es la gran cuestion decidida por los emperadores Severo y Antonio, pues el jurisculto 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 cuestion, habrá de debatirse forzosamente en juicio cuando ocurra este caso. *Febrero adicionado.*

por la pretericion ó supernacencia de alguno¹, excepto que la institucion 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. 4. lib. 5. R. 6 2. tit. 18. lib. 10. N. 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 revocacion la solemnidad que en su formacion, y lo propio milita en la donacion por causa de muerte, y en otras últimas voluntades. Pero se duda si esta legal 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 prefiere 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 escrito². 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 Partida³ 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.

1 LL. 20. tit. 1. y fin. tit. 12. part. 6.
2 Matienzo ley 2. tit. 4. lib. 5. R. gl. 9. n.
3 y sig. Gom. en la ley 3. de Toro n. 78

vers. Quæro tamen....
3 LL. 1, 2 y 3. tit. 12. part. 6.

CAPITULO XXIII.

De la cláusula codicilar.

- 1 Qué es cláusula codicilar?
- 2 Primer efecto de esta cláusula, dar valor á los legados hechos en testamento escrito que no se otorgó con las solemnidades de la ley.
- 3 Segundo, dar validez á la institucion del heredero extraño hecha en testamento escrito y falto de solemnidades, y en qué términos.
- 4 Tercero, convertir en fideicomisaria la institucion de un extraño hecha en perjuicio del heredero legitimo.
- 5 Cuarto, convertir en mejora la pre-

ferencia de los herederos universales instituidos indebidamente por pretericion ó menoscabo de sus coherederos.

- 6 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.
- 7 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 *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 vale 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*¹; y el tercero, cuando testa entre hijos y descendientes legitimos. 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 ántes, 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. núm. 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 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 sí 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 ménos 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.

1 Gom. en la ley 3. de Toro, n. 62 y 74. Gom. Arias en ella, ns. 71 y 72.

4. El tercero es que si el padre ó otro ascendiente no instituyó con cierta ciencia, ó injustamente deshereda á algun descendiente 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 fué 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 entónces 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 ántes y vivieran, podria ser que no los dejase de instituir ni los gravase, y para evitarlas conviene ordenar la institucion en los términos que de 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 ménos 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 restituir-

la al sustituto, reteniendo para sí la cuarta trebeliánica, y entónces 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 citados¹, pues para la del escribano me parece suficiente lo expuesto.

¹ Gom. en la 3. de Toro n. 75. al 88. Ant. Thesau. decis. 141. Ferrar. Biblioth. verb. Testam. art. 4. n. 20. y sig. Mat. en la

ley 2. tit. 4. lib. 5. R. gl. 1. n. 9. Par. lud. differ. 248. n. 7 y sig.

CAPITULO XXIV.

De los bienes que deben reservar el viudo ó la viuda á los hijos del primer matrimonio.

- | | |
|---|--|
| <p>1 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.</p> <p>2 Tambien se reservan á los hijos los bienes que la madre haya heredado de alguno de ellos abintestato.</p> <p>3 La obligacion de reservar los bienes indicados, se extiende á cuantas veces se case, segun los respectivos hijos que tenga en cada matrimonio.</p> <p>4 Dicha obligacion se amplia á los bienes dados á la viuda por parientes de su marido ó bien por extraños por consideracion á este.</p> <p>5 La reservacion es pena impuesta al marido, lo mismo que á la muger, por su facilidad en contraer nuevo matrimonio.</p> <p>6 Esta pena subsiste aun cuando hayan muerto los hijos del primer matrimonio, con tal que hayan dejado sucesion.</p> <p>7 Los bienes reservables son únicamente aquellos que proceden de la línea del cónyuge difunto.</p> <p>8 La viuda que se case está obligada á afianzar los bienes muebles y raices para continuar en la tutela.</p> <p>9 El viudo en su caso debe solo afianzar los bienes muebles.</p> | <p>10 Cuando no alcancen los bienes para satisfacer á los hijos del primer matrimonio y á la dote de la segunda muger, ¿qué se hará?</p> <p>11 Resolucion del caso antecedente.</p> <p>12 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.</p> <p>13 Hay varias excepciones de la regla general de preservacion. Excepcion primera. Cuando el hijo heredó de algun pariente ó extraño.</p> <p>14 Excepcion segunda. Cuando por testamento dejó el hijo algun legado á su madre.</p> <p>15 Excepcion tercera. Cuando la donacion del marido no fué lucrativa sino remuneratoria.</p> <p>16 Excepcion cuarta y quinta. Cuando obtuvo licencia del soberano para contraer de nuevo, ó quedó viuda ántes de cumplir veinte y cinco años.</p> <p>17 Excepcion sexta. Cuando el marido le dió expresa licencia para volverse á casar.</p> <p>18 Excepcion sétima. Cuando se la dieron ó consintieron sus hijos, siendo mayores de veinte y cin-</p> |
|---|--|

4. El tercero es que si el padre ó otro ascendiente no instituyó con cierta ciencia, ó injustamente deshereda á algun descendiente 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 fué 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 entónces 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 ántes y vivieran, podria ser que no los dejase de instituir ni los gravase, y para evitarlas conviene ordenar la institucion en los términos que de 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 ménos 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 restituir-

la al sustituto, reteniendo para sí la cuarta trebeliánica, y entónces 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 citados¹, pues para la del escribano me parece suficiente lo expuesto.

¹ Gom. en la 3. de Toro n. 75. al 88. Ant. Thesaur. decis. 141. Ferrar. Biblioth. verb. Testam. art. 4. n. 20. y sig. Mat. en la

ley 2. tit. 4. lib. 5. R. gl. 1. n. 9. Par. lud. differ. 248. n. 7 y sig.

CAPITULO XXIV.

De los bienes que deben reservar el viudo ó la viuda á los hijos del primer matrimonio.

- | | |
|---|--|
| <p>1 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.</p> <p>2 Tambien se reservan á los hijos los bienes que la madre haya heredado de alguno de ellos abintestato.</p> <p>3 La obligacion de reservar los bienes indicados, se extiende á cuantas veces se case, segun los respectivos hijos que tenga en cada matrimonio.</p> <p>4 Dicha obligacion se amplia á los bienes dados á la viuda por parientes de su marido ó bien por extraños por consideracion á este.</p> <p>5 La reservacion es pena impuesta al marido, lo mismo que á la muger, por su facilidad en contraer nuevo matrimonio.</p> <p>6 Esta pena subsiste aun cuando hayan muerto los hijos del primer matrimonio, con tal que hayan dejado sucesion.</p> <p>7 Los bienes reservables son únicamente aquellos que proceden de la línea del cónyuge difunto.</p> <p>8 La viuda que se case está obligada á afianzar los bienes muebles y raices para continuar en la tutela.</p> <p>9 El viudo en su caso debe solo afianzar los bienes muebles.</p> | <p>10 Cuando no alcancen los bienes para satisfacer á los hijos del primer matrimonio y á la dote de la segunda muger, ¿qué se hará?</p> <p>11 Resolucion del caso antecedente.</p> <p>12 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.</p> <p>13 Hay varias excepciones de la regla general de preservacion. Excepcion primera. Cuando el hijo heredó de algun pariente ó extraño.</p> <p>14 Excepcion segunda. Cuando por testamento dejó el hijo algun legado á su madre.</p> <p>15 Excepcion tercera. Cuando la donacion del marido no fué lucrativa sino remuneratoria.</p> <p>16 Excepcion cuarta y quinta. Cuando obtuvo licencia del soberano para contraer de nuevo, ó quedó viuda ántes de cumplir veinte y cinco años.</p> <p>17 Excepcion sexta. Cuando el marido le dió expresa licencia para volverse á casar.</p> <p>18 Excepcion sétima. Cuando se la dieron ó consintieron sus hijos, siendo mayores de veinte y cin-</p> |
|---|--|

- co años.
- 19 Primer caso de los varios comprendidos en la séptima excepción.
- 20 Segundo caso.
- 21 Tercer caso.
- 22 Cuarto caso.
- 23 Quinto caso.
- 24 Sexto caso.
- 25 Siempre que según la anterior doctrina no está la viuda obligada á la reservacion, hace suyos los indicados bienes.
- 26 Lo mismo sucede si no tuvo hijos ni descendientes.
- 27 En caso de reservacion esta no se extiende al usufruto de los bienes reservables.
- 28 Caso en que se corrobora esta doctrina.
- 29 De los bienes gananciales no hay

1. **L**a propiedad de todos los bienes que la muger hubo de su marido por arras, testamento, fideicomiso, legado, donacion entre vivos ó por causa de muerte, ó por cualquiera otro título gracioso, pasa necesariamente á sus hijos del primer matrimonio, si contrae segundas nupcias; y así está obligada á reservárselos. Por lo mismo no puede disponer de ellos en manera alguna, ántes bien sus bienes propios sirven de fianza ó hipoteca del importe de aquellos, debiendo prestar caucion suficiente, y administrarlos á arbitrio de buen varon¹: pues en el hecho de casarse pierde la propiedad, y solo conserva el usufruto hasta su muerte. Verificada esta se distribuirán entre los hijos con igualdad ó á prorata, según el testamento de su padre.

2. Igualmente está obligada la viuda á la reservacion de los referidos bienes, aun cuando por muerte de alguno de sus hijos los haya heredado abintestato, pues siempre son propiedad de los restantes: en lo cual se atenderá á dos cosas: primera, que hayan recaído en la madre por sucesion y no de otro modo; segunda, que sean de la procedencia que designa el párrafo antecedente.

3. La obligacion de reservar no solo procede la primera vez que se casa una viuda, sino todas las demas en que vuelve á enviudar y á casarse de nuevo; por lo que debe reservar á cada hijo todo lo que por título gracioso hubo de su respectivo padre.

4. Se amplia igualmente la referida obligacion á lo que los parientes de sus maridos ú otros extraños la dieron por mera contem-

¹ LL. 3. tit. 12. part. 4., 26. tit. 13. part. 5, y 1. tit. 2. lib. 3. del Fuero Real,

reservacion.

- 30 Se resuelve un caso dudoso sobre la materia de reservacion.
- 31 La enagenacion de los bienes reservables es válida durante la vida del que la hizo.
- 32 Diferencia que hay en esto entre el viudo y la viuda.
- 33 Por las segundas nupcias no se pierde el usufruto que haya dejado de sus bienes el cónyuge del difunto al vivo, y así no están sujetos á reservacion.
- 34* La ley que permite á un cónyuge casarse en cualquier tiempo despues de la muerte del otro, sin incurrir en pena alguna, no derogó las establecidas en favor de los hijos del anterior matrimonio.*

placion de ellos como causa inmediata. Lo mismo procede en caso de dudarse si la donacion fué ó no hecha por su consideracion: lo primero, porque cuando esta consta claramente, ó por la cantidad y cualidad de lo donado se puede percibir, se conceptúa donado por el mismo marido, y para él se adquiere; y lo segundo, porque al modo que si la muger recibe donacion *propter nuptias* de alguno por el marido, tiene obligacion de reservarla como si de este proviniera¹, del mismo modo otra cualquiera donacion. Lo propio milita para con el marido en cuanto á lo que le den los parientes de su muger por contemplacion de esta, bien que algunos opinan lo contrario²; de consiguiente si la donacion se hizo á la muger en concepto de hacerse al marido, deberá reservarla, porque es lo mismo que si á él se le hiciera; y no de lo contrario. Pero no hay reservacion de los bienes procedentes de cualesquiera donaciones que hicieron á la viuda ó viudo por consideracion personal, ni de los que por industria ó título oneroso hubiesen adquirido.

5. La reservacion es una pena impuesta á la viuda por su facilidad en pasar á segundas nupcias. Esta pena comprende del propio modo y sin ninguna excepcion á los viudos³.

6. Las penas impuestas á los padres que teniendo hijos se casan mas de una vez, los comprenden aunque estos fallezcan, si dejan nietos ó biznietos de aquellos; y así pueden reivindicar la parte que á su padre ó ascendiente se debia reservar, y los abuelos y demas ascendientes estan obligados á su reservacion, porque la razon es igual, y por consiguiente debe obrar la misma legal disposicion⁴.

7. Los bienes que los ascendientes deben reservar á sus descendientes legítimos no son todos los que estos hubieron de cualquier parte y por cualquier título, sino solamente los de aquella línea y persona á quien por haberse casado hicieron la injuria: v. gr. si la abuela hubo algo de su primer marido, ya sea por habérselo donado ó dejado, ó por haber heredado abintestato á alguno de sus hijos de este matrimonio, estará obligada, volviéndose á casar, á reservar á los otros hijos de dicho matrimonio, ó á los nietos hijos de ellos, lo que hubo de su marido, y lo que heredó del hijo muerto intestado que recayó en él por muerte de su padre; mas no lo que el hijo muerto adquirió por otro título, parte, línea, medio ó persona que no sea de su ascendiente, pues de ello se constituye dueña su madre,

¹ Gom. en la ley 5. de Toro n. 7. vers. *Sed his non obstantib.*

² Morquech. lib. 1. cap. 12. n. 9. Rib. in leg. *Foeminae*. n. 55. y allí Alveric cerca del fin. Roman. cons. 405.

³ L. 4. tit. 1. lib. R., ó 7. tit. 4. lib. 10. N.

⁴ Rip. in dict. leg. *Foeminae*, n. 8. Castell.

en la 15. de Toro, y Tello Fernandez en ella, y en la 6. n. 20. Cast. *De usufruct.* cap. 2. n. 12. Guerreir. *De divis.* lib. 2. cap. 14. n. 59. Parlad. differ. 121. § 2. n. 2. vers. *Quin et de avo.* Matienzo en dicha ley 3. y gl. 2. n. fin.

especialmente si se casó despues de su muerte; y ni los hijos sobrevivientes, ni sus nietos hijos de estos tienen derecho á que se lo reserve: por lo que si el hijo que murió intestado despues de su padre heredare á un hermano de este, que es su tío, no estará obligada su madre á reservar á los demas sus hijos, hermanos enteros del muerto, la herencia que su tío consanguíneo le dejó, porque no le vino por la línea ni persona de su padre, el cual por haber muerto antes que su hermano nunca tuvo derecho á ella, sino por su tío que es línea diversa, y así cesa la obligacion de reservacion, porque en casarse no hace injuria á su cuñado, ni por consiguiente á los demas hijos sobrevivientes; lo que seria al contrario si el tío hubiera muerto antes, y su herencia recaído en el padre, y por muerte de este pasado á sus hijos. Lo mismo se dirá de los bienes habidos ó heredados por la viuda del marido de quien no haya tenido hijos, pues no tiene que reservárselos á nadie ¹.

8 Si el padre nombró en su testamento á la madre por tutora de sus hijos, aunque no está obligada á afianzar, como tampoco los demas tutores testamentarios ²; no obstante, como por el hecho de contraer segundas nupcias pierde la tutela, y aunque haya sido electa en el testamento paterno tiene obligacion de dar cuenta, debe por consiguiente afianzar por los muebles y raices para continuar en ella, excepto que sea de los bienes heredados de algun hijo muerto abintestato ³.

9 No procede lo expuesto para con el padre; pues sin embargo de que se case muchas veces, no pierde la administracion ni usufruto de los bienes libres y vinculados de sus hijos mientras existen en su poder, antes bien lo hace suyo íntegramente: por lo que no debe afianzar en cuanto á los raices, ya los haya de su muger por legado ó contrato lucrativo, ó por herencia testada ó intestada del hijo, y si solo por lo concerniente á los muebles, respecto de los cuales es igual á la viuda ⁴. Bien que jamas he visto que el viudo de buena conducta haya sido obligado á dar fianza de ningunos bienes muebles ó inmuebles, sino solo de hacer su inventario, aprecio y particion ⁵.

10 Todo lo dicho tiene lugar cuando al fallecimiento del cónyuge superviviente quedan bienes bastantes para satisfacer á los hijos del primer matrimonio el importe de los que heredó su padre de su

1 Parlad. differ. 121 § 2. ns. 4 y 5. Greg. Lop. en la ley 26 tit. 13. part. 4. gl. 4. Matienzo en la 3. tit. 1. lib. 5. gl. 2. n. fin. Aceved. en la 4. dicho tit. y lib. n. 53. y en la 6. tit. 9. dicho lib. 2.
2 Rip. ibi q. 3. Parlad. differ. 121. § 1. n. 9.
3 Greg. Lop. en la ley 9. tit. 16. part. 6. gl. 5.

4 L. 5. tit. 16. part. 6. et ibi gl. 2. Véase á Parlad. differ. 121. § 2. declarat. 8. y asimismo á Greg. Lop. y Matienzo que son de mi dictámen.
5 Acev. en la ley 4. tit. 1. lib. 5. n. 49. Castill. De usufruct. cap. 6. n. 92.
6 Castill. De usufruct. cap. 3. n. 92.

hermano ó hermanos difuntos, y á la última muger la dote, arras y demas derechos que le pertenecen, ó bien cuando existen en su ser los bienes reservables. Pero supongamos el siguiente caso. Queda un viudo con tres hijos, de los cuales mueren despues dos, cuya legítima materna hereda su padre, y esta procede de la dote de la difunta: supóngase igualmente que este viudo se vuelve á casar, y despues fallece sin dejar en su ser los bienes que fueron de su primera muger, ni los que trajo en dote la segunda, sino que deja en dinero ú otros efectos una suma que no alcanza para todos: se pregunta ahora ¿quién será preferido? ¿el hijo del primer matrimonio por la legítima materna que de sus hermanos heredó su padre y debió reservarle por haber perdido la propiedad contrayendo segundas nupcias, ó la muger última, ó sus hijos que reclaman su dote?

11. En este caso parece que será preferido el hijo del matrimonio anterior, porque el privilegio dotal no solo compete á la muger contra los bienes de su marido, sino á sus herederos legítimos; de suerte que en concurrencia de dos dotes la que es primero en tiempo lo es en derecho por ser créditos de una naturaleza, y gozar ambas del mismo privilegio de prelacion: solo tendrá preferencia la segunda en los bienes dotales conocidos que existan. Pero en mi concepto lo contrario es lo cierto: lo primero, porque el hijo que sobrevive al tiempo que su madre murió, no tuvo mas derecho, como uno de tres, que á la tercera parte de la dote, ni puede adquirirlo despues por estar satisfecho de ella, por lo que la accion que le compete, no es dotal sino hereditaria provenida de la muerte abintestato de sus hermanos de quienes es heredero; pues en el instante que ellos ó su padre, como su legítimo administrador, se apodera de los bienes de su difunta madre, se hacen estos patrimonio suyo, y cesa la accion y privilegio de dote, por no transmitirse este al heredero de su hijo ni á otros, ni revivir despues que espiró, y solo será dotal cuando él ó su descendiente legítimo por no hallarse reintegrado de su legítima materna ó abolenga la pretende. Lo segundo, porque para repetir los bienes referidos le concede la ley únicamente tácita hipoteca sin privilegio de prelacion contra los de su padre; y aunque es primera en tiempo á la de la dote segunda, como la de esta tiene el de antelacion, segun derecho ¹, á todas las tácitas anteriores que carecen de él, debe serlo tambien por su dote la muger segunda á quien compete. Y lo tercero, porque el padre en el instante que fallecen sus hijos se hace dueño de sus bienes en virtud de la ley 6 de Toro; y la reservacion á que le obligan las leyes citadas en los números precedentes, no es otra cosa que una pena que le imponen porque vuelva á casarse, pues se presume que amará mas á la muger segunda y á sus hijos, y

1 L. 33. tit. 13. part. 5.

por enriquecerlos defraudará á los de la primera; por lo que pierde su propiedad y pasa al hijo que sobrevive, el cual por beneficio de la ley es heredero forzoso abintestato de sus hermanos, como consanguíneo mas cercano, y viene á ser lo mismo que si murieran despues que su padre sin testamento, ni tener mas bienes que los maternos; por lo que se queda en la clase de acreedor hipotecario legal, sin otro privilegio ni atelacion que la que el tiempo le dé en concurrencia de otros iguales en la tácita hipoteca. Y aunque se diga que los hereda inmediatamente de su madre y no de sus hermanos, esto es alucinar-se y querer confundir la luz con una pura ficcion y sofisteria, pues no puede haber inmediacion donde hay fisica interposicion de personas. Tampoco sirve decir que este caso está comprendido virtualmente en la regla de que en concurrencia de dos dotes la primera en tiempo lo es en derecho: porque á mas de no estarlo, y deberse entender la legal disposicion segun suena, se ve que á la dote se conceden expresamente dos privilegios, uno de tácita hipoteca y otro de prelacion; y á los bienes reservables, ó (hablando con propiedad) al hijo contra los del padre, el de tácita hipoteca solo. Si los estimara dotales, se los concederia igualmente, como se prueba del hecho mismo de no estar obligado el padre á reservar los que el hijo adquirió por otro título lucrativo, y de que cuando la madre hace la reservacion, no procede la accion del hijo por razon de dote, porque los del padre no gozan de privilegio dotal, por no ser dotales, sino por accion penal, y de reivindicacion de bienes propios poseidos por un tercero con cargo de restitucion y prohibicion de enagenarlos. Mas lo referido se limita, si los bienes reservables existen, pues entónces debe llevarlos el hijo, por ser los mismos que dejó su madre, tener dominio en su propiedad desde que su padre se casó, y haber sido este un mero usufrutuuario obligado á devolverlos.

12. La muger que se casa dentro del año de la viudedad está obligada á restituir á los herederos de su marido la mitad del lecho cotidiano, si se deduce de los gananciales, como habiéndolos debe deducirse; y si no los hay, y por este motivo se saca de los bienes propios de su marido, á volverlo enteramente á los hijos procreados en aquel matrimonio; pues por ser hacienda de su padre, les pertenece en posesion, propiedad y usufruto¹; y aunque algunos afirman que solo tiene obligacion de reservárselo, y ha de gozar de su usufruto durante su vida, no me conformo con su dictámen, porque la ley 6 tit. 6 lib. 3 del Fuero Real, que de esto trata y está en uso, y no derogada, no dice tal cosa, segun se prueba de su contexto::: si el marido ó la muger muriere, el lecho que habian cotidiano, finque al vivo; é si

1 L. 4. tit. 6. lib. 3. del Fuero Real. Mentalvo en ella. Gutier. lib. 2. Pract. q. 93, 94 y 95.

se casare, tórnenlo á particion con los herederos del muerto. Sobre lo cual véase el tratado de particiones. La propia obligacion tiene el marido en caso de volverse á casar: por lo que si al tiempo de hacerse la particion estan casados otra vez (ya sea dentro ó fuera del año de la viudedad, pues la ley no distingue), no se les debe abonar; así se ejecutorió años pasados en el consejo. Se previene que aunque el testador legue al cónyuge que sobrevive el quinto, se le debe entregar el lecho ó su importe, porque se lo concede el derecho, y es deuda contra sus bienes á falta de gananciales.

13 No es tan amplia y absoluta la conclusion sentada en los primeros párrafos de este capítulo, que no padezca sus limitaciones; por lo que la obligacion de hacer la reservacion impuesta por el derecho al padre y á la madre, cesa en los siete casos siguientes: el primero, cuando el hijo aunque haya muerto el testador, heredó algo de sus abuelos, ó de algun pariente ó extraño, ó se lo donaron, vendieron ó permutaron, ó lo adquirió con su industria, ó recayó en él por otro título que no sea de sucesion de su ascendiente, porque de esto no habla ni se comprende en la disposicion legal; y así lo hacen suyo absolutamente sus padres¹; aunque en cuanto á lo de los abuelos hay quien sienta lo contrario².

14 El segundo, cuando el hijo muere testado, pues tampoco está obligada la madre á reservar lo que en su testamento la dejó con título de institucion ó legado; porque entónces sucede principalmente mediante su expresa voluntad, como si fuera extraño, y así puede dividirse entre los hijos de todos sus matrimonios; lo que al contrario cuando muere intestado, porque no interviene este, y si la mera decision y concesion legal³. Bien que atendida la disposicion de la ley 6 de Toro, dudo que haga suya mas que la tercera parte de que el hijo puede disponer libremente, y en lo que se verifica sucederle mediante su expresa voluntad; pues de las otras dos es su heredera forzosa tanto por testamento como abintestato, sin diferencia, ya quiera ó no el hijo dejárselas: por lo que no le sucede en ellas por su mera voluntad, como en la tercera, sino por disposicion de la ley; y así me parece que estarán sujetos á la reservacion.

15 El tercero, cuando su marido la dió algo en premio de su virginidad, nobleza, juventud &c.: porque esta donacion no es lucrativa sino remuneratoria; y así se aplicará y será comunicable á todos sus hijos⁴. Pero esto se entiende cuando real y verdaderamente hay

1 Gom. en la ley 15. de Toro n. 2. vers. Dubium tamen. Matienzo en la ley 3. gl.

2 tit. 1. lib. 5. n. fin.

3 Parlad. differ. 121. cit. § 2. n. 5. al 7.

4 Matienzo en la 3. tit. 1. lib. 5. R. gl. 2.

ns. 15 y 16. et ibi Acev. n. 4. al fin. Gom. dicho n. 2. al principio.

4 Rip. in leg. Foem. nae n. 44. Cod. De secund. nupt. q. 17. Pal. Rub. De donat. inter vir. et uxor. § 50. n. 35. Covar. De ma-

desigualdad notable entre el marido y su muger, ya sea en edad, calidad ó en otra cosa semejante, y consta claramente que solo por este respeto y por via de remuneracion le hizo la donacion, y no en otros términos; y así aunque hoy se estila pretextar indistintamente en todos los contratos nupciales la virginidad, nobleza y otras prendas de la novia para ofrecerla arras el novio, sin embargo de que ninguna desigualdad haya entre los dos, no se eximirá de hacer la reservacion en caso de no verificarse, por no ser propiamente donacion cual se requiere para llamarse remuneratoria, á causa de faltar los motivos realmente constitutivos de la remuneracion legitima y verdadera¹.

16 El cuarto, cuando precedió y obtuvo licencia del soberano para volverse á casar; pues como legislador puede remitirle esta y las demas penas impuestas á las viudas que contraen segundas nupcias, segun expresamente está decidido en derecho². El quinto, cuando quedó viuda siendo menor de veinte y cinco años, aunque despues de casada segunda vez se hiciese mayor de ellos; porque la menor edad la releva de la pena de los que se vuelven á casar, como dicen los autores³. Bien que acerca de esto hay sus dificultades, porque las leyes hablan generalmente, y no distinguen de menor ni mayor, ni le conceden expresamente este privilegio, y así será por equidad y no de justicia.

17 El sexto, cuando su difunto marido le concedió licencia expresa para volverse á casar, pues puede remitirle la pena⁴; y respecto saberlo y consentirlo, no se le hace injuria⁵. Y lo mismo procede si al tiempo de hacerle la donacion, expresa que en ningun caso quiere quede obligada á reservarla ni su importe, sino que la haga suya como si fuera patrimonio; porque siempre que hay bienes unidos con pleno derecho al patrimonio de alguno, se confunden y pierden el nombre de quien fueron, y así no se debe hacer distincion ni separacion de ellos sino en los casos legalmente expresos.

18 Y el séptimo, cuando los mismos hijos siendo mayores de veinte y cinco años le concedieron licencia y consintieron su casamiento; pues como establecida á su favor esta pena, se la pueden remitir tambien⁶. Pero para la mas clara y perceptible inteligencia de este caso, saber como se entiende y ha de ser esta licencia, y

1 *trin. part. 3. cap. 2. ns. 2 y 3. Guerreir. De divis. lib. 2. cap. 14. n. 69. al 87.*
 2 L. 7. al fin. tit. 11. part. 4. Guerreir. n. 81 al 83. del lug. cit.
 3 L. fin. tit. 12. part. 4.
 4 Cifuent. en la ley 15. de Toro. Jason en la *Minoribus* al fin. ff. *De his. quibus ut*

indignis. Boer. decis. 185. Gom. en dicha ley 15. n. 6.
 4 Matienzo en la ley 3. tit. 1. lib. 5. gl. 2. n. 5.
 5 Regla 25. tit. 34. part. 7.
 6 Gom. dicho n. 6. vers. *Et idem etiam est.* Castill. *De usufruct.* cap. 2. n. 23.

cuándo por su concesion se perjudican ó no los hijos, es indispensable hacer distincion de los que pueden ocurrir.

19 El primer caso es cuando los hijos mayores de edad consienten que su madre pase á segundas nupcias, y le remiten y perdonan expresamente toda la injuria que en ello les hace, ó todo su derecho. En cuyo caso es incuestionable que nada pierde, ántes bien retiene y adquiere para sí en propiedad y usufruto todos los bienes que de su primer marido tenia en su poder, y los que por sucesion de sus hijos habian recaido en ella, y provenido de la sustancia del padre de estos¹.

20. El segundo es cuando los hijos tambien mayores consienten simplemente que su madre se case, pero no renuncian expresamente el derecho y beneficio que la ley les concede: y en este caso se deberá decir lo mismo que en el anterior, pues por el hecho de consentir el matrimonio es visto remitir su derecho; por lo que este consentimiento simple surte el efecto de que su madre se exima y liberte de la obligacion de reservacion, que á no intervenir tendria². Lo que queda expuesto en estos dos casos en cuanto á los hijos mayores, milita y procede para con los menores, interviniendo la autoridad de sus tutores para prestar su consentimiento y hacer la renuncia, y probándose causas legítimas y seguirseles utilidad del casamiento de su madre, y no en otros términos³.

21. El tercero, cuando los hijos aunque fuesen mayores, y estuviesen presentes, callaron, y ningun acto de gestion hicieron, por el cual se infiera haber consentido en el matrimonio; pues entonces su mera presencia no les perjudica, ni por ella se prueba su asenso, y por lo mismo no se liberta la madre de la pena de reservacion⁴: aunque una cosa es honrarla con asistir á su boda, y otra y muy diversa renunciar el derecho que la ley les concede, lo cual no es presumible mientras no conste⁵. Sin que los hijos necesiten hacer protesta para dejarlo ileso⁶; porque si esta fuese necesaria, y su silencio y asistencia los perjudicasen, jamas se verificaria tener lugar la pena de reservacion⁷.

22. El cuarto, cuando los hijos mayores presenciaron el matrimonio segundo, y aunque no lo consintieron expresamente ni renunciaron su derecho, però intervino con su presencia algun acto

1 Angul. cons. 396. col. 4. n. 4. vers. *Haec autem regula.* Decio cons. 209. n. 7. Menoch. cons. 237. n. 16 al 18. lib. 3.
 2 Menoch. ibi. n. 16. y sig. y otros que cita.
 3 Gaill. lib. 2. *Observat. pract.* observat. 98. n. 22. Menoch. dicho cons. 237. n. 22 al 24.
 4 Menoch. lib. 3. praesumpt. 29. n. 90.

5 Parisiens. in *Anotat. ad Dec.* cons. 205. verb. *Volente.* Rip. in leg. *Si unquam.* Cod. *De revocand. donation.* q. 42. n. 108. al fin.
 6 Bacz. *De non meliorand. filiab.* cap. 20. n. 59.
 7 Bacz. dicho cap. 10. n. 88. Parisiens loco citat. Boer. decis. 185. n. 23. Fulgos. cons. 73.

positivo exterior de su parte, por el cual manifestaron su voluntad y consentimiento; en cuyo caso es visto consentir tácitamente, y así se perjudican por haber practicado acto por el cual se arguye su voluntad, porque no era regular lo hiciesen á no haber prestado su consentimiento interior, pues la voluntad se declara por los hechos igualmente que por las palabras¹, y aun mejor se da á entender por aquellos que por estas: los hechos manifiestan el efecto, y las palabras suelen proferirse á veces contra la voluntad del que las dice². A mas de que el que está presente y calla, es visto consentir aun en lo que le perjudica, si con su presencia concurre por su parte á algun acto positivo externo, y mucho mas entre los conjuntos³.

23. El quinto, cuando los hijos que asistieron á la boda nada consintieron expresa ni tácitamente, pero despues la ratificaron de una de estas dos maneras; pues pierden tambien el beneficio de la ley del mismo modo que si al tiempo en que se celebró hubiesen consentido, por ser lo propio lo uno que lo otro en cuanto al efecto⁴. Lo cual se entiende no solo cuando la ratificacion es expresa, sino cuando es tácita, v. gr. cuando en su vida no se quejan de las segundas nupcias: ó habitan familiarmente con su madre, ó la aman y á su padrastro: ó en vida ó muerte les donan algo: ó por otras conjeturas se infiere su asenso⁵; pues si la ratificacion hecha con las palabras expresas es suficiente, debe serlo tambien la que se colige de las obras, porque estas la inducen mas vigorosa que aquellas⁶. Previendo que si los hijos no se quejan en vida del tránsito de su madre á segundas nupcias, sabiéndolo, y sin quejarse fallecen, no trasfieren á sus herederos este derecho que tenian adquirido, ántes bien por su silencio es visto habérselo condonado y remitido, cuya queja basta que sea extrajudicial⁷.

24. Y el sexto, cuando los hijos no estuvieron presentes á la celebracion del matrimonio segundo, de suerte que no pudieron consentirlo tácita ni expresamente; pero si luego llegó á su noticia, y remitieron á su madre la injuria, ó renunciaron expresamente su

1 Tiraquel. *De jur. constitut.* part. 3. limit. 30. n. 12. Cravet. cons. 159. n. 5. Menoch. cons. 110. n. 1. y cons. 121. n. 90. lib. 2.
2 Menoch. cons. 5. n. 16. lib. 1. Socin. Junior. cons. 3^a. n. 13. lib. 1.
3 Clementin. 1. *De procurat.* Abb. in cap. *Cum virum, in tertio notabili. De regul. jur.* Alciat. y Jason. in leg. *Cum proponas.* Cod. *De pact.* Boer. decis. 185. n. 20.
4 Angel. cons. 96. Anton. Gabriel. lib. 3. *Commun. opinion.* tit. *Secund. nupt.* conclus. 1. n. 36. Baez. dicho cap. 10. n. 96.
6 Roland. cons. 92. n. 20. y sig. lib. 1. y

cons. 81. n. 13. lib. 3. Decio. cons. 205. n. 5. al 7. Parisiens. cons. 29. ex n. 82. lib. 3. Bursat. cons. 12. n. 42. lib. 1. Burd. cons. 91. ns. 21 y 22. lib. 1.
6 Menoch. cons. 507. n. 15. lib. 6. Abb. cons. 116. in 2. part. Bursat. cons. 40. n. 18. y cons. 118. n. 14. lib. 1.
7 Rip. in dict. leg. *Foeminae* q. 14. y 16. vers. *Facit. quod.* Anton. Gabriel. in tit. *De secund. nupt.* conclus. 1. n. 23. Guerreir. *De divis.* dicho lib. 2. y cap. 14. ns. 60 y 61.

derecho, es indudable que por la renunciación se perjudicaron, y que la madre adquirió la propiedad de los bienes reservables. Y lo propio milita si la ratificacion es tácita é intervinieron los actos, conjeturas ó signos por los cuales se induce, como queda expuesto en el precedente caso; pues faltando estos respectivos requisitos, y habiendo intervenido la ausencia de los hijos, está sujeta la madre á la pena legal, y para no incurrir en ella, es indispensable algun consentimiento de ellos¹.

25. En los casos expresados en que la madre no está obligada á hacer la reservacion á sus hijos, hace enteramente suyos los bienes que heredó de estos ó de su marido, por lo que puede usar y disponer de ellos á su arbitrio; y así se dividirán entre todos los de sus matrimonios con arreglo á su voluntad, como si los hubiera llevado en dote, ó no se hubiera vuelto á casar. Lo mismo procede cuando se casó dos veces solamente, y despues de viuda recayeron en ella los bienes de alguno de los hijos del matrimonio segundo: lo uno, por la razon expuesta; y lo otro, porque no hace injuria al cónyuge muerto ni á sus hijos; y cesando esta debe cesar la disposicion; y así los hace suyos, y puede repartirlos entre todos los hijos de sus dos matrimonios².

26. Y si no tiene hijos del precedente ó precedentes matrimonios, ni descendientes de ellos, tambien hace suyo todo cuanto la dieron ó dejaron sus respectivos anteriores maridos, y como dueña puede disponer de ello á su arbitrio, segun los textos citados se lo permiten, no habiendo fuero ó costumbre de que vuelva al tronco.

27. La obligacion impuesta á la madre de reservar á sus hijos la propiedad de los bienes que su marido la dona ó deja, no procede para con su usufruto, pues es dueña absoluta de él; y así aunque sea tanto que con él compre y adquiera otros, no está obligada á reservarlos á sus hijos, ni se entienden provenir, ni provienen de la sustancia paterna como la propiedad, por no haber sido de su padre; por lo que puede disponer de ellos entre los de todos sus matrimonios, como de los patrimoniales, pues las leyes bastante proveyeron á favor de los hijos en preceptuar la reservacion de la propiedad, en la cual, como procedia del padre, eran defraudados: y no quisieron ampliar su precepto á los frutos, porque estos nunca fueron ni pudieron ser de este sino de la reservante, como ganancia adquirida despues de su muerte³.

28. Aunque la madre viuda herede á algun hijo que haya

1 Castell. *De usufruct.* cap. 2. n. 110 al 126. inclus.
2 Covar. in *Epit. succes.* ns. 9 y 10. Morquech. dicho cap. 12. n. 8. Guerreir. dicho

cap. 14. n. 55 al 58. lib. 2.
3 Castell. ibi n. 37. Merlin. *De legitim.* lib. 4. tit. 2. q. 1. hasta la 4. Guerreir. ibi n. fin. Parlad. § 2. n. 16. differ. cit.

muerto, y despues se case otro de los vivos, no pierde por eso ni debe restituírle el usufruto que desde que se volvió á casar percibió de los bienes de su difunto hijo, hermano de los otros, ántes bien debe gozarlo por toda su vida; porque lo hace suyo, y no está comprendido en el que la ley 48 de Toro concede al hijo casado, como admirablemente lo funda Castillo¹.

29 Nada de los bienes que padre y madre adquieren y multiplican mientras estan casados, deben reservar á los hijos de sus anteriores matrimonios, ántes bien los hacen suyos plenamente por ser de industria y trabajo, que es título oneroso; y así aunque se casen muchas veces, pueden disponer de los que en cada matrimonio adquieren al modo que de los patrimoniales, como se prueba de la ley 14 de Toro, que es la 6. tit. 4. lib. 10. Nov. Rec. ².

30 Muriendo sin sucesion legitima algun hijo del anterior matrimonio despues de haber heredado á su padre, si hiciere testamento, y segun lo permite la ley 6 de Toro dejare la tercera parte de sus bienes á uno de sus hermanos enteros, y las otras dos á su madre, y esta se volviere á casar ó al tiempo de su fallecimiento estuviere casada, y el hermano legatario del tercio muriere intestado sin sucesion, por cuya razon le hereda su madre abintestato, jestar á obligada á reservar á los hermanos enteros sobrevivientes la tercera parte que abintestato heredó de este último, y él hubo de su hermano difunto? No; porque esta tercera parte no proviene inmediatamente de la sustancia del padre sino del hermano, del cual se hizo despues de su aceptacion, como patrimonio adquirido de otra parte, y por su aceptacion dejó de ser herencia del padre, de quien primero habia sido, pues hubo interposicion de dos personas ³.

31. Si la madre enagena los bienes raices que está obligada á reservar á sus hijos, parece debe perderlos, y que estos pueden quitarlos á sus poseedores en su vida, al modo que el usufrutuário que enagena los que usufrutúa, ó el derecho de usufrutuarlos, pierde el usufruto, el cual se consolida con la propiedad y pasa al propietario. Pero no obstante, lo contrario es lo cierto: y así valdrá la enagenacion durante su vida, y se revocará despues de su muerte, porque puede suceder que los hijos mueran ántes que su padre, y que por consiguiente los herede, lo cual es especial en la madre en este caso, y no milita para con otro usufrutuário; bien que si los enagena ántes de casarse, y luego se casa, sin embargo de que parezca hecha en tiempo hábil su enagenacion, puede reivindicarlos

¹ De usufruct. dicho cap. 2. n. 50 al 55

² Gom. en la 14. de Toro n. 3. vers. Ex quibus videbatur. Gutier. lib. 2. Pract. q. 95. ns. 12 y 14. Matienzo en la 6. tit. 9.

lib. 5. gl. 2. n. 1.

³ Castell. De usufruct. dicho cap. 2. n. 60 al 69.

de los que los posean, sin necesidad de hacer excusion en los maternos¹.

32. Aunque subsistiendo viudo el padre es igual á la madre en el privilegio, no obstante, casándose si enagenare algunos bienes de los hijos de su anterior matrimonio, ya sea ántes ó despues de casado, no pueden estos reivindicarlos del tercero poseedor mientras viva su padre, ni tampoco despues, si aceptan su herencia, sin hacer previa excusion en los paternos, pues como herederos universales estan obligados á observar los contratos celebrados por su causante; y así solo en los que les falte para completar el valor de los bienes reservables, podrán repetir contra su poseedor, pero si la renuncian, no necesitan hacer la excusion para intentar su repetición².

33. Por pasar á segundas nupcias, no pierde la muger el usufruto que el marido la dejó de sus bienes simplemente, y sin condicion de conservar viudedad, ó con la de que lo gozara mientras viviese. Y lo propio milita para con el marido si su muger lo deja por usufrutuário: ni tampoco si se lo lega con la condicion de *si viviere casta y honestamente*, sin añadir *si permaneciere en su viudedad*, pues por casarse no se debe decir que vive deshonestamente.³

34. *Pero dirá alguno, que supuesto que conforme al derecho canónico⁴ y civil⁵ puede la muger casarse en cualquier tiempo despues de la muerte del marido sin incurrir en pena alguna, cesarán ya todas las doctrinas de este capítulo relativas á la reservacion de bienes, establecida segun queda dicho, como pena de las segundas nupcias. Así pensó el Abad Panormitano⁶; sin embargo la comun de los autores⁷ lleva la contraria, fundados en que la reservacion se introdujo en favor de los hijos del primer matrimonio, á los que de ningun modo tuvieron por objeto perjudicar las leyes que favorecen la libertad para contraer el segundo. Confirmase esto con la ley 4. tit. 1. lib. 5. R. 6. 7. tit. 4. lib. 10. N. posterior mas de un siglo á la citada ley 3. ⁸*

¹ Gom. en la ley 15 de Toro n. 5. vers.

Dubium tamen est. y vers. Item adde.

² L. 24. tit. 13. part. 5. et ibi gl. 9. 10 y

11. Covar. lib. 1. Var. cap. 8. n. 5. Pinel.

in leg. 1. Cod. De bonis matern. part. 3.

n. 21.

³ Castell. De usufruct. dicho cap. 2. n. 127.

hasta el fin. Gom. en la ley 15 de Toro

n. 9.

⁴ Caps. 4 y 5. De secund. nupt.

⁵ L. 3. tit. 1. lib. 5. R., 6. 4. tit. 2. lib. 10. N.

⁶ En el citado capítulo 5.

⁷ Cevallos com. cont. com. q. 742. Lopez en

la ley 3. tit. 12. part. 4. Acov. en la ci-

ta ley de la R.

De las diligencias que deben practicarse para la apertura de los testamentos y codicilos cerrados, y para reducir á instrumento público los abiertos.

- | | |
|---|--|
| <p>1 El que tiene en su poder algun testamento cerrado, debe presentarle á la justicia dentro de un mes despues de la muerte del testador.</p> <p>2 El interesado en un testamento puede pedir por sí ó por procurador que se abra y publique.</p> <p>3 A la abertura precederá el exámen de los testigos y reconocimiento de sus firmas.</p> <p>4 ¿Qué deberá hacerse cuando no puedan ser habidos todos los testigos?</p> | <p>5 ¿Cómo se suplirá su falta si todos han muerto?</p> <p>6 Antes de publicado un testamento son nulos los contratos que se celebren sobre cosas de la herencia.</p> <p>7 ¿En qué caso no debe dar el juez copia del testamento?</p> <p>8 ¿Qué deberá hacer el heredero para llevar á efecto un testamento nuncupativo hecho sin escribano ó verbalmente?</p> |
|---|--|

1 **D**ejo ya explicado todo cuanto concierne á la solemnidad de los testamentos y codicilos cerrados. Paso á expresar dentro de qué término está obligada la persona en cuyo poder existen á manifestarlos á la justicia; en qué pena incurre si no lo hace; quién es parte legítima para pedir su apertura, y cómo debe pedirla; por qué juez se han de abrir, y cómo; y si ántes de publicarse podrá hacerse transacion ó concierto sobre su contexto. El que tiene en su poder el testamento cerrado bajo de que falleció el que lo otorgó, debe presentarlo ante la justicia ordinaria del pueblo en que este murió, dentro de un mes siguiente al dia de su muerte, y no cumpliéndolo, pierde el legado que le dejó, el cual se ha de distribuir por su alma; y no habiendo legado, debe pagar al interesado el daño que se le cause, y dos mil maravedis á la real cámara, sin excepcion de personas. No se exime de este cargo el clérigo con pretexto de ser lego el juez; porque lo es competente, segun está declarado en la real cédula de 13 de junio de 1775 y en las leyes que se citan ¹.

2 El que tiene interes en el testamento ú otro en su nombre con su especial poder, puede pedir se abra, expresando haber fallecido el testador bajo de él, jurando no pedirlo de maicia, y sí solo por presumir que es interesado, ó la parte á quien representa; cuyo pedimento debe dar ante el juez ordinario secular, y no ante otro. Estando en el lugar el testamento, dispondrá el juez que se traiga inmediatamente para abrirlo, y si está en otro, prefinir plazo al sujeto que lo tenga para que lo presente ².

1 LL. 1 y 2. tit. 2. part. 6., y 5. y 6. tit. 18. lib. 10. N. R. | 2 L. 2. tit. 9. part. 6.

3 Antes de su apertura ha de proveer auto mandando comparecer á su presencia los testigos instrumentales, los cuales bajo de juramento que les recibirá (porque la ley no le permite cometer su exámen al escribano ni á otro por ser este un acto personalísimo) reconocerán sus firmas y la del testador, ó del que por este ó por algunos de ellos firmó, é igualmente el testamento ó cuaderno que se les manifieste, y depoudrán de su fallecimiento por haberlo oido, ó visto cadáver, y no sabiéndolo pondrá el escribano fe de él á continuacion del auto con expresion de haber conocido vivo al testador, y estar al parecer muerto: y si no lo conoció, de que en su casa y vecindad le aseguraron que era el mismo sujeto, pues sin que por uno de estos dos medios se acredite su fallecimiento, no se debe abrir; y constando la certidumbre del otorgamiento, y viendo el juez que el testamento ó cuaderno en nada está sospechoso, debe abrirlo ánte el escribano y los testigos, y entregarlo á este para que lo lea y publique delante de todos, y despues de abierto y publicado, reducirlo á escritura pública por otro auto, mandando que se tenga ó estime por testamento y última voluntad del difunto; que se den á los interesados en él los traslados y testimonios que pidiere de lo que les corresponda; y que se protocolice en los registros del escribano ánte quien se abra, interponiendo á todo para su mayor firmeza la autoridad de su oficio cuanto haya lugar en derecho; pues hasta que se habra no se debe tener ni estimar por escritura pública, ni lo es por no haberse publicado su contexto.

4 No pudiendo ser habidos todos los testigos referidos, basta que comparezca la mayor parte (que á lo ménos han de ser cuatro), y despues lo ha de enviar á los demas para el mismo efecto, si están en otro lugar, ó enfermos, ó son personas muy condecoradas ú honradas, y aunque alguno niegue su firma, no ha de dejar por eso de abrirlo. Si no pueden comparecer todos ni la mayor parte, y el juez conoce que de esperarlos y omitir su apertura resultará perjuicio, debe llamar hombres buenos, abrirlo ánte ellos, mandarlo trasladar y leer, y que los tales hombres lo firmen, y luego volver á cerrarlo y sellarlo: y despues que vengan los testigos instrumentales, manifestárselo para que lo reconozcan en la forma prevenida. Si practicadas estas diligencias, no resultase cosa en contrario, las mandará unir á las otras, y que de todo se dé traslado á los interesados, ó de lo que á cada uno corresponda. Hasta aquí la ley de Partida ¹.

5 Pero si han fallecido to los los testigos (como puede suceder) ó se crée así, ó se hallaren ausentes sin saber su paradero, se debe

1 L. 3. tit. 2. part. 6.

hacer informacion de ello; de la legalidad del escribano ante quien se otorgó, si ha muerto; de que al tiempo del otorgamiento vivian y estaban en el lugar, y de que eran personas que podian testificar, y hacer fe sus deposiciones; y si alguno conoce sus firmas, que las reconozca, ó se comprueben (pues todo conduce para la mayor estabilidad del testamento); y luego el juez lo mandará abrir en la forma explicada¹; y si quisiere rubricará sus hojas, sin embargo de que no es preciso, previniéndose así en la diligencia de apertura. Si el escribano ante quien se otorgó, vive, está en el lugar, y no se abre ante él, ha de reconocer tambien su signo y firma; bien que no es rigurosamente necesario por no mandarlo las leyes. La apertura del codicilo requiere la misma solemnidad.

6. No puede hacerse pacto, concierto ni transacion ántes de la publicacion del testamento cerrado sobre la herencia ó los legados que contiene, y si se hace es nula, porque puede haber dolo, y ser engañado el interesado en ellos²; por lo que aunque uno afirme con juramento que el testador le legó cierta cosa, demande al heredero sobre su entrega, y en virtud del juramento se la dé, si despues de abierto resulta ser incierto, debe restituírsela³. El juez debe mandar que se dé traslado íntegro del testamento á los herederos del testador, y á los demas interesados en él de solo lo que les pertenece; sin mencionar el dia, mes ni era en que fué hecho, para que no pueda cometerse falsedad, segun lo previenen dos leyes de Partida⁴. Lo que actualmente se practica es dar testimonio al interesado con insercion á la letra de la cláusula que le compete, cabeza y pié del testamento, y nada mas, de lo cual no resulta perjuicio, falsedad ni fraude.

7. Prohibiendo el testador (por motivos que le asistan, y no necesita manifestar, ni deben indagarse) que su testamento ó parte de él se abra hasta el tiempo que prefine, ó que se publique y dé traslado de cláusula determinada que señala, debe observarlo así el juez; y si este entiende que puede resultar perjuicio de dar copia de alguna cosa que contenga, debe mandar que no se dé aunque el testador no lo haya prohibido⁵; y por eso es buena prevencion que el juez, sin separarse de la presencia de los testigos y escribano, lo lea para sí, por si contiene algo que no deba publicarse, como lo hacen los doctos y expertos que saben su oficio.

8. Si el testamento está dispuesto en cédula ó esquela simple ante el competente número de testigos hábiles para serlo, la presentará el heredero al juez con pedimento, expresando si el testador la escribió, ó quién, lo que pasó en aquel acto, y que por no haber escri-

1 Bas. *Theat. jurprud.* part. 1. caps. 5 y 6.

2 L. 1. tit. 2. part. 6. y *De his controversiis. ff. De transact.*

3 L. 25. tit. 11. part. 3.

4 LL. 103. tit. 18. part. 3 y 5. tit. 2. part. 6.

5 LL. 5 y fin. tit. 2. part. 6.

bano en el pueblo (ó per el motivo que haya habido) formalizó su disposicion en aquellos términos, y que falleció bajo de ella; y pretenderá que precediendo informacion de todo, y reconocimiento de las firmas de los testigos presenciales, se declare por testamento nuncupativo y última voluntad del difunto lo que contiene la cédula, se den á los interesados las copias y testimonios correspondientes, se protocolice todo en los registros del escribano ante quien se presente, y que á ello y á sus traslados interponga el juez la autoridad de su oficio en legal forma. En vista de este pedimento y cédula, la habrá por presentada, mandará recibir la informacion, y que evacuada se lleve para proveer; y estándolo, dará otra providencia, por la cual lo declarará todo por testamento nuncupativo y última voluntad del difunto, y deferirá á lo demas pretendido, de lo que se instruirá el escribano por las diligencias que se insertarán á continuacion. Si el testador lo dispuso de palabra ante el mismo número de testigos, se practicarán las propias diligencias, á excepcion de que en el pedimento se ha de pretender: *Que las deposiciones de los testigos se declaren por testamento del difunto*, omitir la presentacion de cédula, porque no la hay, y declaradas por testamento, valdrán como tal, aunque despues mueran los testigos: todo lo cual es conforme á una ley de Partida¹ que no está derogada ni corregida, y es lo que se practica. Lo mismo se observará con el que pase ante notario meramente eclesiástico.

1 L. 4. tit. 2. part. 6.

CAPITULO XXVI.

Prevenciones á los escribanos para el acierto en las materias de este título.

- | | |
|--|---|
| 1 El escribano debe instruir al testador en lo que este ha de hacer segun derecho, | 6 De las varias especies de fianzas que debe dar el usufrutuario. |
| 2 Cláusula perteneciente á fundaciones de obras pías que es nula por derecho. | 7 ¿Qué fianzas se deben dar de muebles y otras cosas que se consumen con el uso? |
| 3 Otra que tambien lo es, sobre que no deban dar cuenta los tutores. | 8 ¿Cuáles deben darse por razon de animales no productivos? |
| 4 No vale tampoco la cláusula derogatoria del fuero ó costumbre del pueblo del domicilio ó del arraigo. | 9 La cláusula sobre que no se quite á la viuda la tutela de sus hijos, aun cuando se case segunda vez, es nula. |
| 5 La cláusula que prohíbe al propietario la accion de obligar al usufrutuario á que inventarie los bienes del primero, es nula, á excepcion del caso en que le nombre heredero de ellos. | 10 Advertencias sobre el testamento de los extrangeros. |
| | 11 El nombramiento de futuro en orden á heredero no es válido. |

hacer informacion de ello; de la legalidad del escribano ante quien se otorgó, si ha muerto; de que al tiempo del otorgamiento vivian y estaban en el lugar, y de que eran personas que podian testificar, y hacer fe sus deposiciones; y si alguno conoce sus firmas, que las reconozca, ó se comprueben (pues todo conduce para la mayor estabilidad del testamento); y luego el juez lo mandará abrir en la forma explicada¹; y si quisiere rubricará sus hojas, sin embargo de que no es preciso, previniéndose así en la diligencia de apertura. Si el escribano ante quien se otorgó, vive, está en el lugar, y no se abre ante él, ha de reconocer tambien su signo y firma; bien que no es rigurosamente necesario por no mandarlo las leyes. La apertura del codicilo requiere la misma solemnidad.

6. No puede hacerse pacto, concierto ni transacion ántes de la publicacion del testamento cerrado sobre la herencia ó los legados que contiene, y si se hace es nula, porque puede haber dolo, y ser engañado el interesado en ellos²; por lo que aunque uno afirme con juramento que el testador le legó cierta cosa, demande al heredero sobre su entrega, y en virtud del juramento se la dé, si despues de abierto resulta ser incierto, debe restituírsela³. El juez debe mandar que se dé traslado íntegro del testamento á los herederos del testador, y á los demas interesados en él de solo lo que les pertenece; sin mencionar el dia, mes ni era en que fué hecho, para que no pueda cometerse falsedad, segun lo previenen dos leyes de Partida⁴. Lo que actualmente se practica es dar testimonio al interesado con insercion á la letra de la cláusula que le compete, cabeza y pié del testamento, y nada mas, de lo cual no resulta perjuicio, falsedad ni fraude.

7. Prohibiendo el testador (por motivos que le asistan, y no necesita manifestar, ni deben indagarse) que su testamento ó parte de él se abra hasta el tiempo que prefine, ó que se publique y dé traslado de cláusula determinada que señala, debe observarlo así el juez; y si este entiende que puede resultar perjuicio de dar copia de alguna cosa que contenga, debe mandar que no se dé aunque el testador no lo haya prohibido⁵; y por eso es buena prevencion que el juez, sin separarse de la presencia de los testigos y escribano, lo lea para sí, por si contiene algo que no deba publicarse, como lo hacen los doctos y expertos que saben su oficio.

8. Si el testamento está dispuesto en cédula ó esquela simple ante el competente número de testigos hábiles para serlo, la presentará el heredero al juez con pedimento, expresando si el testador la escribió, ó quién, lo que pasó en aquel acto, y que por no haber escri-

1 Bas. *Theat. jurprud.* part. 1. caps. 5 y 6.

2 L. 1. tit. 2. part. 6. y *De his controversiis. ff. De transact.*

3 L. 25. tit. 11. part. 3.

4 LL. 103. tit. 18. part. 3 y 5. tit. 2. part. 6.

5 LL. 5 y fin. tit. 2. part. 6.

bano en el pueblo (ó por el motivo que haya habido) formalizó su disposicion en aquellos términos, y que falleció bajo de ella; y pretenderá que precediendo informacion de todo, y reconocimiento de las firmas de los testigos presenciales, se declare por testamento nuncupativo y última voluntad del difunto lo que contiene la cédula, se den á los interesados las copias y testimonios correspondientes, se protocolice todo en los registros del escribano ante quien se presente, y que á ello y á sus traslados interponga el juez la autoridad de su oficio en legal forma. En vista de este pedimento y cédula, la habrá por presentada, mandará recibir la informacion, y que evacuada se lleve para proveer; y estándolo, dará otra providencia, por la cual lo declarará todo por testamento nuncupativo y última voluntad del difunto, y deferirá á lo demas pretendido, de lo que se instruirá el escribano por las diligencias que se insertarán á continuacion. Si el testador lo dispuso de palabra ante el mismo número de testigos, se practicarán las propias diligencias, á excepcion de que en el pedimento se ha de pretender: *Que las deposiciones de los testigos se declaren por testamento del difunto*, omitir la presentacion de cédula, porque no la hay, y declaradas por testamento, valdrán como tal, aunque despues mueran los testigos: todo lo cual es conforme á una ley de Partida¹ que no está derogada ni corregida, y es lo que se practica. Lo mismo se observará con el que pase ante notario meramente eclesiástico.

1 L. 4. tit. 2. part. 6.

CAPITULO XXVI.

Prevenciones á los escribanos para el acierto en las materias de este título.

- | | |
|--|---|
| 1 El escribano debe instruir al testador en lo que este ha de hacer segun derecho, | 6 De las varias especies de fianzas que debe dar el usufrutuario. |
| 2 Cláusula perteneciente á fundaciones de obras pías que es nula por derecho. | 7 ¿Qué fianzas se deben dar de muebles y otras cosas que se consumen con el uso? |
| 3 Otra que tambien lo es, sobre que no deban dar cuenta los tutores. | 8 ¿Cuáles deben darse por razon de animales no productivos? |
| 4 No vale tampoco la cláusula derogatoria del fuero ó costumbre del pueblo del domicilio ó del arraigo. | 9 La cláusula sobre que no se quite á la viuda la tutela de sus hijos, aun cuando se case segunda vez, es nula. |
| 5 La cláusula que prohíbe al propietario la accion de obligar al usufrutuario á que inventarie los bienes del primero, es nula, á excepcion del caso en que le nombre heredero de ellos. | 10 Advertencias sobre el testamento de los extrangeros. |
| | 11 El nombramiento de futuro en orden á heredero no es válido. |

- 12 El testador puede prohibir que se abra su testamento cerrado ó parte de él, hasta el tiempo que tenga á bien prefiar.
- 13 Lo mismo puede hacer en testamento nuncupativo, á cuyo fin se conservarán cerradas las hojas que no deben publicarse.
- 14 El testamento puede otorgarse á cualquiera hora del día ó de la noche.
- 15 No debe el escribano designar persona al testador cuando le pregunta á quién instituye por heredero.
- 16 ¿Cómo debe conducirse el escribano cuando el testador no pueda pronunciar con claridad?
- 17 ¿Qué debe hacer cuando el testador padece demencia con lúcidos intervalos?
- 18 ¿Cómo ha de haberse con el testador que no habla ni entiende el idioma?
- 19 ¿Por qué razones no puede el escribano autorizar un testamento cerrado en que es instituido heredero?
- 20, 21 y 22. ¿En qué manera debe conocer el escribano al testador para la validez del testamento?
- 23 ¿Qué legados ó limosnas son válidas cuando se hacen en favor de los religiosos de S. Francisco?
- 24 Sobre el legatario del tercio entre los ascendientes.

1. Debe instruir el escribano al testador de lo que previenen las leyes á fin de que arregle á ellas sus disposiciones, pues aunque tenga libre voluntad de hacer de lo suyo lo que le parezca, siempre es con sujecion á derecho¹.

2. Está reprobada por la ley la cláusula siguiente: *Prohibo á los arzobispos, obispos ó sus vicarios, que celen sobre el cumplimiento de las cargas y administracion de bienes de la capellanía ó memoria de misas que dió fundadas, y mando que si se entrometiesen en su conocimiento, se conviertan en otros fines los bienes afectos á ella, y en este caso la revoco y anulo en todas sus partes.* Es nula esta cláusula: 1.º porque ningun testador puede privar á la jurisdiccion eclesiástica del conocimiento y accion que le conceden los sagrados cánones en las mandas piadosas: 2.º porque una vez erigidos los bienes en capellanía ú otra fundacion eclesiástica, aceptados por esta jurisdiccion y sujetos á ella, no queda facultad al dueño de desposeerlos de la nueva condicion legal que han adquirido; 3.º porque dicha cláusula se opone á los mismos fines del testador, que son asegurar la fundacion hecha y la aplicacion de sus bienes á su debido objeto; pues si se inhibiese de su vigilancia en estos puntos á quien de derecho corresponde, se cometerian fraudes que hiciesen ilusorias dichas disposiciones. La revocacion que incluya la cláusula inserta, no tiene lugar despues de confirmada y aceptada la fundacion, pues ya no es dueño de volverse atras el que la hizo.

3. Tampoco debe cumplirse la cláusula en que los testadores suelen prohibir que á los tutores de las personas y bienes de sus hijos se

¹ L. 32. tit. 9. part. 6.

les pida cuenta de su manejo é inversion, pues el derecho manda que la den.

4. Si el testador manda que no valga la costumbre y fuero que hay en el lugar de su domicilio, ó del en que tiene bienes en cuanto á lo que en su testamento deja ordenado y dispuesto, y que se observe solamente el contexto de su testamento, y no la costumbre ni fuero, no se observará su voluntad: y la razon es porque ninguno puede derogar el derecho público y costumbre inconcusamente observada, que tiene fuerza de ley, y solo podrá hacerlo cuando es personalísimo á él mismo.

5. Se estimará por irrita y nula si dejando á alguno por heredero usufruario de sus bienes, y á otro por propietario, manda que este no pueda compeler á aquel á inventariarlos, ni dar fianzas de restituírselos, y usar de ellos como es obligado; porque el que adquiere derecho á su propiedad, en el instante que el testador fallece es el propietario, el cual queda por legítimo y verdadero dueño de ellos, y por esta razon puede pedir, y se le debe dar la posesion de su dominio directo desde entónces, y la del útil para desde el dia siguiente al en que el usufruto espire, pues mientras dura está suspenso; pero finalizada se consolida con la propiedad, y no necesita el propietario tomar nueva posesion para gozarlo: por lo que puede compeler al usufruario á la formacion del inventario ó descripcion de los bienes, con asistencia suya, y á que dé fianzas saneadas de restituírselos y no disiparlos, y le entregue los títulos de su pertenencia, si los tiene; pero si además del usufruto de los bienes le deja por heredero de algunos, no necesitará inventariar estos últimos.

6. Las fianzas son de varias especies: si los bienes que ha de usufrutar son raices, v. g. tierras, viñas, olivares, huertas, montes, dehesas ó ganados productivos, en quienes se verifica propiamente usufruto porque producen, y su producto es distinto y se separa de la propiedad; ó casas, que aunque por su naturaleza no producen, se verifica en ellas no solo el usufruto, sino uso y habitacion ó comodidad, ha de darla de usarlos y gozarlos á arbitrio de buen varon, conservando su propiedad de tal suerte que por su culpa ú omision no se destruyan ni deterioren para volverlos y restituírselos á sus herederos en el mismo estado que los recibió; y el modo de usarlos á arbitrio de buen varon es labrar las tierras, viñas y olivares como buen labrador, y si algunas cepas, olivos ó árboles se secan ó arrancan, plantar otros, dar de comer y tratar bien á los ganados, y si algunos fallecen reemplazarlos con los hijos que procreen, y hacer en las casas y edificios para su subsistencia y conservacion los reparos menores que necesiten, v. g. retejos, blanqueos, composturas de puertas y ventanas, y otras semejantes, que cada uno no exceda de cien-

to y cincuenta reales; pues los mayores, v. g. si se hunde la casa ó parte de ella por caso fortuito, ó amenaza ruina alguna pared, y todos los que exceden de dicha cantidad, segun la común práctica y estimacion de la corte, son de cuenta del propietario, el cual como dueño debe ejecutarlo del mismo modo que si la usufrutuara, porque estos reparos no solo miran á que la casa no se deteriore, sino á que no perezca. Todo lo cual se entiende, á ménos que la ruina provenga de culpa ú omision del usufrutuario, que entónces puede ser compelido á repararla á sus expensas ó del inquilino, pues estará obligado á lo mismo, porque debe saber y mirar á quién la alquila, y cómo la usa; sobre lo cual véase á Castillo *De usufruct.* cap. 15 y siguientes.

7. Si son muebles ó cosas de las que se cuentan, miden ó pesan, y se consumen enteramente con el uso, en el cual consiste su usufruto, y guardándolos no pueden conservarse regularmente mas de tres años, v. g. vino, trigo, aceite, miel y otras semejantes (por lo que su usufruto se llama *cuasi usufruto*), y el testador los deja en su casa, trox ó bodega, podrá el usufrutuario dar la fianza alternativa, que es de restituir la cosa reservada: quiero decir, que si estos bienes se valuan y aprecian, como debe hacerse al tiempo que se entregan al usufrutuario, la dará de restituir el mismo valor y estimacion, ú otros tantos del propio género, calidad y bondad; si no se valuan, de volver otros iguales en especie, número, peso, medida y valor; y si es dinero, la cantidad misma que recibe: y la razon es, porque de estos bienes se le trasfiere el dominio, y puede hacer lo que quisiere, lo que no sucede con los expresados en el número precedente. Pero si cuando el testador fallece, no estan cogidos ni separados del suelo, sino pendientes y mostrados en el campo ó árboles que los producen, nada de ellos debe restituir el heredero usufrutuario, ni por consiguiente dar fianza, porque por el mismo hecho de haber sido instituido por heredero, los hace suyos, y como tales se contemplan parte del fundo y no cosa distinta; además que el heredero no concede usufruto de usufruto, ni servidumbre de servidumbre¹. Pero si las tierras estan sembradas ó beneficiadas, y no aparecen los frutos, se han de apreciar las labores y semillas, y de su importe contituir la fianza alternativa mencionada. Lo cual procede ya sean propias del testador ó ajenas las fincas que los producen; pues siendo locadas, cumple con satisfacer su arrendamiento del fruto, como hipotecado tácitamente por ministerio legal á su solucion, al modo que lo pagaria el testador, y asimismo debe pagar las demas alhajas, aunque hayan sobrevivido al usufruto², y á ello puede ser compelido, porque quien se lleva el provecho debe sufrir el gravámen³.

1 L. 1. ff. *De usufruct. legato.*

2 L. 22. tit. 31. part. 3.

3 L. 13. tit. 33. part. 7.

8. Si el usufruto es de animales no productivos, v. g. machos, bueyes &c., en los cuales se verifica mero uso, debe dar la fianza de usarlos á arbitrio de buen varon, sin estar obligado á responder de su estimacion, pérdida, muerte ni deterioro, á ménos que provenga de culpa suya. Lo mismo ha de practicar con los muebles que no se consumen ó aniquilan, sino que se envejecen y deterioran con el uso, v. g. trastos de casas, vestidos y otros semejantes, porque en ello se verifica solamente uso, y debe obrar la propia disposicion legal: por lo que si con el continuado uso se mueren ó consumen algunos, ó ponen en estado tan deplorable que quedan inútiles, cumple con restituirlos de la suerte en que se hallen, y no está obligado á responder de los que perecieron sin culpa¹; pues de lo contrario se verificaria que el testador no le deja mas que trabajo en custodiarlos y conservarlos, y que léjos de beneficiarle, le perjudica. Se previene que cuando uno de los cónyuges queda por usufrutuario de los bienes del otro, debe hacer inventario ó descripcion, particion y separacion de todos con asistencia del propietario ó de quien su poder tenga, para que se sepa los que entra á usufrutuar, y sus herederos han de restituir; pues de no hacerlo así, servirá de confusion y pleitos, y con dificultad se podrá averiguar el caudal de ambos: y asimismo que si los bienes ó parte de ellos consisten en tierras que estan barbechadas ó sembradas, y no se ve el fruto, se han de dividir por mitad, como gananciales, las labores y semillas echadas en ellas; lo que no deberá hacerse estando los frutos pendientes y mostrados.

9. Es reprobada por derecho la voluntad del testador en cuanto manda: que aunque su muger se case segunda vez no pierda ni se le quite la tutela y administracion de los bienes de sus hijos²: porque suele amar tanto al nuevo marido que olvida enteramente el cuidado de ellos, y aun muchas veces maquina su daño³. Lo mismo sucede respecto de la abuela; y así no solo se quitará á las dos la tutela, sino que se sacarán los hijos y nietos de su poder, quedando sus bienes y los del nuevo marido tácitamente obligados á la responsabilidad del deterioro que hayan padecido los de sus hijos durante la tutela. Si estos quedan huérfanos de padre en la edad pupilar sin tutor, y su madre no pide al juez que se le nombre, pierde el derecho de heredarlos, en caso que mueran intestados; y lo mismo sucede á los parientes que deben heredarlos *ab intestato*⁴.

10 El extranjero no domiciliado en el reino donde vive á la sazón que hace su testamento, debe tener presente que si la ley, es-

1 Castill. *De usufruct.* caps. 17, 18 y 77.

Ayor. *De partit.* part. 2. q. 24.

2 L. 5. tit. 16. part. 6.

3 L. 4. tit. 16. part. 6.

4 LL. 5 y 12. tit. 16. part. 6. Greg. Lop. en dicha ley 12. gl. 3 y 4. Gutier. *De tutel.* part. 1. cap. 5 y 19.

statuto ó costumbre de él habla simple é indistintamente, se amplía y extiende á todos los que lo habitan, aunque no sean regnicolas, por cuya razon han de observar la solemnidad establecida; pero si habla con cierto número de personas, no está obligado á observarla, y solo deberán ceñirse á ella aquellos con quienes habla determinadamente, porque en las cosas que miran á la solemnidad del juicio, se atiende únicamente al lugar donde se celebra el acto; mas en las que conciernen á la sustancia y decision de la causa, al lugar y fuero de la persona actora, pues la ley no puede legitimar la del que no es súbdito suyo¹. Si está domiciliado y tiene bienes en el reino y en su patria, ha de disponer de aquellos conforme á las leyes de él, y de estos segun las de su patria, y no de todos de un mismo modo: porque la ley ó estatuto no puede extender sus efectos fuera de los límites á que se extiende la potestad del legislador, ni por consiguiente comprende á los bienes situados fuera de ellos, ni á persona que no es en aquella parte súbdita suya. Lo mismo procede para con el hijo de familia que fallece en otro reino² en cuanto á poder ó no testar, como he sentado en el párrafo 32 del capítulo 1 del Testamento. Lo propio deberá observar por idéntica razon, aunque no sea extranjero, si posee bienes en estado que se gobierne por legislacion especial, pues con arreglo á ella se han de partir los bienes que en cada parte tenga³.

11 Si el testador nombra heredero en su testamento ó en poder para testar en esta forma: *Quiero que sea mi heredero el sujeto ó persona cuyo nombre tengo escrito de mi puño en un papel ó memoria que está en tal gaveta, ó en poder de Fulano* (nombrándolo), *ó el que Pedro tiene instituido en su testamento*, y concurre á su otorgamiento el competente número de testigos que oigan esta expresion, no se detenga el escribano en autorizarlos; pues siendo arreglados, verificándose el nombramiento en papel, y no dudándose de la fe de la memoria ó cédula privada, serán válidos: pero no si hablare de futuro, v. gr.: *Quiero que sea mi heredero el que escribiere de mi puño, ó que Fulano instituyere*; la razon es porque en este caso no se nombra persona cierta como en el otro⁴.

12 Puede prohibir el testador que su testamento cerrado ó la parte que de él lo sea, se abra y publique hasta el dia que prefine⁵; y por consiguiente puede ser en parte abierto y en parte cerrado un

1 Gom. en la ley 3. de Toro n. 20.

2 Acev. en la ley 4. tit. 4. lib. 5. R. n. 15.

3 Gom. en la ley 5. de Toro n. fin.
Recuérdese lo dicho sobre extranjeros en el cap. 2. tit. 1. lib. 1. y en el cap. 1. de este título.—E.

4 Gutier. Repet. leg. Nemo potest. n. 243. y

lib. 2. Pract. q. 41. ns. 4 y 5. Castill lib.

4. Controv. cap. 20. n. 29 y sig. Mantie.

De conject. ley 4. tit. 4. n. 6 y sig. Albarad

De conject. mente defuncti. ley 3. cap. 2. § 1. n. 2. Matienzo ley 1. tit. 4. lib.

5. R. gl. 16. n. 18.

5 LL. 5 y 6. tit. 2. part. 6.

mismo testamento. El motivo porque los testadores suelen imponer esta prohibicion, es porque si tienen algun hijo pupilo, ó loco ó fatuo, y lo sustituyen ó le dejan algun legado, nombrando á otro á su goce en caso que fallezca dentro de la pubertad, ó que sea incapaz de testar, no maquine su muerte el sustituto por heredarle¹; y la cláusula se ordena en el otorgamiento de esta forma: *Mando que hasta tal dia de tal mes y año, de ningun modo se abran ni publiquen tales hojas, (ha de expresar cuantas son) cosidas (ó cerradas, segun esten) dentro de este cuaderno: que se cumpla inviolablemente lo que en sus cláusulas dejo dispuesto y ordenado: y que lo demas del citado testamento se abra y publique con la solemnidad prescrita por derecho luego que se verifique mi fallecimiento: y encargo al señor juez que de su apertura conociere, no altere ni permita se tergiverse ni interprete total ni parcialmente esta disposicion; porque así conviene, y es mi deliberada voluntad.*

13 Si el testamento es nuncupativo, se han de cerrar las hojas que el testador prohíbe que se publiquen, y en lo que queda abierto expresar con toda claridad las que son, y cuantas cláusulas contienen, pero no su contexto. Si el testador puede escribirlas ó firmarlas, lo ejecutará, porque esto es lo mas seguro (a). La solemnidad de cinco testigos no vecinos, ó tres que lo sean, es suficiente en su otorgamiento. Si es cerrado, se cerrarán igualmente las hojas, y el otorgamiento será el regular, añadiendo solamente la cláusula que dejo extendida en el párrafo precedente.

14 El testamento, como acto puramente extrajudicial, puede otorgarse de dia y de noche, al modo que los contratos. Cuando el escribano tome la minuta ó razon de él para extenderlo, ha de estar solo con el testador, sin permitir que otro alguno, aunque sea su confesor, lo presencie sin su expreso mandato, para evitar de esta suerte toda sugestion, especialmente si se halla enfermo, y dejarle en libertad de explayar su voluntad, y descargar libremente su conciencia; pues la experiencia ha acreditado que de lo contrario suelen hacerse unas disposiciones violentas, repugnantes y perjudiciales, que no sirven de otra cosa que de discordias y pleitos. Nadie ha de saber su contexto, si es abierto, hasta el acto del otorgamiento que deben presenciar únicamente los testigos; pero si la enfermedad se agrava de manera que no dé tiempo para tomar la razon, entónces podrán asistir estos á la toma de la razon, y la firmarán, á fin de que, precedidas sus contestes disposiciones, se reduz-

1 L. 6. tit. 2. part. 6.

(a) Colom en su Instruccion jurídica de escribanos, abogados &c. lib. 3. cap. 4. n. 8. aconseja, que en la cubierta de dichas hojas se ponga: „E te pliego cerrado contiene den-

tro parte de mi testamento último, que es mi voluntad se abra en tal tiempo y no antes, y se declare por mi última disposicion, llevándose á su debido efecto el referido testamento.”—E.

ca á escritura pública, y se declare por testamento y última voluntad del testador como si la hubiera hecho en cédula ante ellos sin escribano; y aunque para evitar estos gastos puede este extenderlo con arreglo á ella, leerlo luego ante los mismos testigos, y hacer que lo firme uno de ellos en el protocolo, por estar ya otorgado formalmente, quedándose con la minuta por lo que pueda ocurrir si se dudare de su contexto, lo mas seguro es lo expuesto, para que no se arguya de nulidad por faltar su lectura y publicacion despues de extendido. Pero sin embargo de que el testamento sea nuncupativo, á nadie mas que al testador mientras vive debe manifestarlo, ni revelar su contexto, no obstante que para ello se pretexto que es instrumento público, pues se llama así porque se otorga ante persona con autoridad pública y testigos; pero no es público para otros mas que para estos, por lo que tampoco debe dar copia ni testimonio, ni parte de él á otro que al testador; y despues de su muerte solo á los interesados, y únicamente de la parte que les corresponda ¹.

15 El escribano debe preguntar indiferentemente al testador á quién deja por su heredero, sin nombrarle ni traerle á la memoria sujeto alguno, ni hacerle señas, pues la pregunta ha de ser verbal, clara, y en términos generales, para que de esta suerte se conozca que la respuesta es producida y nacida de su libre voluntad. Sin embargo si él ó cualquiera otra persona que no sean interesados ni sospechosos, se le nombrasen diciéndole: *Si instituye por heredero á Fulano*, y responde que sí á presencia de los testigos, bastará; porque ya manifiesta su voluntad, y no la confiere en la de tercero, como dicen los autores ² y dejó expuesto.

16 Si le llaman para hacer el testamento del que está convulso y tiene trabada la lengua, de suerte que aunque hable es lo mismo que si nada profiriera, porque no se le entiende, ó del que ha perdido enteramente el habla, que es propiamente mudo, no autorice semejantes disposiciones: porque es preciso que el testador manifieste su voluntad con palabras claras y perceptibles, y no bastan señas, aunque responda haciéndolas con la cabeza ³; bien que algunos dicen que son suficientes, pero yo no seguiré esta opinion por ser contra derecho. Pero si se le entiende lo que habla, puede testar, aunque esté tardo en la pronunciacion, y tambien cuando sabe leer y escribir, y escribe por sí mismo su testamento. Todo lo referido no se entiende de los codicilos, pues estos pueden hacerse por

¹ L. 103. tit. 18. part. 3.

² Gom. en la ley 3. de Toro n. 110 y sig. Matienzo en la l. tit. 4. lib. 5. R. l. 16. n. 4. al 9. Cast. lib. 4. *Controv.* cap. 27.

n. 14. *Mantic. De conject.* lib. 2. tit. 6. n. 9.

³ Gom. en la ley 3. de Toro n. 110. *Contrav. cap. Cum tibi n. 4. De testam.*

señas, estando el otorgante en su juicio, como lo afirma Gomez en la ley 3 de Toro, núm. 111, apoyándolo con varios textos civiles; pero aconsejó al escribano que no lo haga, aunque por hacerlo no incurrirá en pena (a).

17 Queda explicado que el loco puede testar principiando y concluyendo su testamento durante los lúcidos intervalos. Y para evitar dudas y controversias sobre si lo hace ó no dentro de ellos, dirá el escribano á algun hijo ó pariente de él, que acuda al juez haciendo relacion de la enfermedad del paciente, y que algunas veces está en su acuerdo, con la solicitud de que dé facultad al escribano para que del mejor modo que pueda explore su voluntad, con asistencia de médico y cirujano que previamente declaren con juramento si está ó no capaz, y estándolo ordene su testamento ante ellos y el competente número de testigos, y todo se ponga por testimonio; y obtenida la judicial facultad, declararán conforme á la ley el médico y cirujano si está ó no en su juicio, y constandingo estarlo, y pareciendo lo mismo al escribano, y no de otra suerte (pues no se ha de fiar de lo que otros dicen, sino de lo que vea y advierta por sí para dar fe), á su presencia y á la de los testigos prevenidos por la ley ó mas, preguntará al testador todo lo concerniente á su última disposicion, y especialmente al nombramiento de heredero, y otras cosas, aunque sean contrarias á sus mismas respuestas, ó no vengán al caso, para cerciorarse mas bien de la sanidad actual de su juicio y de la firmeza de su voluntad, y practicará todo lo demas que le dicte su prudencia, y sea conducente á evitar dudas, portándose con la mayor madurez, imparcialidad y reflexion, sin dejarse llevar de passion ni interes, é irá extendiendo lo que le responda, y las declaraciones del médico, y cirujano á continuacion de la providencia judicial, y no pasará á extender una cláusula ántes que satisfaga á la anterior. Si sabe y puede firmar, hará que lo firme con todos los concurrentes que supieren, y luego lo autorizará; y evacuado todo, se presentará al juez, á fin de que lo apruebe para su mayor validacion, precediendo el exámen de todos los concurrentes al acto.

18 Si el testador ni habla ni entiende el idioma del escribano, escribirá por sí mismo su testamento á presencia del escribano y testigos. Si no pudiese escribir, porque su enfermedad no se lo permita, se buscará un sujeto que entienda su idioma, y le dictará su disposicion; despues la leerá por sí mismo el testador, ó se la leerá el interprete, y la firmará. Los testigos y el intérprete, firmarán tambien, y rubricarán á mayor abundamiento todas las hojas, y el escribano autorizará en forma este testamento, expresando en él todo lo

(a) Recuérdese lo que ha dicho el autor en el número final del cap. XVIII de este libro.

ocurrido. En un caso semejante lo que importa es asegurar la identidad del papel donde está escrita y consignada la voluntad del testador, y esto se consigue por el medio indicado, evitándose en lo posible los fraudes que pueden cometerse en los testamentos de extranjeros que no entienden el idioma del país en que testan. Si en el pueblo hubiere un intérprete autorizado por el gobierno, deberá buscársele con preferencia; ó por mejor decir, solo en su falta es cuando otra persona cualquiera inteligente en la lengua del testador hará sus veces. El interesado en la herencia solicitará que se traduzca esta disposición, que los testigos reconozcan sus firmas y depongan lo que pasó ante ellos, y que el juez la declare por testamento. Es verdad que los testigos no podrán serlo de lo que no entendieron, pero servirán sus dichos para probar que no se cometió fraude alguno ántes ni después del otorgamiento. *Sin embargo, opinamos con Escriche¹, que esta doctrina que sientan algunos autores y que no está apoyada en las leyes, no deja de presentar dificultades de consideración. Si para evitar todo género de fraude deben los testigos ver, oír y entender al testador, ¿cómo podrá decirse que le entienden cuando suponemos que se explica en una lengua que les es desconocida? Es cierto que entienden al intérprete; pero por eso podrán llamarse solo testigos del intérprete y no del testador. Aquel será sin duda persona muy respetable y digna de todo crédito; mas para que nos conste en debida forma la voluntad del que dispone de sus bienes para después de su muerte, quiere la ley positivamente que nos la testifiquen por sí mismos y no con referencia á otro, cuando ménos tres sujetos que sean tan fidedignos como los intérpretes mas autorizados. Parece pues que no puede considerarse válido el testamento de un extranjero que ignora el idioma vulgar, si no asisten á su otorgamiento un escribano y tres intérpretes ó testigos que entiendan bien lo que dice*.

19. Por dos razones no puede el escribano autorizar el testamento cerrado en que está instituido heredero. La primera, porque el heredero y fideicomisario universal tienen prohibición de ser testigos, y de escribirse por herederos en el testamento segun el senadoconsulto liboniano (*), y el escribano hace veces en él de dos testigos. La segunda, porque su aprobacion y autoridad se requiere esencialmente para su validacion; pero puede autorizar su testamen-

¹ Diccionario de Legisl. art. Intérprete.
(*) Aunque la prohibición del senadoconsulto liboniano no está adoptada expresamente en ninguno de nuestros cuerpos legales, se halla admitida en la práctica por nuestros tribunales superiores. Véase á Elizondo *Práct. univ. forense*, tom. 3. n. 3. pag. 80. *Febrero, reforma.* *A nosotros parece que la doctrina del ci-

tado senadoconsulto está admitida en la cédula de 15 de noviembre de 1781, allí: *Contra la regla del senadoconsulto Liboniano, que previene y prohíbe pueda escribir para sí legado ó herencia.* Esta cédula es la ley 16. tit. 20. lib. 10. N. en la que están omitidas las palabras citadas; pero se encuentra íntegra en el *Tratado de la legislación*, tom. 23. pag. 79.— E.

to cerrado y nuncupativo por sí con la solemnidad legal, porque como trata de su propio negocio á nadie daña¹. También puede autorizar el nuncupativo en que es establecido heredero, interviniendo la solemnidad de testigos, y demas requisitos prescritos por la ley cuando no concurre escribano, y deponiendo luego los mismos testigos de su tenor, como si ante ellos solos lo formalizara en cédula (á cuyo efecto firmarán el protocolo, y rubricarán sus hojas para que no se presuma suplantacion ó engaño); porque la fe y autoridad que se da al testamento no consiste solo en que el testador permita que un tercero se instituya ó escriba por su heredero, sino en que lo presencien los testigos necesarios, y les manifieste su voluntad, á fin de que si duda de su contexto, puedan deponer de él, y no se cometa fraude. Lo mismo sucede con otro cualquier instrumento que no sea á su favor, haciendo protocolo y observando la solemnidad y formalidad prevenidas por derecho, porque en el escribano concurren dos conceptos, uno público y otro privado, y puede usar de ambos en un mismo acto, como también separadamente, ó en distintos, de cada uno².

20. Se duda si en el testamento ó en otra última disposición es requisito preciso para su estabilidad, que el escribano dé fe del conocimiento del testador, ó bastará que depongan de él dos de los testigos instrumentales, al modo que para los contratos lo manda una ley recopilada³. Algunos autores dicen que por lo que puede ocurrir en lo sucesivo, y para que se sepa si el testador es ó no el mismo que expresa ser, debe intervenir uno de dichos requisitos; y otros siguen la contraria opinion, porque el testamento no es contrato obligatorio, del que pueda irrogarse perjuicio á tercero, sino una manifestacion de la última voluntad que el testador tiene potestad de revocar hasta su muerte.

21. Mi dictámen, conformándose con el de estos autores, es que ninguno de los dos requisitos es preciso, y que aun cuando la ley 51. tit. 18. Part. 3. que trae la forma de ordenar los instrumentos, dice... *é debe ser muy acucioso el escribano de trabajarse de conocer los omes á quien hace las cartas, quién son, é de qué lugar, de manera que non pueda há ser fecho ningun engaño*, y la citada de Recopilacion manda al escribano que si no conociere á alguna de las partes que quisiere otorgar el contrato ó escritura, no la haga ni reciba, á ménos que presente dos testigos que digan que la conocen, expresando de donde son vecinos, y que si las conociere dé fe de su conoci-

¹ Frago de *regimine Reipublicae*, part. 1. lib. 5. disp. 13. § 11. n. 314. y sig. Molin. *De justit. et jur.* tit. 1. disp. 125. ns. 2. 3 y 5.
² Angel. in § *Idem juris*. n. 32. *Instit. De*

exception. Parlad. lib. 2. *Rer. cap.* 20. n. 23
³ L. 14. tit. 24. lib. 4. R., ó 2. tit. 23. lib. 10. N. Matienzo en la 2. tit. 4. lib. 5. R. gl. 7. n. 6.

miento; esto debé entenderse en los contratos, y aun en estos conviene mas esta diligencia á los contratantes por el perjuicio que se les puede causar de ignorar con quien contratan, que no al escribano, pues este no sirve de otra cosa que de autorizarlo y ordenarlo conforme á derecho para su mayor estabilidad, y de un testigo público, á fin de que los contrayentes no puedan retraerse: por lo que en diciendo: *que lo otorgaron así, y expresaron tener aquellos nombres y apellidos*, y dando fe de ello, parece que á nada mas estará obligado; y si cuando el escribano y testigos no conocen á los otorgantes, se da por contento aquel á cuyo favor se celebra el contrato, del conocimiento del otro, no corre riesgo ni se anula, aunque carezca de este requisito, ni resultará cargo contra el escribano, porque como no hay engaño, cesa el fin de la ley. Si esto procede en los contratos, con mas razon debe tener lugar en los testamentos y últimas disposiciones, en que no puede resultar perjuicio á tercero; por lo cual aunque carezca de los requisitos mencionados, no lo anulan las leyes citadas ni otra alguna, y seria cosa durísima que por no tenerlos fuese nulo el testamento, ó no pudiese el testador manifestar su voluntad y descargar su conciencia.

22. Esta opinion se funda ademas en que si alguno de dichos requisitos fuera sustancial y de esencia para la validacion de los testamentos y últimas voluntades, lo prevendrian las leyes recopiladas y de Partida que tratan de su ordenacion y solemnidad¹; no permitirian otras que los peregrinos y romeros testasen, ni realmente podrian testar, porque en tierra extraña de nadie son conocidos²; *y porque seria cosa durísima, como dice Escriche³, que un hombre que se hallase á punto de morir en parage donde nadie lo conociese, no pudiese declarar su voluntad, ni descargar su conciencia*. Por estas razones soy de sentir, y aconsejo al escribano, que aunque no conozca al testador, ni haya quien le conozca, no deje de autorizar su testamento, pues es menor inconveniente que carezca de esta circunstancia, que el que muera intestado. Pero para poder dar fe de su conocimiento, ya sea en contrato ó última disposicion, no es menester que sea de su lugar, ni que le haya tratado desde niño, basta que lo haya visto y hablado tres veces, y sepa que comunmente se le llama por el nombre y apellido que dice tener, y que por tal es conocido.

23. Sin embargo de que los religiosos de San Francisco son incapaces de adquirir y retener bienes temporales, y de ejercer por sí ninguna accion civil, como no se les prohíbe admitir para uso y

1 LL. 1 y 2. tit. 4. lib. 5. R. 6 tit. 18. lib. 10. N. 103. tit. 18. part. 3.
2 LL. 30. tit. 1. part. 6. y 2. tit. 12. lib. 1.

R. 6 tit. 30. lib. 1. N.
3 Dictionar. de Legisl. art. Testamento.

sustento las limosnas de los fieles, para évitár que no extendiendo, como corresponde atenta su regla, las cláusulas de herencias y legados que les dejen, queden privados de ellos, debo advertir al escribano, que si los legados son de trigo, cebada, aceite, vino ó bienes muebles, de los que pueden usar lícitamente en propia especie para su sustento ó para otra cualquiera necesidad: v. gr. materiales para obras, cálices, casullas, albas y otras cosas para decir misa; sábanas, mantas, colchas y colchones para la enfermería; libros para estudiar; sitio para fundar, ensanchar ó alargar su convento, ó hacer huerto para su uso &c., valen, ya se hagan á los conventos ó á cualquiera de sus religiosos, y pueden admitirlos. Pero si las cosas legadas son tales que no pueden usarlas: v. gr. una vacada, yeguada, manada de ovejas, colmenas, barras de plata, oro, armas ú otras semejantes, tierra, viña, olivar, casa, censos ú otros derechos perpetuos, y se las dejan para que las posean y usen, ó las vendan por sí mismos, y con su producto remedien sus urgencias, no vale el legado, ni pueden admitirlo; y así para que no carezcan de esta limosna, ni la voluntad del testador deje de cumplirse, ha de extender la cláusula en esta forma: *Mando que tal cosa* (la que sea) *se dé al síndico de tal convento de San Francisco, para que en nombré de la Silla Apostólica, ó en el mio, la trueque, venda ó enagene, y con su precio remedie las necesidades de sus religiosos; cuya manda y limosna le hago en los términos, via y forma que mejor lugar haya en derecho, á efecto de que no caduque, ántes bien sea válida y admisible, y logren el alivio que les deseo.* Tambien puede mandar el testador á sus testamentarios que hagan lo mismo que el síndico, dándoles poder para ello, porque lo contrario es opuesto á la mendicidad apostólica; por cuya razon no pueden admitir herencias ni legados dejados en otra forma, segun lo tienen declarado varios sumos pontífices. Del mismo modo se ha de poner la cláusula de legado de débitos que el testador tenga á su favor, ó de dinero que quiera dar de limosna á los religiosos ó á sus conventos: y si quisiere imponerles alguna carga de misas ú otra, se expresará en la cláusula la que sea. Pero de lo que se les deja para la sacristía ó culto divino, ya sea ó no perpetuo, no tienen prohibicion de admitirlo, porque no es para ellos. Todo lo cual tendrá presente el escribano, consultando en caso de duda, si el tiempo se lo permitiere, con religiosos de la órden bien instruidos en sus reglas, para proceder con acierto, y que no queden privados de las limosnas de los fieles; y para mayor seguridad podrá ver el Manual de escribanos escrito por el P. Fr. Diego Bravo, añadido á la exposicion de la Regla de San Francisco que compuso el P. Fr. Diego Navarro, en cuyo Manual trae extendidas Muchas cláusulas, y explica lamente lo que se debe observar para el fin referido y otros.

24. Estan persuadidos los escribanos que el legatario del tercio, aunque sea extraño, es heredero del descendiente en los mismos términos que su ascendiente, y bajo este concepto ordenan la cláusula de institucion, nombrando á ambos por sus herederos en su respectivo haber en esta forma: *Instituyo por mis herederos á Pedro mi padre en las dos terceras partes, y á Juan mi criado en la otra tercera parte de todos mis bienes, para que los hayan y hereden &c.*; pero no solo es un error hacer la institucion en estos términos, sino llamarle heredero al legatario. Lo primero, porque con los ascendientes y descendientes legítimos ningun extraño puede ser establecido por heredero, como lo dice la ley 7. tit. 1. Part. 6, la cual, aunque no habla sino de descendientes, se debe extender á los ascendientes, porque la ley 6 de Toro manda que sean sus herederos legítimos y les sucedan igualmente *ex testamento y ab intestato*. Lo segundo, porque si el ascendiente repudiara la herencia, la percibiria íntegra por derecho de acrecer el legatario como heredero particular, cuando segun la ley debe pasar á los demas herederos *ab intestato* del descendiente, estimándose por no hecho el testamento en el efecto: y lo tercero, porque si entre legatarios no hay derecho de acrecer, á ménos que el testador legue á dos ó mas juntos una misma cosa, que entónces si alguno de ellos renuncia su parte, ó muere ántes que el testador, ó acaece otro motivo que le obste su percibo, se acrecerá á los demas; con mucha menor razon podrá haberlo entre heredero legítimo y legatario extraño; de consiguiente es impropio el nombre de *heredero*, y muy propio y adecuado el de *legatario*. El tercio en este caso es *legado*, y mejora entre herederos forzosos instituidos. Con este conocimiento tendrá el escribano particular cuidado de poner los legados en cláusula separada, no comprendiendo por ningun caso á los legatarios bajo el nombre de herederos. *Sobre otras varias disposiciones, mandamientos y provisiones de los testadores, puede consultarse á Comes en su *Arte de notoria Parte 3.º Capitulo 7.º* *

1 L. 33. tit. 9. part. 6.

CAPITULO XXVII.

De las renunciaciones de legítimas y futuras sucesiones, y con especialidad de las que hacen los religiosos y religiosas.

- | | |
|--|---|
| 1 ¿Qué cosa es renunciación, y en qué se diferencia? | |
| 2 ¿En qué conviene con la cesion, y en qué no? | 4 ¿De cuántas maneras son las renunciaciones? |
| 3 ¿En qué concuerda con la repudiación? | 5 ¿Qué son renunciaciones extintivas ó abdicativas? |

- | | |
|--|--|
| 6 ¿Cuándo se dicen reales y cuándo personales? | 14 Para dejar el novicio sus bienes al monasterio necesita licencia de todos sus herederos forzosos. |
| 7 Del origen de la legislacion de las herencias de los monasterios. | 15 Disposiciones del santo concilio de Trento en esta materia. |
| 8 De aquí se derivó la sucesion de los religiosos en los mayorazgos. | 16 La renunciación abdicativa ha de ser de presente y de futuro. |
| 9 Disposiciones de la legislacion goda sobre esta materia. | 17 En ella debe trasladarse inmediatamente el dominio al renunciario. |
| 10 Disposiciones de los Fueros Viejo y Real. | 18 Este contrato puede afianzarse por medio del juramento. |
| 11 Disposiciones de las leyes de Partida. | 19 Previsiones que puede hacer el novicio acerca de su renunciación. |
| 12 Los conventos no son herederos de los parientes de los religiosos profesos que fallecen intestados. | 20 El contrato ó pacto de <i>succedendo</i> es nulo. |
| 13 ¿Qué debe observarse acerca de los bienes que posee un novicio ántes de profesar? | 21 Las renunciaciones corroboradas con juramento son irrevocables: mas solo pueden perjudicar al que las hace. |

Escrituras concernientes á este capítulo.

- | | |
|--|--|
| 1.ª Diligencia primera sobre pretension á entrar religiosa, que llaman tratado primero. | la novicia. |
| Nota. A esta diligencia se siguen otras dos que se llaman tratado segundo y tercero, y en este admiten á | 2.ª Escritura de recepcion, en la cual se inserta copia de los tres tratados y la licencia del superior. |
| | 3.ª Renunciación de monja. |
| | Notas. Primera y segunda. |

1. **L**a renunciación es un acto voluntario por el cual el que lo ejecuta, abdica y separa de su persona el derecho ó privilegio que actualmente le compete ó puede competirle en lo sucesivo. Puede hacer renunciaciones el que está en aptitud de testar, tratar y contratar, y esta facultad se limita á los casos, personas y derechos expresados en las leyes, de modo que la renunciación de un derecho no se extiende á otro, aunque sea acerca de la misma cosa, ni puede perjudicar á tercero.

2. La renunciación conviene con la cesion en que se requieren para su validez las mismas cláusulas, y en que en una y otra hay desprendimiento de algun derecho; pero se diferencian en que para la cesion han de concurrir necesariamente la voluntad del cedente y la del cesionario, y ademas justa causa para que se transfiera el derecho cedido, en vez de que la renunciación solo pide la voluntad del renunciante con la cual se perfecciona. Tambien se diferencian en que el fin y efecto esencial de la renunciación es la privación y abdicación espontánea del que la hace; y el de la cesion es la traslacion del derecho á la persona del cesionario por la justa causa que obliga á hacerla¹.

1 Gallerato *De renunciacion*, cap. 4. ns. 5, 6 y 26.

24. Estan persuadidos los escribanos que el legatario del tercio, aunque sea extraño, es heredero del descendiente en los mismos términos que su ascendiente, y bajo este concepto ordenan la cláusula de institucion, nombrando á ambos por sus herederos en su respectivo haber en esta forma: *Instituyo por mis herederos á Pedro mi padre en las dos terceras partes, y á Juan mi criado en la otra tercera parte de todos mis bienes, para que los hayan y hereden &c.*; pero no solo es un error hacer la institucion en estos términos, sino llamarle heredero al legatario. Lo primero, porque con los ascendientes y descendientes legítimos ningun extraño puede ser establecido por heredero, como lo dice la ley 7. tit. 1. Part. 6, la cual, aunque no habla sino de descendientes, se debe extender á los ascendientes, porque la ley 6 de Toro manda que sean sus herederos legítimos y les sucedan igualmente *ex testamento y ab intestato*. Lo segundo, porque si el ascendiente repudiara la herencia, la percibiria íntegra por derecho de acrecer el legatario como heredero particular, cuando segun la ley debe pasar á los demas herederos *ab intestato* del descendiente, estimándose por no hecho el testamento en el efecto: y lo tercero, porque si entre legatarios no hay derecho de acrecer, á ménos que el testador legue á dos ó mas juntos una misma cosa, que entónces si alguno de ellos renuncia su parte, ó muere ántes que el testador, ó acaece otro motivo que le obste su percibo, se acrecerá á los demas; con mucha menor razon podrá haberlo entre heredero legítimo y legatario extraño; de consiguiente es impropio el nombre de *heredero*, y muy propio y adecuado el de *legatario*. El tercio en este caso es *legado*, y mejora entre herederos forzosos instituidos. Con este conocimiento tendrá el escribano particular cuidado de poner los legados en cláusula separada, no comprendiendo por ningun caso á los legatarios bajo el nombre de herederos. *Sobre otras varias disposiciones, mandamientos y provisiones de los testadores, puede consultarse á Comes en su *Arte de notoria* Parte 3.º Capitulo 7.º *

1 L. 33. tit. 9. part. 6.

CAPITULO XXVII.

De las renunciaciones de legítimas y futuras sucesiones, y con especialidad de las que hacen los religiosos y religiosas.

- | | |
|--|---|
| 1 ¿Qué cosa es renunciación, y en qué se diferencia? | |
| 2 ¿En qué conviene con la cesion, y en qué no? | 4 ¿De cuántas maneras son las renunciaciones? |
| 3 ¿En qué concuerda con la repudiación? | 5 ¿Qué son renunciaciones extintivas ó abdicativas? |

- | | |
|--|--|
| 6 ¿Cuándo se dicen reales y cuándo personales? | 14 Para dejar el novicio sus bienes al monasterio necesita licencia de todos sus herederos forzosos. |
| 7 Del origen de la legislacion de las herencias de los monasterios. | 15 Disposiciones del santo concilio de Trento en esta materia. |
| 8 De aquí se derivó la sucesion de los religiosos en los mayorazgos. | 16 La renunciación abdicativa ha de ser de presente y de futuro. |
| 9 Disposiciones de la legislacion goda sobre esta materia. | 17 En ella debe trasladarse inmediatamente el dominio al renunciario. |
| 10 Disposiciones de los Fueros Viejo y Real. | 18 Este contrato puede afianzarse por medio del juramento. |
| 11 Disposiciones de las leyes de Partida. | 19 Previsiones que puede hacer el novicio acerca de su renunciación. |
| 12 Los conventos no son herederos de los parientes de los religiosos profesos que fallecen intestados. | 20 El contrato ó pacto de <i>succedendo</i> es nulo. |
| 13 ¿Qué debe observarse acerca de los bienes que posee un novicio ántes de profesar? | 21 Las renunciaciones corroboradas con juramento son irrevocables: mas solo pueden perjudicar al que las hace. |

Escrituras concernientes á este capítulo.

- | | |
|--|--|
| 1.ª Diligencia primera sobre pretension á entrar religiosa, que llaman tratado primero. | la novicia. |
| Nota. A esta diligencia se siguen otras dos que se llaman tratado segundo y tercero, y en este admiten á | 2.ª Escritura de recepcion, en la cual se inserta copia de los tres tratados y la licencia del superior. |
| | 3.ª Renunciación de monja. |
| | Notas. Primera y segunda. |

1. **L**a renunciación es un acto voluntario por el cual el que lo ejecuta, abdicación y separa de su persona el derecho ó privilegio que actualmente le compete ó puede competirle en lo sucesivo. Puede hacer renunciaciones el que está en aptitud de testar, tratar y contratar, y esta facultad se limita á los casos, personas y derechos expresados en las leyes, de modo que la renunciación de un derecho no se extiende á otro, aunque sea acerca de la misma cosa, ni puede perjudicar á tercero.

2. La renunciación conviene con la cesion en que se requieren para su validez las mismas cláusulas, y en que en una y otra hay desprendimiento de algun derecho; pero se diferencian en que para la cesion han de concurrir necesariamente la voluntad del cedente y la del cesionario, y ademas justa causa para que se transfiera el derecho cedido, en vez de que la renunciación solo pide la voluntad del renunciante con la cual se perfecciona. Tambien se diferencian en que el fin y efecto esencial de la renunciación es la privación y abdicación espontánea del que la hace; y el de la cesion es la traslacion del derecho á la persona del cesionario por la justa causa que obliga á hacerla¹.

1 Gallerato *De renunciacion*, cap. 4. ns. 5, 6 y 26.

3. También es especie de repudiación; pero se diferencia en que esta recae sobre derecho recientemente adquirido por gestión ajena, y la renuncia puede ser de los que tengamos por nosotros mismos, ó esperemos tener en adelante. En la renuncia nos desprendemos, y en la repudiación no admitimos¹.

4. Las renunciaciones unas son *traslativas* ó *trasmisivas*, y otras *abdicativas* ó *extintivas*². Se llaman *traslativas* las que comprenden los bienes, derechos y acciones que el renunciante tiene adquiridos, y se le han deferido, los que por una especie de donación ó cesión implícita trasfiere en el renunciatario, y de consiguiente se presume un derecho radicado, y una adquisición á lo ménos intelectual y momentánea en la persona del renunciante, de donde se deriva, y por su representación pasa á la de aquel á cuyo favor se constituye la renuncia, al cual aprovecha solamente³. Estas renunciaciones ó repudiaciones, que por lo regular se constituyen con cesión de derechos, mas son cesiones que renunciaciones, respecto de que en nada se diferencian de la cesión.

5. Por *extintivas* ó *abdicativas* se gradúan aquellas en que el renunciante, que nada cierto y determinado da ni trasfiere de presente en el renunciatario porque nada tiene ni posee, aparta para siempre de su persona cualquiera derecho que en lo futuro le pueda venir, queriendo no se cuente con él para cosa alguna, que se le estime como no existente en el mundo, y por consiguiente que aunque esté vivo, no se le contemple ni tenga por parte de las sucesiones *ex testamento* y *ab intestato* que pueden recaer en él, ántes bien se defieran y pasen á sus inmediatos parientes. Estas son las propias y verdaderas renunciaciones; porque por ellas se induce y verifica una simple y nuda privación, exclusión y absoluto desamparo y desprendimiento que el renunciante hace de sus derechos, sin transferirlos ni cederlos á persona determinada⁴. De estos principios se deduce que una misma renuncia puede ser traslativa y también adjudicativa ó extintiva á un propio tiempo con diversos respectos. Traslativa en cuanto á los bienes y derechos que el renunciante tiene adquiridos, se le han deferido, y le pertenecen cuando la constituye, lo cual es verdadera repudiación de ellos; y abdicativa ó extintiva por lo concerniente á los que al tiempo de renunciar no tiene adquiridos, pero pueden corresponderle en lo sucesivo por causa de presente ó de futuro⁵.

1 Gallerato *ibid.* cap. 2. n. 2. hasta el 40.
2 Card. de Luc. *De renunciat.* disc. 1. n. 5. disc. 3. n. 7. y en la *Summ.* ns. 12 y 15.
Olea *De cession. jur.* tit. 1. q. 2. n. 15 y sig. Donadeo tom. 2. cap. 49. dicho n. 143. Nogueroles. alegat. 6.

3 Card. de Luc. disc. 1 y n. 5. dichos, y disc. 7. n. 2.
4 Olea q. 2. cit. ns. 17 y 18. Card. de Luc. *ibi* n. 5. dicho.
5 Card. de Luc. *De renunciat.* disc. 6. n. 13.

6. Se subdividen en *reales* y *personales*. Son reales las que el renunciante formaliza movido no por atención y afecto á ciertas y determinadas personas, sino por un motivo general y absoluto, y por un eficaz deseo de desprenderse, desapropiarse y abdicar ó apartar enteramente de sí todos los bienes, herencias y derechos que tiene y en él pueden recaer en lo sucesivo *ex testamento* y *ab intestato* de parientes y extraños, ya sea con la mira y objeto de servir mejor á Dios, ó por otra causa absoluta y universal. De suerte que por estas renunciaciones se abdicar y desprende el renunciante de todos sus bienes y derechos presentes y futuros, y de la esperanza de ellos, y los traspasa en el renunciatario tan plena y eficazmente, que aunque este muera intestado, y aquel viva, no reviven ni vuelven á él, excepto que intervenga nueva causa y derecho, ó que cese la de la renuncia; ni tampoco pasan á otra persona ni comunidad por su representación, ni estas tienen el mas leve derecho á ellos¹. Por personales se entienden las que se constituyen en contemplación y á favor de una ó mas personas ciertas y determinadas, á las que se restringen y limitan en tanto grado, que faltando estas ántes que el renunciante, y habiendo aptitud y capacidad en este para adquirir entónces, hace suyos otra vez los bienes que ha renunciado, y la renuncia queda inútil é ineficaz en este caso, como si no la hubiera constituido, especialmente en herencias y derechos no deferidos al tiempo de hacerla, excepto que en ella disponga otra cosa²; por lo que conviene que manifieste claramente su voluntad á fin de evitar siniestras interpretaciones y decisiones arbitrarias. Todas las expresadas renunciaciones pueden ser hechas por causa de presente y de futuro, como las cesiones, con las que se confunden en la práctica y comun inteligencia, y por consiguiente se puede renunciar, al modo que ceder, el derecho de futuro con causa de futuro, y la esperanza de él; pero para que este derecho se realice y sea efectivo, es indispensable que el renunciante tenga la capacidad y aptitud referidas al tiempo que se verifica recaer en él, porque si carece de ellas ó está muerto civil ó naturalmente, así como no puede adquirirle, tampoco puede transmitirlo á otro por las razones que expondré hablando de las cesiones.

7. Supuestas las acciones y derechos que pueden ó no ser cedidos y renunciados (de que se hablará tratando de las cesiones), y las clases de renunciaciones que los autores distinguen, ántes que explique las solemnidades que hoy son indispensables en las que otorgan los que entran en religion, tengo por necesario decir alguna

1 Galler. *De renunciat.* lib. 2. cap. 5. y otros que cita.

2 DD. *supra* citat.

cosa acerca del origen que tuvieron las herencias y sucesiones respecto de los monasterios y de los religiosos. Las iglesias en tiempo de Constantino podian adquirir bienes *ex testamento*; pero no consta que sucediesen *ab intestato* hasta una época muy posterior¹. Por varias leyes del código de Justiniano aparece que le que entraba en religion podia disponer de sus bienes ántes de profesar del modo que gustase, y que si no lo hacia ni tenia hijos, los adquiria el monasterio, perdiendo por la profesion la facultad de testar: que teniendo hijos y no habiéndoles dejado su legítima, podia testar á su favor despues de profeso, con tal que dejase á beneficio del monasterio la parte correspondiente á uno de los hijos, pues por tal se reputaba: que por el hecho de entrar en religion no podian los padres desheredar á su hijo, debiendo dejar salva su legítima, en la que sucedia tambien *ab intestato*².

8. De estas disposiciones del derecho romano se derivó sin duda la práctica observada hasta ahora en nuestros tribunales de admitir a los monges profesos á la sucesion en los fideicomisos y mayorazgos, cuando expresamente no los excluye el fundador, ni tienen servicio anexo incompatible, si bien no falta quien les niegue con mucha razon esta capacidad. Pero aun cuando la tengan, no debe inferirse de esto que pueden suceder *ab intestato* en los bienes libres. En los mayorazgos se atiende principalisimamente á la voluntad del fundador, quien puede excluir ó no á los monges; pero en las sucesiones *ab intestato* se ha de atender á la ley, la cual interpretando la voluntad del difunto, presume que no querria instituir á un individuo que se reputa por muerto para el siglo, y ménos á un extraño, con preferencia á sus parientes, cual es el monasterio en quien para siempre habria de radicarse la sucesion. Por testamento no es lo mismo; pues no hay entrada á dicha presuncion cuando consta que el testador ha querido que herede el monge, y por consiguiente el monasterio por la incapacidad de aquel. En la sucesion al mayorazgo es tambien menor el inconveniente por cuanto su posesion acaba con la vida del monge, y pasa á quien toca segun los llamamientos, en vez de que la herencia *ab intestato* quedaria para siempre como propiedad del monasterio.

9. La primera ley que se observó en España (pues nunca tuvo en ella vigor el código ni las novelas de Justiniano) en esta especie de sucesiones es la de Leovigildo³, que dice asi: *Los clérigos é los monges é las monjas que no han heredero asta séptimo grado, é que*

¹ L. 1. Cod. De sacros. Eccles.

² L. 55. y Authent. Nunc autem. Cod. De episcop. N. 5. cap. 5. 76. cap. 1. y 123.

cap. 33. Authent. Si quae mulier. Cod. De sacros. Eccles.

³ L. 12 tit. 2. lib. 4. del Fuero Juzgo.

non mandan nada de sus cosas, la iglesia á quien serian lo debe haber todo. De ella se infiere que la iglesia ó monasterio no pueden heredar *ab intestato* de un monge que tiene parientes dentro del séptimo grado; y que no pudiendo en este caso suceder al monge, ménos podrán heredar á su padres y parientes. Posteriormente Recesvinto y Egica volvieron á mandar la exclusion del monasterio en competencia de los parientes¹, y esta disposicion fué constantemente observada en estos dominios, confirmada por varios reyes, y recordada en 1778 á la chancillería de Granada para la decision de los negocios de esta naturaleza².

10. Ademas de las leyes citadas hay otras muchas, como la 2. tit. 2. lib. 5. del Fuero Viejo, la 10. tit. 5. lib. 3. del Fuero Real, la 11. tit. 6. lib. 3. y la 1. tit. 6. lib. 4. del mismo, todas las cuales inculcan la exclusion de los monasterios en las herencias de los religiosos en concurrencia con sus parientes, y los códigos que las contienen estan en todo su vigor, como verdaderos cuerpos de leyes patrias en lo que no han sido derogadas por otras posteriores.

11. En las Partidas, que por lo general adoptaron el derecho romano, no hay tampoco ley alguna que conceda á los monasterios el de suceder á los parientes del monge *ex testamento* ni *ab intestato*, ni á este en otros bienes que los que tenia al tiempo de profesar³. Pero aun cuando hubiera ley que lo mandase, nada importaria por cuanto dichas leyes no derogan las anteriores y peculiares de estos reinos, ántes bien se debe juzgar primero por estas que por aquellas, segun el orden que establece la ley 1 de Toro, en que está inserta otra del Ordenamiento de Alcalá que previene lo mismo⁴. Verdad es que algunos autores deseosos de favorecer á los monasterios se han empeñado en sostener doctrinas extrañas, las cuales no deben seguirse por carecer de fundamentos sólidos, y ser contrarias á nuestra legislacion; y mucho ménos desde que se expidió la citada real cédula de 15 de julio de 1778, que no deja la mas leve duda.

12. En consecuencia de cuanto queda sentado es evidente que los conventos capaces de adquirir, no son herederos de los parientes de sus religiosos profesos que mueren sin testar despues de su profesion, no obstante que estos al tiempo de hacerla hayan renunciado á favor de aquellos las futuras sucesiones; y tampoco de los padres y demas ascendientes que sobreviven á dicha profesion, y fallecen intestados. La razon es porque despues de profesar, como estan muertos para el mundo, carecen de capacidad de adquirir, y por consiguiente de transmitir á sus conventos lo que no tienen ni

¹ LL. 2 y 3. tit. 5. lib. 3. del Fuero Juzgo.

² Real cédula de 15 de julio de 1778.

³ L. 17. tit. 1. part. 6.

⁴ L. 3. tit. 1. lib. 2. R., 6 tit. 2. lib. 3. N.

jamas ha sido suyo: lo que no sucede con los que viven en el siglo, cuyas renunciaciones son válidas por ser capaces de adquirir bienes, y de transmitirlos á otros. Contra el tenor de las leyes citadas no bastará alegar las razones cavilosas y subterfugios que han inventado los autores que siguen otra doctrina, ni los particulares estatutos de los monasterios que no tienen fuerza alguna contra las leyes, y solo pueden regir con respecto á los bienes que les leguen ó donen, por ser visto ser donados ó legados al monasterio. Tampoco pueden ser herederos por testamento, teniéndolos el testador legítimos; ni este puede legarles mas que el remanente del quinto, aun cuando sean hijos suyos, pues aunque por la muerte (a) legal é incapacidad de adquirir del religioso, se conceptúe (la cual no es mi opinion) que se entienden hechos los legados al monasterio, este es un extraño, y como tal no puede ser beneficiado en mayor cantidad en concurrència de herederos legítimos.

13. Por lo respectivo á los bienes que el novicio posee como propios al tiempo de profesar, hay que hacer una distincion: si el novicio carece de herederos forzosos, puede reservarse en la renuncia el todo ó parte de los frutos de los bienes que entónces posee, para subvenir á sus necesidades religiosas, pues no le está prohibido, ni tampoco el poseerlos precariamente con licencia del prelado, con la cual parece que salva el voto de pobreza. Tambien puede mandar que despues de su vida pasen dichos bienes en propiedad y usufruto á la persona ó personas que nombrare, ó bien á su convento si fuere capaz de adquirir; ó distribuirlos en legados ó fundaciones, como si fuera por testamento, pues el acto de su renuncia equivale en sus efectos á la última voluntad. Pero si tiene descendientes ó ascendientes legítimos, se debe arreglar en los reinos de Castilla á las leyes 6 y 28 de Toro, en los mismos términos que si hiciera testamento: y de no practicarlo así será de todo punto ineficaz la renuncia en su comunidad, como se sentenció en pleito habido ante el consejo en 5 de octubre de 1772, y en otro exemplar ocurrido posteriormente, en que confirmó el mismo supremo tribunal con fecha de 17 de octubre de 1787 el fallo del teniente de la villa de Madrid, Don Juan Antonio de Santa María.

14. En primer lugar, para disponer los ascendientes y descendientes novicios á favor de sus conventos ó de otras personas parientes ó extrañas de todos los bienes que poseen, y se les han deferido al tiempo de su profesion, necesitan licencia jurada de todos los que son sus herederos forzosos, la que pueden concederles estos en la misma renuncia, concurriendo á ella, ó en instrumento sepa-

(a) Téngase presente lo que queda dicho en el n. 3. del cap. 14. de este título.—E.

rado; y no concediéndosela, solo pueden testar y renunciar respectivamente del tercio ó quinto de ellos, segun las leyes citadas: no renunciando así, se anulará en el todo la renuncia por la infracción de ellas. Tampoco pueden reservarse su total usufruto sin su licencia, porque toca, como la propiedad, á sus legítimos herederos. El dominio de esta es el que presta título para la adquisicion de frutos: y si por estar muertos civilmente despues de profesos tienen imposibilidad legal de adquirirlos, si expresamente no se lo permiten los herederos, la tienen por consiguiente de transmitirlos; y así son por todo derecho de sus ascendientes y descendientes, los cuales puedan testar y disponer de ellos, del mismo modo que si tales herederos forzosos estuvieran muertos naturalmente, ó nunca los hubieran tenido. No disponiendo; pasarán á los existentes en el siglo que abintestato deben heredarles, y no á sus conventos; no obstante que los religiosos vivan. De los que no poseen, ni se les han deferido, de ninguna manera pueden disponer en propiedad, ni reservarse su usufruto total ni parcialmente, sin embargo de que tengan esperanza de que á existir en el siglo recaerian en ellos, porque milita la propia razon de imposibilidad de adquirirlos despues de profesos si no se los dejan sus dueños para sus urgencias: y así aunque el hijo novicio tenga á su padre loco ó fatuo, no puede disponer de los bienes de este á favor de su madre, ni de otro, para en el caso que muera en su demencia, despues de profeso, por no ser suyos; pues por estar demente no le privan las leyes de su dominio, sino solamente de su administracion, ni lo conceden á su hijo; por lo que pasarán á los que abintestato deban heredarle falleciendo en ella, y no á su viuda, ni á su madre, porque esta ningun derecho tiene á ellos, ni el hijo puede transmitirlo á causa de no haberlo adquirido viviendo su padre. Finalmente, todas las dudas y dificultades que algunos letrados ménos instruidos pudieran poner en apoyo de la sucesion abintestato de los religiosos y sus monasterios, se desvanecen del todo con lo dispuesto en la pragmática de 6 de julio de 1792 (ley 17. tit. 20. lib. 10 Nov. Rec.), que deberán tener presente los escribanos para instruir á los renunciantes, y no cometer absurdos, ni exponerse á sonrojos judiciales.

15. El santo concilio de Trento, que arregló todo lo concerniente al ingreso y profesion religiosa mandando que el varon tuviese catorce años cumplidos y la muger doce; que precediese á la profesion uno año de noviciado, y que esta no se les diese hasta haber cumplido diez y seis de edad; que las dotes no se entregasen hasta haber profesado la novicia, y que un mes ántes de espirar el año de probacion explorase el ordinario la voluntad de aquella y en seguida le concediese licencia, como se puede ver en la sesion

25, trató también de las renunciaciones, disponiendo que los novicios y novicias (ya fuesen mayores ó menores de veinte y cinco años, pues no distinguió) las hiciesen precisamente dentro de los dos meses inmediatos á su profesion, precedida la licencia del ordinario diocesano ó de su vicario, y que hasta que hubiese profesado, ningun efecto surtiesen, aunque se corroborasen con juramento, y contuviesen renunciación expresa de este auxilio. Cuya nueva forma mandó observar inviolablemente bajo la pena de nulidad¹; pero no anuló las hechas con las referida licencia dentro de los dos meses del año contado desde el día de su ingreso en el convento, no obstante que despues de cumplido se difiriese mucho ó poco tiempo la profesion, ni las donaciones, testamentos, ni otras últimas voluntades formalizadas ántes de entrar en religion sin la citada licencia; sino solamente las renunciaciones hechas despues de haber tomado el hábito: y así para la validación de estas, y no para las demas es indispensable observar la forma que prescribió². Tampoco alteró lo dispuesto por las leyes respectivas de cada reino ó provincia, en cuanto al modo de suceder y heredarse los ascendientes y descendientes legítimos, y los parientes de los religiosos, ni en esto se mezcló, por ser peculiar y privativo de la potestad secular, y estar sujeto como profano á las leyes civiles entre nosotros; por lo que se debe observar lo que queda sentado.

16. Siendo real, abdicativa y extintiva la renuncia, han de renunciar los que la hacen, ya sean ó no seculares, no solo los bienes que tienen, les pertenecen, y se les han deferido entónces (y si son ascendientes y descendientes sus legítimas), sino también los que por cualquier título, causa ó razon puedan recaer en ellos en lo sucesivo *ex testamento y ab intestato* de parientes y extraños por causa de presente y de futuro, á lo que llaman *futuras sucesiones*; pues para que estas se entiendan comprendidas en la renuncia, es preciso que se especifiquen; y de omitirse, no se estimarán incluidas en ella, ni en lo general de legítimas y de otros bienes y derechos, porque como es de riguroso derecho, debe interpretarse estrechamente, y limitarse á lo que literal y expresamente contiene.

17. Igualmente han de conceder facultad al renunciatario para que luego que se verifique su profesion (si son religiosos, y no siéndolo, desde aquel instante, ó desde el día que señalen), disponga de los bienes renunciados como dueño propietario y absoluto, por contrato ó última voluntad, del mismo modo que si los renunciadores murieran naturalmente, expresando que si el renunciata-

1 Conc. Trident. ses. 25. cap. 16 y 19. De regul.

2 Gallem. in declar. ad Conc. ses. 25. cap.

16. De regul. Card. de Luc. De renunt. disc. 1. n. 15. Gallerat. De renunt. lib. 3. cap. 7. n. 7. al 9. et communiter DD.

rio falleciere ántes que estos sin testar, pasen los bienes á los que abintestato deben heredarle, con cuya expresion se evita la duda y disputa de si la renuncia fué traslativa personal, ó real extintiva; de si hubo ó no caducidad; de si por esta se ha de resolver aquella, y de consiguiente si deben ó no hacer reversion los bienes á los renunciadores. Y si quisieren que sea traslativa personal, explicarán su voluntad con tal claridad, que no dé lugar á siniestras interpretaciones, pues con lo explicado bastante luz tiene el escribano para instruirlos y proceder con discernimiento de casos.

18. Por ser este contrato como de enagenación, uno de los que la ley permite ligar con juramento¹, no solo pueden interponerlo en él los menores de veinte y cinco años, sino también los mayores de ellos, y obligarse bajo de él unos y otros á haber por firme la renuncia, y no revocarla ni reclamarla total ni parcialmente, ni oponerse á su tenor con pretexto de menor edad (si fuesen menores), lesion en sus legítimas (siendo ascendientes ó descendientes, pues no siéndolo, no viene al caso hablar de ellos) ni miedo reverencial (si hay motivo para tenerlo), ni dolo ni violencia para renunciar en aquellos términos, nicon otro motivo, sea el que fuere, sin la más leve excepcion ni reservación; y así conviene que se interponga á fin de que sea estable, y no pueda el renunciante revocar por otra la renuncia, como ya se ha visto, ni alegue que es pacto de no suceder, que por derecho está reprobado, porque con el juramento se le da vigor y firmeza. Pero el hijo que estando bajo la patria potestad entra en religion, no necesita ser emancipado por su padre para otorgar su renuncia, como algunos poco instruidos creen; porque para este efecto se le contempla fuera de ella, y le habilita el derecho para disponer de su persona, y así basta la licencia del ordinario diocesano que es su juez.

19. Puede prevenir en la renuncia el novicio lo que se ha de practicar con los bienes renunciados que entónces posee, en los casos de que pase de aquella religion á otra igual ó ménos estrecha, ó le den obispado ú otra dignidad, ó en el de que se secularice con dispensación, bien que en este caso puede disponer libremente con arreglo á las leyes, ya haya renunciado á favor de su convento, ó profesado sin renunciar; pero por si este resiste devolverle sus bienes alegando para su retención razones que sugiere la codicia, conviene que en la renuncia á su favor se exprese que *la hace para que sea dueño de ellos si falleciere en aquella religion, y no de otra suerte; pues si saliere de ella despues de profesado por enfermedad ú otro motivo, sea el que fuere sin excepcion, se los ha de vol-*

1 L. 12. tit. 1. lib. 4. R., ó 7. tit. 1. lib. 10. N.

ver y restituir incontinenti íntegramente, á cuyo fin le constituye poseedor precario, y le prohíbe hipotecarlos, gravarlos y enagenarlos miéntras viva. Prevendrá tambien, renunciando á favor de su convento, lo que se ha de practicar en caso que este se suprima, ó se extinga la religion; ó cuando el renunciatario no quiere admitir la renuncia; ó siendo esta traslativa y personal, si los bienes renunciados han de volver ál renunciante ó á quién, muriendo el renunciatario testado ó intestado ántes que él, ya esten ó no en poder de este, y resolverse por consiguiente la renuncia, ó pasar á los herederos que el renunciatario haya instituido ó deban heredarle abintestato. Y se advierte que el renunciante puede conceder facultad al renunciatario extraño para disponer libremente á favor de quien quisiere en vida y muerte de los bienes que posee, y lo cede, aunque este tenga legítimos ascendientes ó descendientes, sin estar sujeto en cuanto á ellos á las leyes que le obligan á dejarles los que le pertenecen cuando fallece; é imponer, como donante, al que no sea su heredero forzoso, los gravámenes y condiciones posibles y honestas que le parezca, pues no siendo opuestas á derecho debe cumplirlas.

20. Es nulo, aunque se autorice con juramento, el contrato por el cual una persona pretende adquirir la futura sucesion de los bienes de otra, que llaman pacto *de succedendo*: y la razon es porque cede en detrimento de tercero, induce á insidiar la muerte de la una, se opone á las buenas costumbres é impide la libertad de testar, excepto entre los soldados cuando van á entrar en batalla. Paso á tratar si el que contiene el pacto contrario que es *de non succedendo*, por el cual el hijo ú otro descendiente agnado ó cognado que tiene derecho de heredar á su ascendiente ó consanguíneo abintestato, se abstiene ó renuncia la sucesion de sus bienes, valdrá ó no; y digo, que aunque padre é hijo sean dos personas realmente distintas segun la naturaleza, se estiman como correlativas por una en el concepto legal para los actos civiles; y así estando el hijo bajo la patria potestad, se le permite celebrar con su padre contratos de peculio castrense y cuasi castrense solamente¹. Digo tambien que el pacto ó renuncia que hace de sus legítimas y futuras sucesiones, ya se halle ó no en el dominio paterno, está reprobado por derecho, y como tal es nulo. Lo cual se entiende no obstante que lo haga por causa onerosa, quiero decir, por haber recibido algo de su ascendiente ó consanguíneo, á quien debia heredar, en premio y compensacion ó remuneracion de la renuncia².

1 LL. 2. tit. 5 y 6. tit. 11. part. 5 y 8. tit. 11. lib. 3. del Fuero Real. | 2 Gom. en la 22. de Toro n. 1.

21. Pero si la renuncia se corrobora y liga con juramento, será firme é irrevocable, porque este hace válido el contrato que sin él puede revocarse, si no se convierte en detrimento de tercero, ni es contra las buenas costumbres¹, como en el presente sucede; por lo que el hijo que renuncia con juramento la herencia de su ascendiente, se constituye extraño de la sucesion, pierde el derecho de disponer libremente de sus bienes como dueño de su persona, y no se le debe la legítima, ni puede romper ni decir de inoficiosidad ni nulidad del testamento de su padre ú ascendiente que le preterió, porque la accion de alegarlas se regula por el derecho de suceder *ab intestato*, del que carece por la renuncia jurada². Lo propio milita con la licencia jurada que los legítimos ascendientes conceden á sus descendientes para testar libremente, que viene á ser renuncia que hacen de la legítima que por su previo fallecimiento les puede corresponder, ó pacto *de non succedendo*, porque versa no solo identidad sino mayoría de razon³; sin que los hermanos del descendiente puedan reclamar esta licencia ó renuncia, porque carecen de accion *ex testamento* á los bienes de su hermano. Y aunque los hijos por lo que tienen de sus bienes segun la naturaleza, y por la probable esperanza de heredarlos, como que es regular le sobrevivan, se reputan en derecho cuasi dueños de su hacienda, se entiende de la que dejan propia cuando fallecen, mas no de la que no adquirieron pudiendo; pues no deben ser compelidos á su adquisicion. A mas de que el derecho no deferido se puede renunciar por pacto, el ascendiente puede renunciar todo lo que está establecido en su privativo beneficio, y dejar de adquirir y consumir lo que adquirió, y el que sobreviva á su descendiente es eventual. Por estas razones, y porque sin embargo de que sucede á su hijo por derecho positivo y hereditario no se le debe por tantos títulos su legítima, como á este la suya⁴, surten efecto, y se admiten llanamente en los tribunales estas licencias ó renunciaciones juradas de ascendientes á sus descendientes legítimos; pero se advierte que perjudican única y singularmente al que las da, y no á los demas ascendientes, porque cada uno de estos, iguales en grado mas cercano, tiene derecho á todos los bienes de su legítimo descendiente, los que percibirá íntegramente siendo solo, y lo que toca singularmente á muchos debe ser aprobado por todos juntos ó separados⁵: lo cual no es necesario cuando les compete universalmente, v. g. á una comunidad, pues basta que lo apruebe la mayor parte de los que la

1 Gom. en la 22. de Toro n. 6 y 7. Covar. y Gutier. en dicho cap. *Quamvis*.

2 Gom. en dicha ley 22. n. 9.

3 Molin. *De primog.* lib. 2. cap. 3. n. fin. Gutier. *De juram. confirm.* part. 1. cap. 19.

4 n. 8. et in cap. *Quamvis pactum*, ns. 12,

39. 44 y 50. P. Molin. disp. 579.

4 Covar. in cap. *Quamvis pactum*, part. 3. § 4. n. fin.

5 Felino n. 15. *De constitut.* Capic. decis. 252. n. 3. Gallerat. decis. 31. n. 18.

componen; y así para que todos los que tienen derecho próximo á heredar al descendiente sean excluidos por la licencia ó renuncia jurada de suceder en sus bienes, se la han de conceder simultánea ó separadamente, y de no intervenir en su concesion, lo será solamente el que la otorgue. Acerca de estos pactos, el de *futura successione conservanda*, que es válido, y de otros particulares, véase á Gomez en la ley 22 de Toro, y á los que cita, pues por no ser propia del escribano esta instruccion omito explicarlos.

Escrituras concernientes á este capítulo.

1.— TRATADO PRIMERO DE MONJAS.

Estando en el locutorio bajo del convento de Santa Catalina, órden de tal santo, intramuros de esta villa de tal, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, comparecieron de la parte de adentro de la reja las madre Sor Francisca de tal, abadesa, Sor Ana, vicaria, Sor Antonia, Juana y Eustaquia, discretas, y Sor Fulana, Fulana y Fulana &c., todas religiosas profesas de coro y velo negro, que confesaron ser la mayor parte de las que hay y tienen voto de comunidad en este convento, por sí, y en nombre de las que por graves indisposiciones no pueden concurrir á este acto, y en lo sucesivo lo fueren, por quienes prestan voz y caucion de que habrán por firme todo lo que aquí se contendrá, bajo de expresa obligacion que á ello hacen de los bienes y rentas presentes y futuras de este convento; y estando juntas y congregadas, segun lo tienen de costumbre cuando han de conferir las cosas concernientes al servicio de Dios y utilidad de este convento, propuso la referida abadesa á las demas que D. N. de tal, vecino de tal parte, tiene una hija llamada Narcisa, de tanta edad, la cual quiere ser religiosa de coro y velo negro en este convento; que ofrece tanta cantidad por su dote, ajuar, propinas, y alimentos del año del noviciado en esta forma: (*aquí se expresará en cuál, y á qué plazos la ha de pagar*), y que con esto ningun derecho ha de reservar para sí dicha su hija, ni tenerlo el citado convento á sus legítimas y futuras sucesiones, ántes bien lo ha de renunciar todo en el mencionado su padre; y así las manda que vean si conviene ó no recibirla, y den su voto libremente: y enteradas respondieron: Que mediante estar informadas de la virtud y recogimiento de la enunciada Narcisa, y ser competente la dote que su padre ofrece, les parece útil y conveniente admitirla; pero que sin embargo lo reflexionarán mejor, y resolverán lo que sea mas útil, por cuya razon suspenden por ahora dar su voto decisivo: así lo dijeron y firman, á quienes doy fe conozco, siendo testigos Fulano, Fulano y Fulano, vecinos de esta villa.

Nota. Con arreglo á este tratado se han de extender los otros

dos, haciendo relacion del primero en el segundo, y de ambos en el tercero, en el cual resolverán que se la dé el hábito y admita por religiosa, obligándose su padre á cumplir la promesa que hace á los plazos propuestos, y despues impetrarán la patente ó licencia de su superior, y todo se insertará original en la escritura de recepcion; y aunque en muchas partes de nada de esto se hace escritura, sino solo de la renuncia y entrega de la dote, lo extenderé para que sirva de modelo al escribano por si le ocurre.

2.— ESCRITURA DE RECEPCION.

Estando en la portería del convento de Santa Catalina, órden de tal santo, intramuros de esta villa de tal, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, las madres Sor Francisca de tal, abadesa, Sor Ana, vicaria, &c., todas religiosas profesas de coro y velo negro, que confesaron ser la mayor parte de las que hay y tienen voto de comunidad en él, por sí y en nombre de las que estan legítimamente impedidas para concurrir á celebrar este acto, y de las que les sucedieren, por quienes prestan voz y caucion de que pasarán por el contexto de esta escritura: dijeron que D. Fulano de tal, vecino de esta villa, en atencion á la firme vocacion que desde su tierna infancia tuvo Doña Narcisa, su hija legítima, de ser religiosa de coro y velo negro en este convento, para servir mejor á Dios y á su Santísima Madre, solicitó con dicha madre abadesa se la recibiese por tal, á cuyo fin ofreció tanta cantidad por su dote, ajuar, propinas y alimentos del año de noviciado, segun estilo, con tal que en el término prefinido por el santo concilio de Trento, y con la solemnidad que se requiere, renuncié á su favor sus legítimas y futuras sucesiones, cuya pretension hizo presente á las demas religiosas, quienes habiéndolo conferido entre sí, y hechos los tres tratados ordinarios, resolvieron unánimes admitirla, y de su deliberacion dieron parte al Ilustrísimo Señor D. N., obispo de esta diócesis, su superior, el cual en vista de su representacion les concedió licencia para ello en tal dia, mes y año, refrendada de D. N. su secretario, que original con los tratados se une á esta escritura para documentarla é incorporar en sus traslados, y su literal tenor es el siguiente.

Aquí los tratados y licencia por su órden.

Concuerdan los tratados y licencia insertos con los que estan en el protocolo de esta escritura, de que doy fe: y las referidas religiosas, usando de la dicha licencia, en la via y forma que mejor haya lugar en derecho—Otorgan que reciben por monja de coro y velo negro á la enunciada Doña Narcisa de tal que está presente, y

se obligan á que dentro de los dos meses inmediatos á su profesion renunciará á favor de su padre sus legítimas y futuras sucesiones, para lo cual formalizará la escritura correspondiente, y este convento la de aprobacion y ratificacion si fuere necesaria; y si por olvido ú otro motivo no se formalizaren, y profesare sin haber renunciado, desde ahora por lo que á este convento toca, la han por hecha y hacen las madres otorgantes con todas las firmezas legales: se desisten, quitan y apartan para siempre jamas del derecho y accion que á ellas podia tener este convento, y lo ceden, renuncian y traspasan íntegramente para siempre en el citado Don F., y en quien el suyo teaga y le sucediere; y le dan poder irrevocable con libre, franca y general administracion, y constituyen procurador actor en su propio negocio, para que las goce, posea, use y disponga de ellas á su arbitrio, y de su importe, como de cosa suya adquirida con legítimo título, mediante que en la aceptacion de esta escritura se ha de obligar á satisfacer á este convento á tales plazos tanta cantidad que ha ofrecido por las causas y razones expuestas en su introduccion, con la que se dan las otorgantes y este convento por pagadas y satisfechas de la dote, ajuar, propinas y alimentos de la enunciada Doña Narcisa, y de todo cuanto la pueda corresponder por sus legítimas y futuras sucesiones así por testamento como abintestato, y por contrato entre vivos de padres, parientes y extraños, por causa de presente y de futuro; y se obligan, y á este convento, á no pedir mas con este ni otro pretexto al susodicho Don N. su padre, ni á sus herederos en tiempo alguno. Habiendo oido á la letra, y entendido esta escritura dicho Don F., dijo: que acepta la renuncia y obligacion que por parte de este convento queda formalizada, y se obliga á satisfacerle en su consecuencia á los plazos expresados los tantos reales que ofreció á la madre abadesa por la dote, ajuar, propinas y alimentos de la referida su hija; á cuya solucion y á la de las costas que por falta de puntual pagamento se le causen en su exaccion, quiere ser compelido por todo rigor, deferido el importe de estas en la relacion jurada de quien sea parte legítima para su percibo, y le releva de otra prueba. Y todos por lo que les incumbe se obligan á no alterar, tergiversar, contradecir ni reclamar este contrato, ni alegar por sí ni por interpuesta persona excepcion alguna, aunque les sea admisible en juicio; y si lo hicieren, á mas de no ser oidos, quieren se les condene en costas, y que sea visto por el mismo caso haberlo aprobado y ratificado, añadiendo fuerza á fuerza y contrato á contrato: á su cumplimiento obligan el citado Don Fulano sus bienes, y las referidas religiosas los de este convento, muebles, raices, derechos y acciones presentes y futuros; dan amplio poder á los señores jueces que de sus causas deben conocer

&c. Aquí se pondrá la cláusula guarentigia, renunciacion de leyes y del beneficio de menor edad y auxilio de restitucion in integrum, que compete al convento, y el juramento que se requiere para la mayor estabilidad del contrato, y nada mas; pues la renunciacion de las leyes del senadoconsulto Veleyano no viene al caso, por lo que dejo explicado.

3.º— RENUNCIA DE MONJA.

Estando en el locutorio bajo (ó puerta reglar) del convento de tal santo, intramuros de esta villa de tal, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, Sor ó Doña Francisca de tal, novicia de él, menor de veinte y cinco años, natural de tal parte, é hija legítima de legítimo matrimonio de Don Fulano y Doña Fulana de tal, vecinos de la referida villa, dijo: que desde su tierna infancia deseó con ansia ser religiosa, y mucho mas despues que con el mayor uso de razon conoció los escollos y peligros mundanos que obstan para servir á Dios y llegar al estado de la perfeccion; y habiéndolo consultado con personas timoratas que aprobaron su determinacion, y posteriormente con dicho su padre que está presente, pasó este á tratar con la madre abadesa de este convento, y la ofreció por su dote, ajuar, propinas y alimentos tanta cantidad, con tal que renunciase á su favor el derecho que tiene y puede tener á sus legítimas y futuras sucesiones, así por línea recta como transversal, por testamento y abintestato, de parientes y extraños, por causa de presente y de futuro, y por otro cualquiera motivo ó razon, y á su pago se obligó en este supuesto por escritura que otorgó en tal dia, mes y año, ante N. escribano; y precedidas las solemnidades acostumbradas, fué admitida por religiosa de coro y velo negro en este convento, el cual condescendió en todo con la propuesta de su padre; y para que la profesion y renuncia tuviesen efecto, se impetró licencia del señor vicario general de esta diócesis, el cual se la concedió en tantos de este mes, refrendada de N., notario de su tribunal, la que se une á esta escritura á fin de documentarla, vigerizarla é incorporarla en sus traslados, y su literal tenor es el siguiente.

Aquí la licencia del ordinario.

Conviene la licencia inserta con la que está en el protocolo de esta escritura, de que doy fe; y usando de ella el otorgante mediante estar dentro de los dos meses inmediatos á su profesion que pre fine el santo concilio de Trento, en la via y forma que mas lugar haya en derecho, de su libre y espontánea voluntad—Otorga que desde ahora para el instante en que se verifique su profesion, y desde esta para siempre jamas, renuncia en el mencionado su padre to-

dos los bienes, derechos y acciones que actualmente la pertenecen y pueden corresponder en adelante, así por muerte de sus padres, como por otras herencias y sucesiones testadas é intestadas, legítimas y trasversales, por legados y donaciones entre vivos, y por causa de muerte de parientes y extraños, por causa de presente y de futuro, y la esperanza de ellos sin limitacion ni reservacion, abdica, se desprende, desapropia, desiste, quita y aparta entera y absolutamente, y á su convento del derecho, título, propiedad, posesion, voz y recurso que á ellos tenia y podia tener y pretender; y este por su representacion, y todo con las acciones reales, personales, útiles, mixtas, directas y ejecutorias lo cede y trasfiere en el mencionado su padre, á quien confiere poder irrevocable con libre, franca y general administracion, y constituye procurador y actor en su misma causa y negocio, para que de su autoridad ó judicialmente, verificada que sea su profesion, tome y aprenda la real tenencia y posesion de todos los bienes que en virtud de este instrumento le compete, y sin su intervencion los venda, cambie, enagene, use y disponga de ellos, como dueño, á su arbitrio, por contrato ó última voluntad á favor de parientes ó extraños, ó en otros destinos, sin estar sujeto en lo respectivo á los que la otorgante posee, y parte de ellos de que puede disponer, á las leyes que hablan con los ascendientes legítimos, ni por consiguiente obligado á dejarlos á sus hermanos, ni estos adquirir el mas leve derecho á ellos, pues para esto le subroga en el que tiene y tendria si existiera en el siglo, careciera de herederos forzosos, y falleciera despues que su padre; y para que no necesite tomar la posesion, formaliza á su favor esta escritura, y me pide que de ella le dé las copias autorizadas que quisiere, con la cual, como legítimo, justo y verdadero título, sin otro acto de aprension ni aceptacion, ha de ser visto haberla tomado, aprendido y trasferidosele, y en el interin se constituye su inquilina, tenedora y precaria poseedora, pues con la dote que la ofreció, se da por contenta, pagada y satisfecha de todo cuanto por las razones expuestas le correspondiera á permanecer en el siglo: por lo que declara y confiesa no haber lesion alguna, y en caso que la haya, del exceso en poca ó mucha suma, le hace gracia y donacion pura, perfecta é irrevocable entre vivos, con insinuacion y demas estabilidades legales, y á mayor abundamiento renuncia la ley 4 del tit. 7 lib. 5 del Ordenamiento real recopilada, que trata de los contratos en que hay lesion, y los cuatro años que prefiere para pretender su rescision, ó el suplemento á lo justo, los que da por pasados como si lo estuvieran. Y se obliga á no revocar total ni parcialmente, ni alterar esta renuncia abdicativa, real, extintiva, sin embargo de que para ello tenga excepcion legítima, propicia y admisible en juicio; y si lo hiciere, á mas de ser nulo

y de no deber oírsele, ni admitírsela judicial ni extrajudicialmente, sino ántes bien condenársela en costas, ha de entenderse y estimarse por el mismo hecho que la ha aprobado, ratificado y formalizado con mayores vínculos y firmezas, añadiendo fuerza á fuerza, y contrato á contrato; y no obstante que por enfermedad ú otro motivo se difiera poco ó mucho tiempo su profesion, no ha de ser necesario hacer nueva renuncia, porque esta es irrevocable é irrescindible, y por tal se ha de juzgar: por lo que aunque su padre fallezca intestado, ó intervenga nueva causa y derecho, ó cese la porque formaliza esta renuncia, no han de hacer reversion, ni recaer en ella ni en su convento los bienes que posee, ni los que á estar en el siglo heredaría, sino pasar á los parientes que deban heredarla; para lo cual desde ahora se priva, excluye y aparta de nuevo, íntegra, perpetua y absolutamente, y á su convento de toda accion y derecho al todo y parte de ellos, y á la esperanza de los futuros: solemniza la renuncia abdicativa, real y exclusiva, mas firme y eficaz en toda forma legal: quiere se supla y da por suplido, cualquiera sustancial defecto que contenga: confiere amplio poder á los señores jueces que de sus causas deben conocer para que al cumplimiento y observancia de todo la compelan, como por sentencia definitiva pasada en autoridad de cosa juzgada y consentida, que por tal lo recibe; y renuncia las leyes de su favor con el auxilio de restitucion *in integrum*, que por ser menor la compete. Y jura por Dios nuestro Señor y una señal de cruz como esta ✠, que cumplirá exacta y literalmente todo cuanto deja prometido en esta escritura: que con pretexto de ser contrato celebrado entre padre é hija con el de menor edad, con el de lesion en mas ó ménos de la mitad de lo que por sus legítimas y futuras sucesiones la tocaria si sus padres fallecieran ántes de profesar, y podria tocar en adelante con el de pretericion y desheredacion, con el de dolo, suggestion, miedo, coaccion y respeto reverencial de su padre, (pues ninguna de estas cosas interviene), ni con otro motivo sea el que fuere indistintamente sin excepcion ni limitacion, no reclamará ni contravendrá á esta renuncia: que contra ella no tiene hecho ni hará protesta; y si pareciere, ú otra renuncia posterior, las revoca y anula: que de este juramento á ningun prelado eclesiástico pidió ni pedirá relajacion; y aunque de motu proprio se le conceda, no usará de ella, pena de perjury y de incurrir en las demas impuestas por derecho á los infractores de los juramentos solemnes; y hace un juramento mas que relajaciones pueden serla concedidas, para la perpetua estabilidad de este contrato en virtud del que en cuanto al efecto de heredar y suceder *ex testamento* y *ab intestato*, y á los demas civiles quiere ser conceptuada y tenida desde su profesion en adelante por extraña y muerta naturalmente, pues por tal se consti-

tuye. Así lo otorga y firma, á quien doy fe conozco, siendo testigos &c.

Nota 1.ª Con arreglo á la renuncia anterior podrá el escribano extender todas las de religiosas novicias que se le ofrezcan; pero debe tener presente que no en todas ha de poner cuanto aquella contiene; por lo que si el renunciante no es menor, no ha de renunciar el beneficio de la menor edad. Si su padre no la da dote, nada se ha de tocar de ella. Si no tiene ascendientes, no viene al caso hablar de legítimas. Si carece de bienes propios, es necedad mencionarlos, y las expresiones y cláusulas á su posesion correspondientes. Si se gobierna por sí sin estar sujeta á otro, no hay motivo para hacer expresion del miedo y respeto reverencial &c.; pues el ponerlo todo en todas, es absurdo, y dar á entender mucha ignorancia y falta de discernimiento; y así para no ser graduado de necio, omitirá lo que no conduzca, y se arreglará á las circunstancias que concurran en la renunciante, y á lo que quiere renunciar, y términos á que se ha de circunscribir ó extender su renuncia, pues bastante instruccion tiene con lo que dejo explicado. Si la prelada asiste al otorgamiento, puede firmar la renuncia por sola su concurrencia; bien que para nada es necesaria, y así que concurra ó no, la misma validacion tendrá.

Nota 2.ª Las renunciaciones de religiosos novicios se diferencian solamente de la anterior en que como no hay dote, ajuar ni propinas, ninguna expresion se hace de ellas.

Escrituras concernientes ó la materia de testamentos.

- | | |
|---|--|
| 1 Testamento regular. | 10 Revocacion <i>ad cautelam</i> con cláusulas derogatorias del testamento que otorga una muger. |
| 2 Cláusula declaratoria de dote de la muger. | 11 Cláusulas de desheredamiento. |
| 3 Cláusula sobre el capital que llevó el marido al matrimonio. | 12 Otorgamiento de testamento cerrado, y diligencias para su apertura. |
| 4 Otra de los hijos del testador, y anticipacion hecha á uno de ellos. | 13 Pedimento para la misma. |
| 5 Legado del quinto á un hijo natural por via de alimentos. | 14 Auto sobre el dicho pedimento. |
| 6 Institucion de heredero en favor de un hijo natural por falta de descendientes legítimos. | 15 Informacion.—Primer testigo.— <i>Nota</i> . |
| 7 Mejora del tercio y quinto en favor de una hija que ya llevó su dote. | 16 Auto. |
| 8 Mejora de un hijo por contrato oneroso. | 17 Diligencia de apertura.— <i>Nota</i> . |
| 9 Legado de cosa empeñada en poder del testador. | 18 Auto.— <i>Nota</i> . |
| | 19 Diligencias para declarar nuncupativo el testamento verbal hecho ante testigos.—Pedimento. |
| | 20 Auto. |
| | 21 Informacion.—Testigo primero.— <i>Nota</i> . |

- | | |
|---|---|
| 22 Auto.— <i>Nota</i> . | 27 Declaracion de pobre.— <i>Nota</i> . |
| 23 Codicilo abierto, y dos notas sobre el mismo asunto. | 28 Aceptacion de herencia. |
| 24 Otorgamiento de codicilo cerrado.— <i>Nota</i> . | 29 Repudiacion de herencia.— <i>Nota</i> . |
| 25 Poder para testar.— <i>Nota</i> . | 30 Licencia para testar.— <i>Nota</i> . |
| 26 Testamento en virtud de poder. | 31 Cláusulas para el nombramiento de testamentos universales. |

TESTAMENTO REGULAR.

1. **E**n el nombre de Dios Todopoderoso. Amen. Yo D. Francisco Solís y Guzman, natural y vecino de esta ciudad, hijo legítimo de legítimo matrimonio de D. Juan Solís y Guzman y de Doña María de Toledo, difuntos, naturales que tambien fueron de ella, hallándome por la divina misericordia bueno y sano, y en mi entero juicio, creyendo y confesando, como firmemente creo y confieso, el misterio de la Trinidad, Padre, Hijo y Espíritu Santo, tres personas que, aunque realmente distintas, tienen los mismos atributos, y son un solo Dios verdadero y una esencia y sustancia, y todos los demas misterios y sacramentos que cree y confiesa nuestra Santa Madre la Iglesia católica apostólica romana, en cuya verdadera fe y creencia he vivido, vivo y protesto vivir y morir, como católico fiel cristiano, tomando por mi intercesora y protectora á la siempre Virgen é inmaculada Reina de los ángeles María Santísima, Madre de Dios y Señora nuestra, del santo ángel mi custodia, los de mi nombre y devocion, y demas de la corte celestial, para que impetren de nuestro Señor y Redentor Jesucristo, que por los infinitos méritos de su preciosísima vida, pasion y muerte me perdone todas mis culpas, y lleve mi alma á gozar de su presencia: temeroso de la muerte, que es tan natural y precisa á toda criatura humana, como incierta su hora, para estar prevenido con disposicion testamentaria cuando llegue; resolver con maduro acuerdo y reflexion todo lo concerniente al descargo de mi conciencia; evitar con la claridad las dudas y pleitos que por su defecto pueden suscitarse despues de mi fallecimiento, y no tener á la hora de este algun cuidado temporal que me obste pedir á Dios de todas veras la remision que espero de mis pecados: otorgo, hago y ordeno mi testamento en la forma siguiente:

Encomiendo mi alma á Dios nuestro Señor, que de la nada la crió, y mando el cuerpo á la tierra de que fué formado; el cual hecho cadáver, quiero se amortaje con el hábito de nuestro seráfico Padre S. Francisco, y sepulte en la iglesia parroquial, de donde al tiempo de mi muerte fuere parroquiano.

Es mi voluntad que asistan á mi entierro, si fuere en público, el número completo de sacerdotes de mi parroquia, treinta religiosos

de S. Francisco, otros tantos del orden de Santo Domingo, veinte y cuatro pobres del Hospicio, los que acompañen mi cuerpo hasta la iglesia; y si fuere en secreto, mando que mis testamentarios distribuyan en misas por mi alma á su eleccion, sin perjuicio del derecho de la parroquia, el importe de la limosna que por su asistencia se les habia de dar, y que en este caso á nada tengan derecho.

Mando que el dia de mi entierro, siendo hora, y si no en el inmediato se celebre por mi alma misa cantada de cuerpo presente con diácono, subdiácono, vigilia y responso, y que asistan á officiarla el número de sacerdotes referido, pagándose la limosna que se acostumbra.¹

Mando igualmente que se celebren doscientas misas rezadas por mi alma, las de mis padres y abuelos y demas de mi obligacion, satisfaciendo de limosna por cada una un peso, de que sacada la cuarta parte correspondiente á la parroquia, las restantes se celebrarán en las iglesias y altares que elijan mis testamentarios, como tambien las referidas en la cláusula anterior.

Legó por una vez para la conservacion de los Santos Lugares de Jerusalem y Tierra Santa y demas mandas forzosas tanta cantidad, y otra tanta á los hospitales de esta ciudad, con cuya limosna aparto á todas del derecho y accion que podian pretender á mis bienes.

Para ayudar á la curacion de los pobres enfermos del hospital de S. Juan de Dios de esta ciudad, mando se entreguen al superior de él quinientos y cincuenta pesos por una vez, y le encargo que los distribuya en este destino y no en otro, y sobre ello la conciencia.

A D. Antonio de Solís, mi hermano, legó la caja y espadin de oro de mi uso diario, y á Doña Teresa mi hermana, mil pesos en dinero por una vez, para tomar estado ó para los fines que quisiere; y les pido me encomienden á Dios.

Al criado mayor que me sirva al tiempo de mi muerte, legó toda mi ropa de lana y seda que entónces tuviere: á la criada que me asista y hubiere en mi casa, la cama completa en que durmiere, con sus tablas, colchones, cuatro almohadas, otras tantas sábanas, la manta y colcha que usare en ella, y asimismo cincuenta pesos en dinero por una vez; y si hubiere dos, perciba todo este legado la

¹ Algunos testadores ricos suelen mandar que en su parroquia ó en otra parte se les haga novenario y cabo de año sin mas expresion, y se duda si esto ha de ser con el mismo fúnebre aparato que en el entierro; y para quitar dudas y pleitos entre

los herederos y parroquias ó conventos, prevendrá el escribano al testador que lo exprese con toda claridad, pues de omitirlo se ocasionan gastos, y difiere el cumplimiento de su voluntad.

mas antigua, y á la moderna se den solo cincuenta pesos; y les pido me encomienden á Dios.

Declaro me hallo casado legítimamente con Doña Gertrudis Meneses, en cuyo matrimonio hemos procreado y tenemos por nuestros hijos legítimos á D. Alejandro, D. Antonio, D. José, Doña Manuela y Doña María Josefa de Solís, menores en la edad pupilar, de los cuales y de los demas que procreáremos constante él, usando de las facultades que me confiere la ley 3. tit. 16. de la Partida 6, nombró á la referida mi muger por tutora y curadora de sus bienes, ínterin subsista viuda; y en atencion á su buena conducta, aplicacion, gobierno y maternal amor que les profesa, y á que por consiguiente cuidará con el mayor celo y vigilancia de la conservacion y aumento de ellos, la relevo de fianzas, y consigno frutos por alimentos para su crianza y manutencion. Suplico al señor juez ante quien se presente testimonio de esta cláusula, apruebe y confirme este nombramiento, y la discierna este encargo con la relevacion y consignacion mencionadas, que así es mi voluntad; pero si volviere á casarse, mando que aunque dé fianzas se la quite la tutela, y saquen de su poder á mis hijos y sus bienes, y se entreguen á la persona mas cristiana y abonada que pareciere á dicho señor juez, el que le señale para su manutencion y crianza lo que contemple preciso segun su calidad, y no frutos por alimentos, y el sobrante se deposite y emplee cuando haya proporcion para aumento de sus legítimas: sobre todo lo cual le encargo la conciencia, y me conformo con la ley 5 del mismo título y Partida.

Usando de la potestad que me confieren las leyes, mejoro en el tercio que quede de mis bienes despues de deducido el quinto, al expresado Don Alejandro, mi hijo, el que le consigno en las tierras sitas en tal parte, término de esta villa, y mando que si su valor no alcanza á completarlo, se le reintegre lo que falte en bienes muebles, y si excede, el sobrante sea para parte del pago de su legítima paterna.

A la mencionada Doña Gertrudis mi muger legó el remanente del quinto de mis bienes, el que la consigno en una casa que poseo en esta ciudad en tal calle; bien entendido, que si volviere á casarse, aunque sea pasado el año de viuda, lo ha de restituir íncontinenti á mis hijos, para que se divida entre ellos con igualdad y no á prorata, á cuyo fin para desde el dia en que tome estado en adelante, la privo enteramente de su propiedad, posesion, goce y usufruto, y de que pueda enagenarla ántes ó despues, y en este caso revoco y anulo este legado: y mando que el quinto se deduzca primero que el tercio; pero que no exceda de la legítima que á cada uno de mis cinco hijos debe tocar, sin embargo de cua-

lesquier razones y fundamentos que haya para deducirse del total de mis bienes.

Si entre mis papeles ó en poder de mi confesor ó de otra persona se hallare una memoria con fecha posterior á este testamento y relacion de él, ó sin fecha firmada de mi puño, ó escrita por mí aunque no esté firmada, que contenga mandas, declaraciones, fundaciones, remisiones, ampliaciones, mutacion, restriccion ó revocacion de todo ó parte de lo que dejo ordenado, ú otras cosas concernientes á mi última voluntad, mando que se tenga y estime por parte integral de él, que como tal se protocolice, sin necesidad de precepto judicial, en los registros del presente escribano; que su contexto se observe exacta, íntegra é inviolablemente sin tergiversacion, como si aquí fuera especificado; y que á los verdaderos interesados se den las copias y testimonios que pidan de lo que les corresponda, pues así es mi voluntad: pero no estando escrita ó firmada por mí, no haga fe judicial ni extrajudicialmente.

Para cumplir todo lo pio que contiene este testamento, y contuviere la memoria en caso de dejarla, nombro por mis testamentarios á Don Fulano y Don Fulano, y á cada uno *in solidum*, y les confiero amplio poder para que luego que fallezca se apoderen de mis bienes, vendan de los mas efectivos los precisos en pública almoneda ó fuera de ella, y de su producto lo cumplan y paguen todo, cuyo encargo les dure el año legal, y el mas tiempo que necesitaren, pues se lo prorogo.

Despues de cumplido y pagado todo lo expresado, del remanente de mis bienes muebles, raices, derechos y acciones presentes y futuros instituyo por mis únicos y universales herederos á los expresados Don Alejandro, Don Antonio, Don José, Doña Manuela y Doña María Josefa de Solís y Meneses, mis cinco hijos, y de la referida Doña Gertrudis Meneses mi muger, y á los demas descendientes de legítimo matrimonio que tuviere al tiempo de mi muerte, y deban heredarme, para que los hayan y lleven por su orden y grado, segun su representacion y lo dispuesto por las leyes, con la bendicion de Dios y la mia.

Y por el presente rovocho y anulo todos los testamentos y demas disposiciones testamentarias que ántes de ahora he formalizado por escrito, de palabra ó en otra forma, para que ninguno valga ni haga fe judicial ni extrajudicialmente; excepto este testamento y memoria citada que quiero y mando se estime y tenga por tal, y se observe y cumpla todo su contexto como mi última deliberada voluntad, ó en la via y forma que mejor lugar haya en derecho. Así lo otorgo y firmo ante el presente escribano en esta ciudad de Méjico, á tantos de tal mes y año, siendo testigos Pedro, Juan, Francisco,

Diego y Anselmo de tal, vecinos de ella, y al otorgante yo el escribano doy fe que conozco. La ley 103. tit. 18. Part. 3. trata de la extension del testamento.

DECLARACION DE LA DOTE QUE LA MUGER LLEVÓ AL MATRIMONIO, Y DE LO QUE SU MARIDO LA OFRECIÓ EN ARRAS.

2. Declaro que cuando Doña Fulana mi muger se casó conmigo trajo á mi poder por dote y caudal suyo propio en bienes muebles, que se tasaron, tanta cantidad, y tanta en dinero, que toda ascendió á tanto; y que la ofrecí tanto en arras y donacion *propter nuptias*, y de ello otorgué á su favor el correspondiente resguardo. Mando que se le haga pago de su dote íntegramente, y en cuanto á las arras se tenga presente mi capital y caudal que me tocara, y si cupiere en la décima parte de mis bienes, se la entregue sin descuento lo que le ofrecí; y no cabiendo, se la satisfaga la parte que quepa.

DECLARACION DEL CAPITAL QUE LLEVÓ EL MARIDO

3. Declaro que cuando contraje matrimonio con Fulana, llevé por cuadal mio propio tanta cantidad, de que otorgó á mi favor el capital correspondiente en tantos de tal mes y año ante Fulano, escribano público. Mando se tenga presente para la deducccion de los gananciales ó menoscabos que pueda haber.

OTRA DE LOS HIJOS QUE EL TESTADOR TIENE, Y DE LO QUE DIÓ A UNO DE ELLOS EN CUENTA DE SU LEGITIMA.

4. Declaro que del matrimonio que contraje con Fulana, tengo por mis hijos legítimos á Francisco, Pedro y Juan; de los cuales Francisco se ha casado, y le di tantos mil pesos en cuenta de su legítima paterna: mando que los traiga á colacion y particion con sus hermanos, y los reciba en parte de pago de ella; y si excediere, se tenga el exceso por mejora.

LEGADO DEL QUINTO POR ALIMENTOS A UN HIJO NATURAL.

5. Declaro que tengo un hijo natural llamado Pedro, que lo hu-
be en Fulana, estando ambos solteros, y sin impedimento conónico no solo al tiempo de su concepcion, sino al de su nacimiento, de suerte que podiamos casarnos sin dispensacion; y mediante hallarme con descendientes legítimos procreados en Fulana mi muger difunta, usando de la facultad que me conceden las leyes 10 y 28 de Toro, le lego el remanente del quinto de todos mis bienes, derechos y acciones, que es lo que puedo dejarle por razon de alimentos;

y si al tiempo de mi fallecimiento no tuviere otro legítimo, sea mi universal heredero.

INSTITUCION DE HEREDERO A UN HIJO NATURAL POR FALTA DE DESCENDIENTES LEGITIMOS.

6. Por cuanto me hallo sin descendientes legítimos, y con un hijo natural reconocido, llamado Francisco, que procreé en Fulana, estando ambos solteros, y sin impedimento canónico para contraer matrimonio; por tanto, sin embargo de que tengo legítimos ascendientes, usando de la potestad que me concede la ley 10 de Toro, instituyo por único heredero de todos mis bienes, derechos y acciones al expresado Francisco, para que los haya y herede con la bendicion de Dios y la mia.

MEJORA DEL TERCIO Y QUINTO HECHA A UNA HIJA QUE LLEVÓ DOTE CUANDO SE CASÓ.

7. Declaro que del matrimonio que contraje con Fulana tenemos por nuestros hijos legítimos á Francisco y Juana; que esta se halla casada con Fulano, y que cuando se casó, la di en dote tanta cantidad; y respecto no poder ser mejoradas las hijas en contrato entre vivos por razon de dote ni casamiento, mando que traiga á colacion y particion con su hermano la dote que la entregué; pero mediante no estar prohibido que lo sean por última disposicion, la mejoro en el tercio y remanente del quinto de mis bienes, que la consigo en tales tierras, para que lo haya y herede á mas de su legítima; y mando asimismo que en la deducion del quinto se observe la ley del Estilo, segun se practica comunmente, y que el tercio se saque del residuo de la herencia.

MEJORA QUE HACE EL PADRE A UN HIJO A QUIEN POR CONTRATO ONEROSO PROMETIÓ MEJORAR.

8. Declaro que cuando mi hijo Fulano contrajo matrimonio con Fulana, prometí mejorarlo en el tercio y quinto de mis bienes, y á ello me obligué en la escritura de capitulaciones que precedieron; y cumpliendo la obligacion que contraje, y lo que en este caso manda la ley 22 de Toro, le mejoro en dicho tercio y quinto, para que lo haya y herede á mas de su legítima que debe percibir, y el tercio se sacará de los bienes que queden bajado el quinto.

LEGADO DE COSA EMPEÑADA EN PODER DEL TESTADOR.

9. Declaro que Pedro de tal me pidió prestados tantos pesos sobre una salvilla de plata y un aderezo de plata con tantos diamantes y tantas esmeraldas que me entregó en empeño para seguridad

de la citada cantidad, de que nos hicimos el respectivo resguardo: mando al expresado Pedro las alhajas referidas, y reservo á mis herederos la accion que les da la ley 16. tit. 9. de la Partida 6 para que usen de ella como les convenga.

REVOCACION AD CAUTELAM CON CLAUSULAS DEROGATORIAS DEL TESTAMENTO QUE OTORGA UNA MUGER.

10. Y por el presente revoco y anulo todos los testamentos y demas disposiciones testamentarias que ántes de ahora formalicé por escrito, de palabra ó en otra forma, para que ninguna valga ni haga fe judicial ni extrajudicialmente. Y porque si tomo estado de matrimonio, ó aunque no lo tome, puede suceder que el miedo, respeto reverencial, ó las eficaces persuasiones ó amenazas de mi marido ó de otras personas me seduzcan y violenten á variar de disposicion, especialmente si estoy enferma, y tal vez compelida manifestaré exteriormente que condesciendo, y quedaré privada del uso de la natural libertad de testar á mi satisfaccion, como ahora lo hago; para que esta disposicion no se fustre en todo ni en parte, declaro que la ordeno de mi libre y espontánea voluntad, me obligo á no revocarla en manera alguna, y mando que si falleciendo sin herederos forzosos hiciere otra total ó parcialmente contraria, no se entienda ni estime revocada esta, á ménos que aquella contenga en forma especifica tales palabras (*aquí expresará las que sean*), y se cite en ellas este testamento y la obligacion que incluye de no revocarlo, y no lo uno sin lo otro, pues en tal caso ha de tenerse aquella y no esta por mi última deliberada voluntad, ó en la via y forma que mejor lugar haya en derecho: en cuyo testimonio así lo digo, otorgo y firmo ante el presente escribano en esta villa de &c.,

CLAUSULAS DE EXHEREDACION.

11. Mediante que mi hijo Pedro, con desprecio de los mandamientos divinos y de la misma ley de la naturaleza, tuvo la osadía de poner en mí tal dia á presencia de tales personas las manos airadas para herirme ó matarme, y profirió contra mi honor palabras infamatorias, porque le reprendí como padre sus vicios, amonestándole se abstudiese de ellos, y procurase vivir con el arreglo que como cristiano temeroso de Dios debe tener, y que por este execrable exceso es indigno de titularse hijo mio, y tener parte en mis bienes, desde luego para que no quede impune y sirva á otros de

1 En el § 3. cap. 15 de la revocacion del testamento, queda extendida la cláusula revocatoria del que contiene la anterior, por lo cual se omite; como tambien la de sus-

tituciones, fundaciones de vinculos por via de mejora, y otras que se pondrán en sus respectivos lugares.

ejemplo y escarmiento, en uso de las facultadas que me confieren las leyes del tit. 7. Part. 6. le abduco y desheredo enteramente de la legitima paterna que despues de mis dias le podia tocar; le privo y aparto del derecho que á ella podia pretender; y quiero y mando que por razon de alimentos, ni por otro título ni motivo no sea admitido total ni parcialmente á su goce, ni tenido por hijo mio, como si no hubiera nacido; protesto no nombrarlo en este testamento por mi heredero ni legatario, sin que esta pretericion y desheredacion pueda anularse en tiempo alguno.

OTORGAMIENTO DE TESTAMENTO CERRADO, Y DILIGENCIAS PARA SU

ALERE FLAMMAM APERTURA.

12. En la villa de tal, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, Francisco Lopez, vecino de ella, y natural de &c. (*aquí se expresará su filiacion y naturaleza como en el testamento nuncupativo*), hallándose enfermo de la enfermedad que Dios nuestro Señor se ha servido darle, y en su entero juicio, creyendo &c. (*Aquí se pondrá la protestacion de fe y deprecacion como en dicho testamento*), dijo: que tiene escrito y ordenado su testamento en este cuaderno cerrado que me entrega para este acto: que en él deja señalado entierro, hábito y misas, y nombrados albaceas y herederos: que quiere subsista de esta suerte el resto de su vida, y despues de muerto se abra y publique con la solemnidad legal: y que revoca y anula por él todos los testamentos y demas disposiciones testamentarias que ántes de ahora ha formalizado por escrito, de palabra ó en otra manera, para que ninguna valga ni haga fe judicial ni extrajudicialmente: manda que solo este testamento se tenga y observe por tal, y por su última deliberada voluntad, ó en la vía y forma que mas haya lugar en derecho. Así lo otorga y firma, á quien doy fe conozco: rogó á los testigos presenciales que lo fueron Pedro, Juan, Diego, Alonzo, Martin, Tomas y Estevan de tal, vecinos de esta villa, que firmasen tambien, y por lo que expresaron no saber, que lo hiciese el referido Tomas — Francisco Lopez. — Fui testigo: Pedro de tal. — Fui testigo: Tomas de tal. — Fui testigo: Antonio de tal. — Fui testigo: José de tal. — Fui testigo: Domingo de tal. — Testigo á ruego de Juan de tal: Tomas de tal. — Testigo á ruego de Diego de tal: Tomas de tal. — Ante mí: Fulano de tal. — Yo Fulano de tal, escribano nacional, y del número de esta villa de tal, presente fui al anterior otorgamiento, y en fe de ello lo signo y firmo. — En testimonio de verdad: Fulano de tal.

PEDIMENTO PARA LA APERTURA DEL TESTAMENTO CERRADO.

13. Pedro Fernandez, vecino de esta villa, ante V., como mejor

haya lugar, digo: que Francisco Lopez, vecino tambien de ella, estando enfermo otorgó el testamento escrito que en debida forma pesentó ante Fulano, escribano de este número, en el dia tantos de tal mes, y bajo de él falleció hoy á las siete de la mañana, poco mas ó ménos, y respecto tener entendido que me dejó por su testamentario (*ó lo que sea*), para que se cumpla lo que en él dispuso: — A V. suplico que habiéndolo por presentado, se sirva mandar se abra y publique con la solemnidad legal, y que reduciéndolo á escritura pública, se den á los interesados los traslados y testimonios que pidan y les competan, interponiendo á ello para su mayor validacion la judicial autoridad cuanto ha lugar en derecho, pues así procede de justicia que pido; juro no pedirlo de malicia, y para ello &c.

AUTO.

14. Por presentado el testamento que se refiere: hágase la justificacion que se pretende con los testigos instrumentales, á cuyo fin comparezcan en este juzgado, y evacuado en la parte que baste, se traiga todo para proveer. El Señor Don Fulano, juez de esta villa de tal, lo mandó en ella á tantos de tal mes y año &c.

INFORMACION.

Primer testigo.

15. En tal villa, á tantos de tal mes y año, Pedro Fernandez, contenido en el pedimento y auto anteriores, cumpliendo con lo que por este le está mandado, presentó por testigo á Fulano, vecino de ella, de quien por ante mí el Señor Don Fulano, juez de esta villa, recibió juramento por Dios nuestro Señor y una señal de cruz en forma de derecho, y bajo de él prometió decir verdad, y lo que supiere sobre lo que fuere preguntado: y siéndolo por el referido señor juez al tenor del pedimento citado, y habiéndole manifestado el testamento y cuaderno presentado, dijo: es cierto que Francisco Lopez, vecino que fué de esta villa, estando enfermo, y al parecer con pleno uso de las potencias y sentidos, otorgó en tal dia su testamento cerrado ante Fulano, escribano de este número, cuyo acto presencié el declarante, como testigo llamado y rogado, con los demas que en él constan, y á vista de todos expresé con palabras claras y perceptibles, que lo que dentro de dicho cuaderno ó volúmen cerrado estaba escrito era su testamento y última voluntad: que en él dejaba elegido hábito, entierro y misas, y nombrados albaceas y heredero: que no queria se abriese hasta que falleciese, y que entónces precediese para ello la solemnidad

prescrita por derecho; y asimismo que por él revocaba todos los testamentos y demas disposiciones testamentarias que ántes hubiese formalizado, segun del otorgamiento consta. Todo lo cual expresó ante el declarante y demas testigos instrumentales: que á un propio tiempo lo oyeron de su boca porque estaban juntos en la pieza en que se hallaba el enfermo, lo vieron y concurrieron á dicho acto, y el declarante firmó como testigo con el testador y otros que supieron, cuya firma dice *Fulano de tal*, es suya propia, la que acostumbra hacer, y por tal la reconoce, como tambien el cuaderno, que está del mismo modo que cuando lo firmó; y por los que dijeron no saber, firmó Fulano, y todos encima de la cubierta del mencionado cuaderno: é igualmente dijo, que el otorgante falleció en este dia de la enfermedad que padecia, por haberlo visto cadáver (ú oído o decir), y no le consta haya otorgado posteriormente otro testamento de palabra ni por escrito: que es lo que sabe y puede declarar, y todo la verdad bajo de dicho juramento, en que se afirma, ratifica y lo firma con el señor juez, y expresa tener tantos años de edad, de que doy fe. Media firma del juez.—Firma del testigo.—Ante mí: Fulano.

Nota. Las deposiciones de los demas testigos (que á lo ménos han de ser cuatro) irán contestes con la precedente, mudando lo conveniente y preciso en cuanto á las firmas; pues si el testador ó alguno de los testigos que se examinaren no firmaron, dirá quién firmó por ellos. Si se quiere omitir algo del contexto del otorgamiento, se puede hacer remitiéndose á lo que de él consta, para que las declaraciones se despachen con mas brevedad, y luego corresponde el auto siguiente.

AUTO.

16. Por lo que resulta de la informacion anterior, y mediante estar sin la mas leve sospecha de rotura ni otra el testamento presentado, se abra, y por el presente escribano se publique en forma, y hecho, se proveerá á los demas pretendido: el señor Don Fulano, juez de esta villa de tal, lo mandó &c.

DILIGENCIA DE APERTURA.

17. Incontinenti el expresado señor juez quitó á mi presencia y de los testigos examinados el sello (*lacre, oblea ó lo que sea*) con que estaba cerrado el citado cuaderno y testamento, y lo abrió y leyó para sí tácitamente, y luego me lo entregó á fin de que lo publique, el cual tiene tantas hojas útiles escritas en papel comun (*ó sellado, segun sea*), y al pié una firma que dice *Francisco Lopez*: (si no está firmado se dirá, y está sin firma), y su literal tenor es el siguiente, de que doy fe.—Fulano de tal.

Nota. Aquí se ha de insertar el testamento cuando se saque copia de él; previniendo que primero se copian el pedimento, informacion, autos anteriores y diligencia de apertura por órden, despues el testamento, luego su otorgamiento, y lo último el auto que sigue.

AUTO.

18. En tal villa, á tantos de tal mes y año, el señor Don Fulano, juez de ella, habiendo visto estos autos, dijo: que reduce á escritura pública, y declara por testamento y última voluntad de Francisco Lopez, todo lo que en tantas hojas que contiene y rubrique, está escrito: manda que se protocolice en los registros del presente escribano, y traslade conforme á la ley, y que de él y de estos autos se den á los interesados las copias y testimonios que pidieren y les pertenecieren; pues para la mayor subsistencia y validacion de todo interpone su autoridad en legal forma, y lo firma, de que doy fe.—Firma entera del juez.—Ante mí: Fulano.

Nota. Si está escrito en papel sellado, se omitirá en el auto el precepto de que se traslade conforme á la ley, porque no es necesario. Algunos ponen bajo de un contexto la diligencia de apertura y auto último sin separacion. Cada uno ajústese á lo que mejor le parezca, pues surte el propio efecto, y nada se varía en la sustancia.

DILIGENCIA PARA DECLARAR POR TESTAMENTO NUNCUPATIVO EL DISPUESTO DE PALABRA ANTE TESTIGOS.

Pedimento.

19. Francisco Perez, vecino de esta villa, ante V., como mas haya lugar, digo: que Antonio Lopez, de la misma vecindad, hallándose en tal dia muy agravado de la enfermedad que padecia, pero en su juicio natural, y considerando que segun la crítica situacion en que estaba constituido moriria *ab intestato*; por evitar que esto sucediese, mediante no haber escribano en esta villa (*ó por el motivo que haya*) dió órden á un criado suyo para que llamase cinco testigos, todos vecinos de ella, que fueron Pedro, Sancho, Diego, Martin y Juan de tal; y á su presencia, precedida la protestacion de la fe, les dijo que se contemplaba mortal, y por si Dios fuese servido llamarle á juicio, queria se enterrase su cadáver en su iglesia parroquial: que por su alma se celebrase el dia de su entierro, siendo hora, y si no en el siguiente, misa cantada de cuerpo presente con diácono, subdiácono, vigilia y responso, y tantas rezadas, su limosna á tanto, (*aquí se expresará lo demas que hubiese dispuesto*): nombró por sus testamentarios á Lorenzo y José de tal, y á cada uno *in solidum*, para que evacuasen su voluntad dentro ó fuera del término legal: me

instuyó por único y universal heredero de sus bienes: revocó y anuló todas las disposiciones testamentarias que anteriormente tuviese hechas; y pidió á los testigos referidos que lo fuesen de como todo lo expuesto quier se estimase y cumpliese por su testamento nuncupativo y última deliberada voluntad, ó en la via y forma que mejor lugar hubiese en derecho, y que así lo declarasen en juicio, si sobre ello fuesen preguntados; y mediante haber fallecido hoy bajo de esta disposición, para que tenga efecto:—A. V. suplico se sirva mandar que al tenor de este pedimento se examinen conforme á la ley todos los testigos nombrados, y constanding la certeza de su contestó declarar sus disposiciones por testamento nuncupativo y última voluntad del prenotado Antonio Lopez, y asimismo providenciar que se protocolicen en los registros del presente escribano, y den á los interesados los traslados y testimonios que pidieren y fuesen de dar, interponiendo á todo para su mayor validacion y firmeza la judicial autoridad cuanto ha lugar en derecho, pues así procede de justicia que pido, juro lo necesario, y para ello &c.

AUTO.

20. Recíbese á esta parte la informacion que ofrece por ante el presente escribano, y evacuada se traiga para proveer lo que haya lugar sobre lo que se pretende: el señor D. Fulano, juez de esta villa de tal, lo mandó y firmó á tantos &c.

INFORMACION.

Primer testigo.

21. En tal villa, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano Francisco Perez, vecino de ella, presentó por testigo para la informacion que tiene ofrecida y le está mandada dar á Pedro de tal, vecino tambien de ella, de quien el señor juez recibió juramento por Dios nuestro Señor y una señal de cruz en forma de derecho, y bajo de él prometió decir verdad, y lo que supiere sobre lo que le fuere preguntado; y siéndolo al tenor del pedimento que la motiva, dijo: que en tal dia, á tal hora poco mas ó ménos, fué á la casa de D. Antonio Lopez, difunto, en consecuencia de recado que le envió con un criado suyo, y á su presencia y de Sancho, Diego, Martin y Juan de tal, todos vecinos igualmente de esta villa, expresó que hallándose gravemente enfermo, y no queriendo morir intestado, los llamaba para que fuesen testigos de su disposicion y última voluntad; y con efecto empezó á decir que creia y confesaba todos los misterios y sacramentos de nuestra santa madre la Iglesia católica apostólica romana, en cuya fe y creencia habia vivido, y vivia, y pro-

testaba vivir y morir como católico fiel cristiano: que queria se enterrase su cadáver en su parroquia, á tal hora, con tal fúnebre aparato y acompañamiento, y se le amortajase con tal hábito: que el dia de su entierro se celebrase por su alma misa cantada de cuerpo presente con diácono, subdiácono, vigilia y responso y tantas rezadas, su limosna á tanto. (*Aquí se pondrá lo demas que hubiere declarado y mandado.*) Que nombraba por sus testamentarios á Lorenzo y José de tal, y á cada uno *in sólido*, y les daba amplio poder y facultad para cumplir todo lo que dejaba ordenado, y para ello les prorogaba el término que necesitasen: que institua por único heredero de todos sus bienes á dicho Francisco Perez; y que revocaba todos los testamentos y demas disposiciones testamentarias que ántes hubiese formalizado por escrito, de palabra ó en otra forma, para que ninguna valiese ni hiciese fe judicial ni extrajudicialmente, excepto la que á presencia del declarante y demas testigos expresados manifestó verbalmente y deja referida, la cual quiso se estimase y observase como su testamento y última deliberada voluntad, ó en la mejor via y forma que hubiese lugar en derecho: todo lo cual expresó clara y distintamente á los mencionados testigos á un propio tiempo, estando al parecer con él pleno uso de su juicio aunque enfermo, y les previno lo tuviesen presente y declarasen si en juicio fuesen preguntados; y sabe el declarante que el referido testador falleció bajo de esta disposicion, porque oyó decir que no habia otorgado posteriormente otra. Que es lo que pasó en aquel acto, puede declarar, y todo la verdad bajo del juramento que deja hecho, en que se afirma y ratifica, y lo firmó con el señor juez; dijo ser de tantos años de edad poco mas ó ménos, y que no es pariente de la parte que le presentó, doy fe. Media firma del juez.—Fulano.—Ante mí.—Fulano.

Nota. Las declaraciones de los demas testigos han de ser arregladas y conformes á esta en todo, ménos en cuanto á las firmas y edad, que variarán segun sea y sepa el testigo, y luego corresponde el siguiente

AUTO.

22. En tal villa, á tantos de tal mes y año, el señor D. Fulano, juez de ella, habiendo visto estos autos, dijo: Que mediante resultar por las contestes declaraciones de los cinco testigos instrumentales examinados la disposicion bajo de que falleció Antonio Lopez, vecino que fué de esta villa, debia declarar y declaraba todo cuanto está expresado en ellas por su testamento nuncupativo y última deliberada voluntad; y en su consecuencia mandó que como tal se observe y cumpla íntegra é inviolablemente: que estos autos se protocolicen en los registros de escrituras públicas del

presente escribano, á que reduce dichas disposiciones: que por tal se estimen y tengan, y que de todo se den á los interesados los traslados y testimonios que pidieren y fuesen de dar, de manera que hagan fe, pues para su mayor validacion interpone la autoridad de su oficio cuanto puede y ha lugar en derecho, y lo firma, de que doy fe.—Firma entera del juez.—Ante mí.—Fulano.

Nota. Si el testamento fuere dispuesto en cédula ante testigos, se practicará lo que dejó prevenido en el capítulo anterior, párrafo 8, y respecto de que con ello y con las diligencias extendidas puede el escribano instruirse radicalmente de todo, omito su ordenacion por evitar proligidad nada necesaria. Tendrá cuidado de expresar si los testigos de estos dos testamentos son ó no parientes del heredero, y si lo son, en qué grado, pues dentro del cuarto civil les está prohibido serlo, como dejó expuesto en el capítulo 1, párrafo 6, y por esta razon puede viciarse el testamento, lo que no podrán decir en el otorgamiento y apertura del cerrado, porque ignoran quién es el heredero, y por eso no lo puse como en el de palabra. Asimismo que el notario meramente eclesiástico no puede como tal autorizar testamentos ni escritura pública entre legos, y si los autoriza son nulos; pero se pueden revalidar los testamentos hechos ante él, practicando las diligencias que van referidas en esta nota, acerca de lo cual véase á Flores de Mena *Var. quaest.* 1. n. 13 al 18, y á los que cita.

CODICILO ABIERTO.

23. En tal parte, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, Francisco Lopez, vecino de ella, dijo: Que en tal dia de tal mes y año otorgó su testamento ante Fulano, escribano público, del cual ha deliberado quitar y enmendar algunas cosas y añadir otras; y poniéndolo en ejecucion por via de codicilo, ó en la forma que mas haya lugar en derecho, ordena, declara y manda lo siguiente.

Manda que á mas de las tantas misas que deja por su alma, se celebren por su intencion tantas en tales altares de tal iglesia, y que se dé por la limosna de cada una tanta cantidad.

Manda que el legado de tanta cantidad que hizo á Pedro, no se le entregue, y para que no tenga accion á pedirlo, lo revoca enteramente.

Quiere que el residuo del quinto de sus bienes se dé á Fulana, su hija, á cuyo fin se lo lega, para que lo haya á mas de su legitima.

Declara que despues de haber otorgado dicho testamento, con-

1 L. 19. tit. 25. lib. 4. R., ó 2. tit. 14. lib. 2. N.

trajo matrimonio Fulano, su hijo, y que le dió tanta cantidad en cuenta de su legitima: manda que la traiga á colacion y particion, y lo mejora en el tercio de todos sus bienes, cuya deduccion se ha de hacer despues de sacado el quinto.

Nota. Así proseguirá con lo demas que quiera disponer, no excediendo de las facultades que el derecho le concede, y luego proseguirá en la siguiente forma.

Todo lo cual quiere que valga en la via y forma que mejor haya lugar en derecho, y manda se guarde, cumpla y ejecute inviolablemente; y revoca y anula dicho testamento en todo lo que fuere contrario á este codicilo, y en lo que sea conforme con él y en todo lo demas lo aprueba, ratifica y deja en su fuerza y vigor para que se estime por su última deliberada voluntad, y con ningun motivo ni pretexto se contravenga. Así lo otorga y firma, á quien doy fe conozco, siendo testigos &c. 1

Otra. Si el testador no hubiere hecho testamento, no se mencionará en el codicilo, y se omitirá en el pié de este la cláusula de su revocacion y aprobacion que contiene. Si quisiere nombrar heredero en él, no se detenga el escribano en ponerlo: pues aunque es verdad que el testador no puede hacerlo, si lo hiciere, no se estimará por codicilo, sin embargo de que se llame así, sino por testamento, como dejó expuesto; y el que instituya llevará la herencia, respecto no tenerlo hecho ántes. Pero que lo tenga ó no otorgado, podrá poner en él (si quisiere) la protestacion de la fe, naturaleza y filiacion del testador, como tambien en el cerrado, y la cláusula codicilar en ambos.

OTORGAMIENTO DE CODICILO CERRADO.

24. En tal parte, á tantos de tal mes y año, Francisco Lopez, vecino de ella, estando enfermo (ó sano) y en su entero juicio &c., dijo: Que en tal dia, mes y año otorgó su testamento ante Fulano, escribano, y por haber reflexionado con madurez lo que en él tiene dispuesto, ha revocado, quitado y enmendado algunas cosas, y añadido otras por el codicilo cerrado que expresa estar dentro de este cuaderno, y me entrega y por tal lo otorga: y quiere y manda que despues que fallezca, y no ántes, se abra y publique con la solemnidad por derecho prescrita, y que su contexto valga, y se cumpla y ejecute sin tergiversacion, como su última deliberada voluntad, ó en la mejor forma que haya lugar en derecho; pues en lo que fuere opuesto al citado testamento, lo revoca y anula, y en todo lo demas lo ratifica y deja en su fuerza y vigor: y revoca asimismo to-

1 Han de ser los mismos en número, sexo y edad que para el testamento nuncupativo.

dos los codicilos que antes de ahora haya formalizado, para que ninguno valga judicial ni extrajudicialmente. Así lo otorga y firma, á quien yo el escribano doy fe conozco, siendo testigos &c.

Nota. En el otorgamiento del codicilo cerrado han de intervenir cinco testigos vecinos, pudiendo ser habidos, como queda expuesto, y firmar encima del cuaderno como en el testamento escrito; pues aunque la ley no lo previene ni manda, versa igual razon, y debe obrar la misma disposicion legal, por ser instrumento de la propia naturaleza, por lo que requiere su apertura idéntica solemnidad sin diferencia. En cuanto á la protestacion, revocacion del testamento cuando no lo hizo antes y otras cosas, véase la nota precedente.

PODER PARA TESTAR.

25. En tal villa, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, Francisco Lopez, vecino de ella &c. (*Aquí se pondrá la naturaleza y filiacion del testador, y protestacion de la fe é imploracion del divino auxilio, como en el testamento nuncupativo, y luego proseguirá*), dijo: Que por cuanto sus graves ocupaciones y otros motivos no le permiten disponer con la claridad, madurez y reflexion que desea y se requiere, las cosas concernientes á su última voluntad, y tiene suma satisfaccion y confianza en que Juan Rodriguez, vecino tambien de esta villa, su íntimo amigo, las desempeñará con el acierto, prontitud y eficacia correspondiente, por habérselas comunicado y estar bien cerciorado de ellas: por tanto, estando, como por la infinita misericordia de Dios está, bueno y en su entero juicio, temeroso de la muerte, deuda tan precisa á todo viviente humano como incierta su hora, para que cuando llegue no le halle desprevenido de disposicion testamentaria, en la mejor forma que haya lugar en derecho otorga y confiere al citado Juan Rodriguez tan amplio, firme y eficaz poder como es necesario, para que en su nombre, y representando su persona, formalice y ordene dentro ó fuera del término legal su testamento y última voluntad, ó declaracion ó disposicion de pobre segun el caudal que deje, haciendo en él los legados pios, forzosos y graciosos que le pareciere, y las mejoras del tercio y quinto ó cualquiera de ellos en cualquiera de sus hijos varones, señalando el importe de la mejora en los bienes raíces que dejare, sustituyendo á sus hijos pupilos, dándoles por sustitutos á sus hermanos ó cualquiera de ellos, nombrando por su tutor á Pedro, Diego ó Antonio de tal, y haciendo asimismo las declaraciones, remisiones de deudas, descargos de su conciencia, y demas cosas que el otorgante le tiene comunicado y comunicará en lo sucesivo; ó declarando haber muerto pobre, si no dejase bienes de que testar: pues aprueba todo lo que con arreglo á las referidas facultades

des practicarle, y quiere tenga la misma validacion y subsistencia que si aquí fuera literalmente expresado, y que por tal se estime; para lo cual le da el mas absoluto y eficaz poder con todas las firmezas y amplitudes convenientes que legalmente se requieren, con libre, franca y general administracion, y para ello otorga su testamento ú otra disposicion; y para evacuar enteramente lo que disponga, ordene y declare en virtud de este poder, le prorrogo el término que el derecho prefine, por el que necesite, sin limitacion, y solo reserva en sí lo siguiente.

Nota. Aquí se pondrá su entierro, misas y otras cosas si quisiere, elegirá mas testamentarios, y si lo deja todo á eleccion del comisario, omitirá la cláusula de reservacion; pero la siguiente es precisa, por estar prohibido al comisario instituir heredero y consignar la mejora, y al testador cometerle su consignacion.

Y en el remanente de todos sus bienes muebles, raíces, derechos y acciones, instituye por sus universales herederos á Francisco, Diego, Juan, María, Micaela y Antonia Lopez, sus seis hijos legítimos, y de Ignacia Fernandez su muger, y á los demas descendientes de legítimo matrimonio que tuviere al tiempo de su muerte, y por su orden y grado deben heredarle, para que los hayan con arreglo á lo que mandan las leyes de estos reinos, segun su representacion, con la bendicion de Dios y la suya; previniendo que el quinto no ha de exceder de la legítima que á cada uno toque, y que si todos sus tres hijos varones ó alguno de ellos hubiere muerto al tiempo de otorgar el testamento, no ha de haber mejora alguna en sus nietos, ni en otro descendiente de estos, pues en este caso lo revoca en cuanto á ellos.

Y por el presente revoca y anula todos los testamentos, poderes para testar y demas disposiciones testamentarias que antes de ahora ha otorgado por escrito, de palabra ó en otra forma, para que ninguna valga ni haga fe judicial ni extrajudicialmente, excepto este poder y testamento, ú otra disposicion que en su virtud se ordene, que quiere y manda se tengan y cumplan por su última deliberada voluntad, ó en la mejor forma que haya lugar en derecho. Así lo otorga y firma, á quien doy fe conozco, siendo testigos, Fulano, Fulano, Fulano, Fulano y Fulano, vecinos de esta villa.

TESTAMENTO EN VIRTUD DE PODER.

26. En tal parte, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, Pedro Fernandez, vecino de ella, en nombre de Francisco Lopez, difunto, y en virtud del poder para testar que le confirió en ella á tantos de tal mes y año ante Fulano, escribano público, cuya copia original me entrega para documentar este testa-

mento é incorporarla en sus traslados, y su literal tenor es el siguiente:

Aquí la copia del poder.

Concuérda el poder inserto con el que está en el protocolo de este testamento, de que doy fe; y asegurando el otorgante, como asegura y declara, no estarle revocado, suspenso ni limitado, que lo tiene aceptado, y por el uso de sus facultades, aceptándolo nuevamente, dijo: que el mencionado Francisco Lopez falleció en tal día, bajo del poder inserto, y en cumplimiento de lo que en él dejó ordenado y le comunicó, se hizo en el siguiente su entierro en público, al cual asistieron el número completo de sacerdotes de su parroquia en la que fué sepultado su cadáver, veinte religiosos de S. Francisco, otros tantos de tal religion, y tantos pobres del Hospicio: se celebró por su alma misa cantada de cuerpo presente con diácono, subdiácono, vigilia y responso; y por todo se pagaron los correspondientes derechos.

Quiso y encargó el otorgante que se dijese por su alma é intencion tantas misas rezadas, su limosna un peso: y el otorgante, cumpliendo con su encargo, declara haber mandado celebrar tantas, y quiere que las restantes se digan en la parroquia, á la cual, como cuarta parte de todas, tocan, pues esta fué la voluntad del difunto.

Quiso igualmente que para la conservacion de los Santos Lugares de Jerusalem, y demas mandas forzosas, se diese tanta cantidad por una vez, y otros tantos al Hospicio de esta ciudad; y el otorgante, en observancia de su voluntad, manda que se les entreguen, y con ellos los aparta del derecho que podian pretender á sus bienes.

Por el preinserto poder mandó que si se encontraba una memoria firmada de su puño, ó escrita de él aunque no estuviere firmada, que contuviese cosas concernientes á su última voluntad, se tuviese por parte de este testamento, se protocolizase con él, y se observase íntegramente su contexto; y el otorgante declara que sin embargo de haber registrado y reconocido exactamente sus papeles, no la halló, ni tiene noticia de que la haya dejado.

Dió facultad al otorgante por el referido poder para mejorar á cualquiera de sus hijos en el tercio y remanente del quinto de sus bienes: y en uso de ella, y en virtud de lo que le comunicó, mejora en ellos á Josefa Lopez, su hija, de edad de seis años, para que respecto no estar criada, le sirva su importe de ayuda á su crianza, y cuando llegue el caso, para tomar estado, con la condicion de que el quinto se ha de deducir primero que el tercio con arreglo á la ley 214 del Estilo, agregarse su residuo si lo hubiere al resto de la herencia, y de este sacarse el tercio, y no en otros términos, pues

esta fué la voluntad de su padre; y mediante no haberle consignado bienes para la mejora, y carecer el otorgante de facultad para hacer su consignacion, lo omite.

Igualmente se la dió para elegir tutores de sus hijos menores con relevacion de fianzas, ó como le pareciere: y usando de ella, nombra por tutora y curadora *ad bona* de la prenotada Josefa Lopez á Maria Rubio, su madre, relevada de aquellas, para que la eduque, y cuide de la conservacion de sus bienes; y en caso de que se vuelva á casar, ó muera ántes que la expresada su hija llegue á la pubertad, nombra por su tutor á Juan Fernandez, su tio, vecino de esta villa; y por su previo fallecimiento á Roque Rodríguez, persona de integridad y abono, y de la propia vecindad, con la calidad de que estos han de afianzar á satisfaccion de la justicia; y suplica y encarga á los señores jueces ante quienes se presente testimonio de esta cláusula, aprueben y confirmen esta eleccion, y en su consecuencia los hayan por nombrados, y les disciernan su encargo en la forma enunciada, pues el testador así lo quiso y comunicó al otorgante, el cual lo declara para que conste y se observe inviolablemente su voluntad; y en cuanto á los demas hijos menores, mediante no ser pupilos ni deber darles tutor testamentario, por tener facultad de elegirlo por sí mismos, ni tampoco haberle comunicado el testador cosa alguna sobre ello, omite la eleccion.

De esta suerte irá extendiendo el escribano las demas cláusulas hasta la conclusion del testamento, arreglándose el comisario al poder y á lo que el derecho permite al testador en lo que le haya comunicado; y si no se hiciere algo de lo contenido en el poder, expresará el motivo.

DECLARACION DE POBRE.

27. En el nombre de Dios Todopoderoso. Amen. En tal villa, á tantos de tal mes y año, ante mí, el escribano y testigos, Juan Perez, vecino de ella (*Aquí se pondrá la naturaleza, filiacion, protesta-cion de la fe é invocacion de los santos, como en el testamento, y luego proseguirá en esta forma*), declara: que por la calamidad é injuria de los tiempos se halla muy pobre; por lo que suplica al señor cura propio de tal parroquia, de donde actualmente es parroquiano, ó al de donde lo sea al tiempo de su muerte, lo mande enterrar de limosna, y haga por su alma todo el bien que pueda, pues así lo espera de su cristiana piedad.

Nota. Aquí podrá el estador hacer mandas, mejoras y todo lo demas que en el testamento, disponiendo y hablando de los bienes que pueda adquirir, por si llega a tenerlos, y luego la cláusula de heredero en la forma siguiente, y á su continuacion la regular de revocacion de otras disposiciones testamentarias anteriores.

Y por si en algun tiempo adquiriese y le tocaren algunos bienes muebles, raices, derechos y acciones por cualquier título, causa ó razon, instituye por sus universales herederos, á Pedro y Josefá Perez, sus hijos legítimos y de María Hernandez, su muger, y á los demas descendientes de legítimo matrimonio que deban heredarle, para que los perciban por su orden y grado, segun su representacion, en la forma prescrita por derecho, con la bendicion de Dios y la suya.

ACEPTACION DE HERENCIA.

28. En tal villa, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, Francisco Lopez, vecino de ella, dijo: ha llegado á su noticia que Juan Lopez, su padre, falleció en tal parte, tal dia, y dejó algunos bienes y deudas; y respecto ignorar á quanto ascenden, para que en este caso no sea perjudicado, ni esté obligado á mas de lo que importe la herencia, en la via y forma que mejor lugar haya en derecho—Otorga que acepta con beneficio de inventario, y no en otros términos, la herencia y bienes de su difunto padre, y en su consecuencia pide al señor juez de la referida villa la haya por aceptada, y mande á los coherederos hagan inventario formal y tasacion de sus bienes sin ocultacion; y que á este fin elijan los tasadores prácticos é inteligentes que les pareciere, pues el otorgante se conforma desde ahora con ellos, y se obliga á estar y pasar por la que hicieren, sin impugnacion; y practicada que sea, protesta pedir en su vista lo que le convenga, y á ello quiere ser compelido por todo rigor de derecho, para lo cual da amplio poder al citado señor juez lo recibe por sentencia definitiva pasada en autoridad de cosa juzgada &c.

REPUDIACION DE HERENCIA.

29. En tal parte, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, Francisco Lopez, vecino de ella, dijo: Que Juan Lopez, su hermano, falleció en tal dia, bajo del testamento que habia otorgado en tantos de tal mes y año ante N., escribano, en que le instituyó por uno de sus herederos en atención á no tenerlos forzosos; y mediante no convenirle la aceptacion de su herencia para que ninguno de sus acreedores tenga que intervenir y mezclarse con él en cosa alguna, y evitar los gastos que se le puedan ocasionar, en la via y forma que mejor lugar haya en derecho, cerciorado del que le compete—Otorga que no quiere ser heredero del expresado su hermano, y por lo mismo repudia enteramente la herencia que por su muerte le puede tocar; se desiste y aparta del derecho que en virtud de su testamento tiene á ella, y le cede, renuncia y traspasa en los otros co-

herederos, á quienes de la que sea en mucha ó poca suma, hace gracia y donacion pura, perfecta é irrevocable entre vivos, con las seguridades necesarias, y confiere amplio poder para que sin su intervencion formalicen y hagan inventario, tasacion y particion del sobrante de sus bienes, deducidas deudas, del mismo modo que si el otorgante hubiera fallecido ántes ó no hubiera sido instituido, pues por tal quiere que se le estime; que se apoderen y dispongan de ellos como de cosa suya adquirida con legítimo y justo título, y que tomen la real tenencia y posesion que en virtud de este instrumento y testamento citado les compete; se obliga á no revocar ni reclamar total ni parcialmente esta renuncia, y si lo hiciere, lá mas de no ser oido ni admitido judicial ni extrajudicialmente, sea condenado por el mismo caso en costas; y visto haberla aprobado y ratificado, da amplio poder á los señores jueces de esta villa para que le compelan á su cumplimiento, como por sentencia definitiva pasada en autoridad de cosa juzgada y consentida &c.

Nota. Si el que repudia la herencia es hijo ó otro descendiente legítimo del testador, mediante concederle la ley final del título 6 Partida 6 tres años, aunque sea mayor de veinte y cinco, para recuperarla despues de repudiada, para que quede privado de esta accion, la renunciará específicamente, y jurará no reclamar la renuncia: de esta suerte no tendrán recelo los coherederos de que intentará su recobro; bien que si deja hijos, y muere ántes que su padre, aunque la renuncia sea con juramento, y se contente con lo que su padre le dió, no estarán obligados sus hijos á pasar por ella, y así solo lo serán á traer á colacion y particion con sus tios lo que su padre recibió y llegó á poder de ellos, y si algo mas les tocaba, lo llevarán por consideracion de sí mismo, porque son herederos forzosos de sus abuelos, en cuyo derecho por ser propio, privativo y personalísimo suyo, no pudo su padre perjudicarles, como afirman los autores y se practica.

LICENCIA PARA TESTAR.

30. En tal villa, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, Francisco Lopez, vecino de ella, dijo: Que Fernando Lopez, su hijo legítimo, le ha suplicado que mediante ser el otorgante su heredero forzoso por testamento y abintestato, en caso de no dejar sucesion legitima ó natural, no necesitar sus bienes para mantenerse, y no permitirle la ley 6 de Toro disponer mas que del tercio de ellos en perjuicio de sus ascendientes sin su licencia, le concede facultad para dejarlos todos á la persona que le parezca; y el otorgante en atención al mucho amor y cariño que profesa al citado su hijo, y á tener caudal suficiente para su decente manutencion, y por otros justos motivos que le impelen, ha deliberado condescender con su sú-

plica; y para que tenga efecto, en la mejor forma que por derecho haya lugar, de su libre y espontánea voluntad—Otorga y concede amplia licencia y facultad al expresado Fernando Lopez su hijo, para que disponga libre y enteramente por testamento, codicilo, cesion, donacion ó en cualquiera otro instrumento entre vivos, y por causa de muerte, de todos los bienes muebles, raices, efectos, derechos y acciones que ha heredado de su madre, abuelos paternos y maternos, tios y otros parientes y extraños, y adquiriere desde hoy en adelante, y puedan recaer en él por última disposición *ab intestato*, donacion ú otro contrato lucrativo ú oneroso por causa de presente y de futuro, sin restriccion á favor de la persona ó personas que le pareciere, exheredando y excluyendo al otorgante de su sucesion en uno ó mas testamentos y contratos, usando de ellos y repartiéndolos á su eleccion, del mismo modo que si no tuviere ascendiente alguno, pues el otorgante quiere que para este caso se le tenga por muerto. En este concepto desde ahora se desiste y aparta enteramente, como tambien á los demas sus descendientes, del derecho que á dichos bienes tiene y puede adquirir y pretender, excepto que su hijo muera intestado, y lo cede, renuncia y pasa para siempre á favor de tal persona ó personas, á las que constituye dueñas absolutas de todos, y como tales las confiere poder irrevocable con libre, franca y general administracion, para que tomen de ellos la posesion que en virtud de la última disposicion ó contrato que el referido su hijo formalice, les corresponda, y los gocen, vendan, cambien, enagenen y hagan de ellos lo que quisieren como de cosa suya propia adquirida con legitimo y justo título, sin intervencion del otorgante, el cual á mayor abundamiento desde ahora para cuando llegue el caso les hace de ellos gracia y donacion pura, perfecta é irrevocable con insinuacion, y todo lo demas que sea necesario para su validacion y firmeza: los constituye procuradores y actores de su misma causa y negocio: los que pone en su lugar, grado y prelacion, con subrogacion en forma: y jura por Dios nuestro Señor y una cruz, tal como esta ✠, que no revocará total ni parcialmente, ni reclamará esta licencia, poder y renuncia con pretexto de ser contrato celebrado entre padre é hijo, ni de tener mas descendientes, ni de ser leso y quedar privado y excluido de los bienes que de dicho su hijo podia heredar, ni con otro alguno, ni los contratos y últimas disposiciones que en su consecuencia se formalicen, aunque en ellos no se mencione ni inserte, y por legales estatutos le sea permitido, mediante no necesitar los bienes de su hijo para su manutencion, como queda expuesto; y si lo hiciere, á mas de no ser oido ni admitido judicial ni extrajudicialmente, sea visto por el propio hecho haberla aprobado y formalizado con mayores vinculos y firmezas. Igualmente jura que de este juramento no

tiene pedida ni pedirá absolucion ni relajacion á quien pueda concedérsela, y aunque *de motu proprio* se le conceda, no usará de ella, pena de perjurio y de incurrir en infamia y demas impuestas por derecho á los infractores de los juramentos solemnes, y que no lo tiene prestado de no hacer renunciaciones, cesiones ni donaciones, ni conceder licencias para testar, ni ha hecho protesta ni reclamacion contra esta, ni la hará; y si pareciere, la revoca y anula, y hace un juramento mas que relajaciones se le pueden conceder, para la mayor validacion y subsistencia de este instrumento y de los que en su virtud se otorguen, á cuya firmeza obliga sus bienes muebles, raices, derechos y acciones &c.

Nota. Los padres y demas ascendientes no solo pueden conceder la licencia para testar á sus descendientes legitimos por escritura, como la anterior, sino en el propio testamento ó poder para testar que otorguen, aprobándolos, firmándolos, obligándose á no reclamarlos, como tampoco la licencia, y poniendo las demas cláusulas concernientes en los propios instrumentos, pues no basta que el escribano ó los otorgantes digan que se la conceden, ántes bien es preciso que los mismos ascendientes lo digan, y juren no revocarla, y lo firmen si saben, ó un testigo por ellos, como si la dieran por escritura separada: lo que tendrá presente el escribano para evitar dudas y pleitos.

FORMULA PARA NOMBRAR TESTAMENTARIOS UNIVERSALES EN EL CASO DE QUE HABLA EL PARRAFO 4. CAPITULO 17 DE LOS TESTAMENTOS.

31. Nombro por mis testamentarios á Pedro y Juan, y á cada uno *in solidum*, y les confiero amplio poder y absoluta facultad para que luego que fallezca, sin intervencion, ciencia ni concurrencia de mis herederos, ni de la justicia, recojan las llaves de mi casa, entren y se apoderen de mis bienes, hagan ante escribano descripcion ó inventario extrajudicial de ellos, y los tasen, á cuyo fin elijan peritos, paguen lo que estoy debiendo, y lo que con motivo de mi fallecimiento se adeudare en mi entierro, misas y demas cosas que ocurran, y para ello vendan en almoneda ó fuera de ella los suficientes, pidan judicial y extrajudicialmente, y den, tomen y ajusten cuentas, nombrando contadores y personas prácticas y tercero en discordia, ó pidiendo se nombre de oficio en rebeldía, aprobándolas si estan arregladas, y en su defecto exponiendo y aclarando los agravios que incluyan: transijan y comprometan todos los créditos y deudas que tengo á mi favor y contra mí, y los pleitos que actualmente estan pendientes, y en adelante se susciten: cobren judicial y extrajudicialmente lo que por cualquier motivo se me está debiendo y debiere, y formalicen los

competentes resguardos á favor de los pagadores, y lastos á los que pagaren por otros como sus fiadores ó mancomunados: entreguen á los legatarios sus legados: dividan y apliquen á mis herederos el residuo de mis bienes con arreglo á la institucion, deduciendo primero todos los gastos que se ofrezcan, y recogiendo de unos y otros las respectivas cartas de pago para su seguridad: y practiquen finalmente en todos y cada una de las cosas explicadas, y sus incidentes cuanto yo practicaria si por mí mismo lo hiciera, hasta que se concluya mi testamentaria; consultando en lo que hubiere duda, con dos letrados de conocida ciencia y experiencia, y ejecutando lo que unánimes resuelvan por escrito, á fin de justificar su conciencia y conducta con sus pareceres; pues para todo lo referido y lo incidente, y para sustituir este poder, ó en su virtud darlo á otras personas si les fuere preciso, se lo confiero, y á cada uno *in solidum* en amplia forma, con libre, franca y general administracion. Los constituyo dueños, y los subrogo en mi propio derecho y lugar: les prorrogo el término legal por el que necesiten sin limitacion; y prohibo á todo juez eclesiástico y secular se mezcle en cosa alguna con apariencia de celo, ni impida á mis apoderados el uso de las amplias facultades que les dejo concedidas; y si lo intentaren mando que se quejen de él al superior, para que le inhiba enteramente. Asimismo mando que si alguno de mis herederos ó legatarios reclamare ó se opusiere total ó parcialmente á lo que ejecuten (ó el que primero tome conocimiento de mis bienes), ó se mezclare sin su beneplácito en ello, ó intentare judicial ó extrajudicialmente interpretar, limitar ó tergiversar las facultades que les dejo, se entienda por el mismo hecho excluido, y no llamado al goce de su parte, pues por el presente le excluyo y privo enteramente de ella, quiero se reparta entre los demas de su clase, y que mis testamentarios, ó el que de ellos intervenga, cumpla con hacer dicha descripcion, y manifestar á mis herederos relacion jurada de los gastos ocurridos, y que estos esten obligados á darle el resguardo correspondiente á su seguridad, sin tener accion para decir de agravio de dichos gastos y division, ni pretender otra cosa que tomar la parte que mis testamentarios digan les toca, porque todo lo fio á su conciencia, y ha de ser visto que en la propia forma se lo doy, y lo reciben de mi mano, pues así es mi deliberada voluntad, la que encargo al señor juez, ante quien se agraviaren, haga se observe literalmente como suena, para evitar de esta suerte pleitos, gastos y desazones á mis testamentarios y herederos; y que estos paguen las costas que causaren á aquellos, y ademas queden privados de la herencia. *Los que desearan instruirse en la fórmula del testamento de un obispo, sordo-mudo, novicio ántes de profesar, varios de sustituciones y legados, y otras correspondientes á las materias de este título, pueden consultar

el tomo 3.^o del *Arte de notoria* de Comes últimamente traducida al castellano.*

TITULO III.

DE LOS MAYORAZGOS, PATRONATOS, CAPELLANÍAS Y SUS AGREGACIONES. [a]

CAPITULO PRIMERO.

De los mayorazgos y sus diversas especies.

- | | |
|---|--|
| 1 Definicion del mayorazgo. | 9 Del de simple masculinidad. |
| 2 El mayorazgo puede ser regular ó irregular, temporal ó perpetuo. | 10 Cláusula con que debe hacerse el llamamiento en el mayorazgo de simple masculinidad. |
| 3 De las principales especies de mayorazgo. | 11 Del mayorazgo de femineidad ó contraria agnacion. |
| 4 Del mayorazgo regular. | 12 Del electivo. |
| 5 Cómo se hace el llamamiento en este mayorazgo. | 13 Del alternativo. |
| 6 Del de rigorosa ó verdadera agnacion. | 14 Del saltuario. |
| 7 Cláusula con que debe hacerse el llamamiento en el mayorazgo de agnacion. | 15 Del de segunda genitura. |
| 8 Del mayorazgo de artificiosa ó fingida agnacion. | 16 Del de incompatibilidad. |
| | 17 Cómo deben ordenarse las cláusulas para el llamamiento en estas especies de mayorazgos. |

1. **P**or mayorazgo se entiende *el derecho de suceder en los bienes dejados por el fundador con la condicion de que se conserven íntegros perpetuamente en su familia, para que los lleve y posea el primogénito mas próximo por orden sucesivo*¹. Tambien se llama así el con-

(a) A pesar de que por las leyes de 27 de septiembre de 1820 y 7 de agosto de 1823, cuyas disposiciones referiremos por menor en el capítulo final de este título, quedaron suprimidos los mayorazgos, cacicazgos, fideicomisos, patronatos ó capellanías laicas, y cualquiera otra especie de vinculaciones, hemos conservado íntegras las doctrinas del autor sobre estas materias, así porque sin su conocimiento no sería fácil entender bien dichas disposiciones, como porque permaneciendo aun, conforme á aquellas, ligada á la sucesion la mitad de las vinculaciones ó bienes amayorzados, no podrían decidirse con acierto los casos ocur-

rentes, ignorando la naturaleza de los mayorazgos, patronatos, capellanías &c., sus diversas especies y las reglas de la sucesion.—E. 1 Molin. *De Hispan. primogen.* lib. 1. cap. 1. n. 5 al 22. El que quiera saber en qué conviene y se diferencia el mayorazgo del fideicomiso vea á Parlador. *different.* 18. y á Molin. en el libro y capítulo citados n. 7. *Los mismos autores añaden sin embargo, que como se asemejan mucho los mayorazgos á los fideicomisos familiares de los romanos, á falta de leyes patrias se ocurre muchas veces á las romanas que hablaron de estos, para las cuestiones ó casos que suelen ofrecerse.*

competentes resguardos á favor de los pagadores, y lastos á los que pagaren por otros como sus fiadores ó mancomunados: entreguen á los legatarios sus legados: dividan y apliquen á mis herederos el residuo de mis bienes con arreglo á la institucion, deduciendo primero todos los gastos que se ofrezcan, y recogiendo de unos y otros las respectivas cartas de pago para su seguridad: y practiquen finalmente en todos y cada una de las cosas explicadas, y sus incidentes cuanto yo practicaria si por mí mismo lo hiciera, hasta que se concluya mi testamentaria; consultando en lo que hubiere duda, con dos letrados de conocida ciencia y experiencia, y ejecutando lo que unánimes resuelvan por escrito, á fin de justificar su conciencia y conducta con sus pareceres; pues para todo lo referido y lo incidente, y para sustituir este poder, ó en su virtud darlo á otras personas si les fuere preciso, se lo confiero, y á cada uno *in solidum* en amplia forma, con libre, franca y general administracion. Los constituyo dueños, y los subrogo en mi propio derecho y lugar: les prorrogo el término legal por el que necesiten sin limitacion; y prohibo á todo juez eclesiástico y secular se mezcle en cosa alguna con apariencia de celo, ni impida á mis apoderados el uso de las amplias facultades que les dejo concedidas; y si lo intentaren mando que se quejen de él al superior, para que le inhiba enteramente. Asimismo mando que si alguno de mis herederos ó legatarios reclamare ó se opusiere total ó parcialmente á lo que ejecuten (ó el que primero tome conocimiento de mis bienes), ó se mezclare sin su beneplácito en ello, ó intentare judicial ó extrajudicialmente interpretar, limitar ó tergiversar las facultades que les dejo, se entienda por el mismo hecho excluido, y no llamado al goce de su parte, pues por el presente le excluyo y privo enteramente de ella, quiero se reparta entre los demas de su clase, y que mis testamentarios, ó el que de ellos intervenga, cumpla con hacer dicha descripcion, y manifestar á mis herederos relacion jurada de los gastos ocurridos, y que estos esten obligados á darle el resguardo correspondiente á su seguridad, sin tener accion para decir de agravio de dichos gastos y division, ni pretender otra cosa que tomar la parte que mis testamentarios digan les toca, porque todo lo fio á su conciencia, y ha de ser visto que en la propia forma se lo doy, y lo reciben de mi mano, pues así es mi deliberada voluntad, la que encargo al señor juez, ante quien se agraviaren, haga se observe literalmente como suena, para evitar de esta suerte pleitos, gastos y desazones á mis testamentarios y herederos; y que estos paguen las costas que causaren á aquellos, y ademas queden privados de la herencia. *Los que desearan instruirse en la fórmula del testamento de un obispo, sordo-mudo, novicio ántes de profesar, varios de sustituciones y legados, y otras correspondientes á las materias de este título, pueden consultar

el tomo 3.^o del *Arte de notoria* de Comes últimamente traducida al castellano.*

TITULO III.

DE LOS MAYORAZGOS, PATRONATOS, CAPELLANÍAS Y SUS AGREGACIONES. [a]

CAPITULO PRIMERO.

De los mayorazgos y sus diversas especies.

- | | |
|---|--|
| 1 Definicion del mayorazgo. | 9 Del de simple masculinidad. |
| 2 El mayorazgo puede ser regular ó irregular, temporal ó perpetuo. | 10 Cláusula con que debe hacerse el llamamiento en el mayorazgo de simple masculinidad. |
| 3 De las principales especies de mayorazgo. | 11 Del mayorazgo de femineidad ó contraria agnacion. |
| 4 Del mayorazgo regular. | 12 Del electivo. |
| 5 Cómo se hace el llamamiento en este mayorazgo. | 13 Del alternativo. |
| 6 Del de rigorosa ó verdadera agnacion. | 14 Del saltuario. |
| 7 Cláusula con que debe hacerse el llamamiento en el mayorazgo de agnacion. | 15 Del de segunda genitura. |
| 8 Del mayorazgo de artificiosa ó fingida agnacion. | 16 Del de incompatibilidad. |
| | 17 Cómo deben ordenarse las cláusulas para el llamamiento en estas especies de mayorazgos. |

1. **P**or mayorazgo se entiende *el derecho de suceder en los bienes dejados por el fundador con la condicion de que se conserven íntegros perpetuamente en su familia, para que los lleve y posea el primogénito mas próximo por orden sucesivo*¹. Tambien se llama así el con-

(a) A pesar de que por las leyes de 27 de septiembre de 1820 y 7 de agosto de 1823, cuyas disposiciones referiremos por menor en el capítulo final de este título, quedaron suprimidos los mayorazgos, cacicazgos, fideicomisos, patronatos ó capellanías laicas, y cualquiera otra especie de vinculaciones, hemos conservado íntegras las doctrinas del autor sobre estas materias, así porque sin su conocimiento no sería fácil entender bien dichas disposiciones, como porque permaneciendo aun, conforme á aquellas, ligada á la sucesion la mitad de las vinculaciones ó bienes amayorzados, no podrían decidirse con acierto los casos ocur-

rentes, ignorando la naturaleza de los mayorazgos, patronatos, capellanías &c., sus diversas especies y las reglas de la sucesion.—E. 1 Molin. *De Hispan. primogen.* lib. 1. cap. 1. n. 5 al 22. El que quiera saber en que conviene y se diferencia el mayorazgo del fideicomiso vea á Parlador. *different.* 18. y á Molin. en el libro y capítulo citados n. 7. *Los mismos autores añaden sin embargo, que como se asemejan mucho los mayorazgos á los fideicomisos familiares de los romanos, á falta de leyes patrias se ocurre muchas veces á las romanas que hablaron de estos, para las cuestiones ó casos que suelen ofrecerse.*

junto de bienes vinculados *y la persona que los posee ó ha de heredarlos (á).*

2. El mayorazgo es de dos maneras, regular é irregular: el regular es aquel en que se sucede segun el orden prescrito para la sucesion del reino, por la ley 2 tit. 15 part. 2., de que trataré en el párrafo 4; y el irregular es el que en la forma, modo y orden de suceder se desvia del que se observa en la sucesion del reino¹. Puede ser temporal y perpetuo: temporal, cuando se funda únicamente para ciertas líneas ó personas, y nada se habla de perpetuidad, ántes bien el fundador manda que extinguidas cese la vinculacion de sus fincas, y el último poseedor haga suyos libremente sus bienes, ó los reparta á otros sin gravámen de ella; y perpetuo, cuando lo expresa, en cuyo caso no solo pasará despues de los llamados á otros parientes, sino á los extraños que elija el último poseedor, pues nada hay perpetuo sino por la subrogacion² ó sustitucion, y de una palabra se deducen á veces muchas sustituciones³.

3. Tantas pueden ser las especies de mayorazgo, cuantos sean los modos de instituirlo que ocurran á los fundadores⁴; pero las principales son diez, á saber: regular, de verdadera y rigurosa agnacion, de agnacion fingida ó artificiosa, de simple ó muda masculinidad, de femineidad ó contraria agnacion ó masculinidad, de eleccion, alternativo, saltuario, de segunda genitura y de incompatibilidad⁵. De cada especie de estas diré lo preciso para que tenga algun conocimiento de ellas el escribano, pues es materia ardua y extensa que requiere particular estudio é instruccion.

4. El mayorazgo regular es aquel á cuya sucesion se nombra primero al hijo varon mayor y á sus legítimos descendientes, prefiriendo siempre el mayor al menor, y el varon á la hembra, y despues á los demas por el mismo orden, guardándose entre ellos la prelación, atendida

(a) La palabra mayorazgo se deriva de las latinas *major natus*, mayor de nacimiento, primogénito, porque el derecho de suceder suele pasar, como queda dicho en la definicion de primogénito, en primogénito por orden sucesivo. Acerca del origen de esta institucion dice Flores Estrada (*Economía política*, part. 1. cap. 15), que en vano algunos juriconsultos por miras poco nobles han pretendido descubrirlo, ya en los fideicomisos de los romanos, ya en la primogenitura de los hebreos. Para convencerlos de lo erróneas y absurdas que son estas ideas, advierte que ni los fideicomisos, ni la primogenitura hacian invendible la propiedad que se traspasaba al heredero, ni la hacian pasar precisamente á los primogénitos de la familia; que eran instituciones inventadas para favorecer, no al primogénito, sino al testador, en lugar de la que de los mayorazgos priva al testador de disponer de sus bienes, á fin de

hacerlos pasar integros al hijo primogénito ó al pariente mas inmediato. La primera ley, añade el mismo escritor, acerca de substituciones perpetuas que se estampó en código alguno, es la llamada de *Donis conditionalibus*, sancionada en 1285 por Eduardo I de Inglaterra; con cuya fecha viene á coincidir la en que segun afirma Jovellanos principiaron los mayorazgos en España. Sobre este mismo punto puede verse lo que dice Escribano en su *Diccion. de Legislac.* y el citado Jovellanos en su *Informe sobre la ley agraria*, n. 185.—E.

1 Roj. Almans. *De incomp. disp.* 1 q 1. § 1. n. 4.

2 L. *Eum debere*, 33. ff. *De servitut. praediar. urbanor.* Molin. *De primogen.* lib. 1. cap. 4. n. 15.

3 L. *Cohæredi*, 41. § *Qui discretus*, 4. ff. *De vulgar. et pupillar. substit.* Molin. ibi n. 16.

4 Alv. Pegus. *De majorat.* tom 2. cap. 11. n. 1.

5 Roj. Almans. in loco cit. n. 3.

la línea, grado, sexo y edad; lo cual se verifica y conoce en los siguientes casos. 1.º Cuando dice el fundador: *Constituyo mayorazgo de tales bienes, ó lego, ó dono á Pedro tales bienes para que los tenga y posea con título de mayorazgo.* 2.º Cuando dice: *Instituyo mayorazgo en favor de Pedro, y despues de él sucedan sus hijos y descendientes, prefiriendo el mayor al menor, y el varon á la hembra:* ó cuando hace muchos llamamientos, y concluye diciendo: *Que el varon suceda á la hembra.* 3.º Cuando dice: *Instituyo mayorazgo en favor de tal hijo ó consanguíneo mio, y mando que despues de sus dias se suceda en él por línea, ó que se suceda de línea en línea.* 4.º Cuando dice que funda mayorazgo, y habiendo llamado para obtenerlo á algun varon, manda que despues de este sucedan todos sus hijos y sus descendientes por línea recta: ó cuando llama á la sucesion á todos los varones suyos por línea recta. 5.º Cuando dice: *Mando que en este mayorazgo se suceda por línea recta;* ó dice: *Constituyo mayorazgo á favor de mis hijos y descendientes por línea recta.* 6.º Cuando por carecer tal vez de hijos el fundador, dice: *Sucedan en este mayorazgo Pedro, ó tal consanguíneo mio, y despues de él todos mis parientes por línea paterna.* 7.º Cuando, aunque llame primero á su sucesion á algunos varones, manda: *que despues de ellos sucedan los que tuvieren su nombre y apellido, ó los que fueren de su familia;* ó dice: *que lo funda para la conservacion de su linage, ó para los que fueren de tal casa, prosapia, descendencia ó parentela:* y en estos tres últimos llamamientos se comprenden así los parientes de parte del padre como los de la madre del mismo fundador; pero si dice: *que llama á sus consanguíneos de parte de su padre ó por línea paterna,* no se incluyen en el llamamiento los de la materna; y así en ningun caso lo obtendrán los de esta. 8.º Cuando dice: *que sucedan en el mayorazgo su hijo Pedro, y despues su hijo primogénito varon; y en defecto de estos su nieto primogénito varon, y los demas descendientes suyos varones;* ó llamando á algunos, concluye diciendo: *que así se proceda siempre en la sucesion de su mayorazgo.* 9.º Cuando llamó á su hijo varon, y mandó que despues de él sucediese el hijo legítimo heredero de su hijo, y á falta de este el segundo del propio fundador, y despues sus hijos legítimos herederos, y así sucesivamente su legítima posteridad, sin hacer mencion de las hembras¹. 10. Cuando el fundador tiene tres ó mas hijos varones, y manda que *el mayor suceda en el mayorazgo, despues el segundo y luego el tercero,* en cuyo caso las líneas masculina y femenina del mayor, se han de acabar primero que entren las del segundo; y las de este ántes que las del tercero. 11. Cuando hizo muchos llamamientos de varones, y

1 En este caso y en el anterior es regular el mayorazgo, porque aun no se entien-

den excluidas las hembras.

entre estos de alguna hembra ó hembras, existiendo algunos otros varones agnados ó cognados, que podia nombrar y no nombró. 12. Cuando la hembra funda el mayorazgo; pues aunque llame muchos varones, no es visto haber querido excluir á las hembras con perjuicio de su propio sexo. 13. Cuando llamó á algun hijo, sobrino ó consanguíneo varon, y al hijo, nieto y biznieto varones de cualquiera de aquellos, y mandó que así sucediesen todos sus consanguíneos, con el gravámen de llevar el nombre y apellido suyo, y sus armas é insignias. 14. Cuando al principio hizo fundacion de agnacion rigurosa, y para el caso de que faltasen los agnados, llamó despues genéricamente á los demas sus consanguíneos, ó indefinidamente á su pariente mas cercano y á los demas con el gravámen referido, pues fenecidos los agnados expresamente llamados, cesa la agnacion, y el mayorazgo empieza á ser regular; porque las hembras pueden llevar el apellido, armas é insignias del fundador. 15. Cuando en la fundacion se encuentran cláusulas intrincadas ó repugnantes entre sí, sobre si el mayorazgo es regular, agnaticio ó de masculinidad; pues en caso de duda se ha de tener por regular. 16. Cuando el fundador instituye mayorazgo perpetuo, llama á ciertos agnados, y despues de extinguidos de nadie hace mencion, ni los hay suyos; pues faltando los llamamientos del hombre entran los de la ley. 17.º Cuando por costumbre de los poseedores se sucede del modo regular en el mayorazgo desde su fundacion, cuya escritura no se encuentra, pues á falta de ella se ha de estar á la costumbre de suceder, y al orden prescrito por la ley: de modo que si sucediesen regularmente, se debe estimar por regular; si se acostumbro suceder por via de agnacion, se tendrá por agnaticio &c.; de cuyos casos, con algunas ampliaciones y limitaciones, trata con extension Rojas Almansa, Disp. 1. quæst. 1. §. 1. núm. 5 al 64, y expone los fundamentos que hay para tener por mayorazgos regulares los instituidos con todos estos llamamientos.

5. El regular, propiamente hablando, es el que se hace nombrando primero á los varones y sus líneas, y por su extincion á las hembras y las suyas, prefiriendo aquellos á estas, y el mayor al menor; y mandando el fundador que fenecida la del mayor, pase el mayorazgo á la del segundo, y despues á la de los demas por el orden de su nacimiento: de suerte que el hijo y sus descendientes representen siempre á sus padres y demas ascendientes, aunque estos no hayan sucedido en el mayorazgo, y que las hembras de mejor grado y línea precedan á los varones que le tengan mas remoto con el fundador. Este orden de llamar y suceder se extiende á los mayorazgos fundados por transversales y extraños, y á todas las líneas, personas, casos y tiempos en que los ascendientes mueran ántes de

entrar al goce y posesion del mayorazgo, aunque su muerte haya precedido á la institucion de él: sin que para excluirlos de la sucesion basten presunciones, argumentos ó conjeturas, por precisas, claras y evidentes que sean, pues para ello es preciso que el fundador quite expresamente la representacion disponiendo lo contrario, como puede hacerlo, pues entónces se ha de observar su voluntad. Todo lo cual procede no solo en la sucesion regular de los mayorazgos, sino en la de patronatos, vínculos y aniversarios, como lo mandan las leyes¹; però no en la de capellanías colativas, como se dirá en su lugar.

6. El mayorazgo de rigurosa ó verdadera agnacion es el que solo pueden obtener los agnados ó varones de varones, como sucede en los casos siguientes: cuando el fundador llama precisamente á su goce á los varones de varones, y excluye perpetua y expresamente á las hembras y á sus descendientes varones: ó cuando dice específicamente que *funda mayorazgo perpetuo agnaticio para sus consanguíneos: ó que quiere conservar los bienes de él en su agnacion*, y nombra á un agnado: ó llama á alguno ó algunos hijos suyos, y si no tiene hijos á sus sobrinos varones agnados, y manda que despues de ellos sucedan todos los demas descendientes varones de varones de los llamados, ó todos los consanguíneos del fundador por línea masculina: ó que en su mayorazgo jamas sucedan hembras ni varones de ellas: ó llama á todos sus hijos agnados por sus propios nombres, y á todos los descendientes varones de ellos: y extinguidos, omitiendo nombrar las hembras y cognados, pasa á llamar á sustituir otros varones transversales suyos: ó habiendo llamado primero á un sobrino suyo agnado, y á todos los hijos varones agnados de él, dice que si el sobrino muriese sin hijo varon y con hijas, suceda la hija mayor, con la precisa obligacion de casarse con varon agnado del fundador; y que si al tiempo de la vacante estuviere casada con varon no agnado, pase la sucesion á la hija segunda no casada, con la propia obligacion: que no cumpliendo con ella pase al varon agnado mas cercano del fundador, y que así se proceda en todas las sucesiones posteriores: ó finalmente cuando por costumbre se ha sucedido siempre por via de agnacion, y no parece la escritura constitutiva del mayorazgo².

7. Como suelen suscitarse dudas por no ordenar los escribanos con la debida claridad el llamamiento en los mayorazgos de de rigurosa agnacion, para evitarlas deben ceñirse á la cláusula siguiente: *excluyendo entera y perpetuamente el fundador á las hembras y á los varones de ellas, mandando que sucedan precisamente así por*

1 LL. 2. tit. 15. part. 2. y 5. 13 y 14. tit. 7. lib. 5. R., ú 8 y 9. tit. 17. lib. 10. N. | 2 Roj. Almans. De incompatib. disp. 1. q. 1. n. 70. al 101. § 2.

línea recta como transversal varones de varones, sin interpolacion de hembra ni de varon de ella; y que se dé á las hembras, que por llamamiento regular entrarian á gozar del mayorazgo, dote competente de los frutos y rentas del mismo, ó de los bienes del sucesor hasta en tanta cantidad para tomar estado. Debe expresarse la cláusula de este modo; pues para que las hembras se entiendan excluidas es preciso que el fundador las excluya expresa y literalmente, y de no hacerlo así entrarán al goce del mayorazgo, patronato ó aniversario, sin que para privarlas de suceder en los fundados desde el año de 1615, y que se fundaren en adelante, basten presunciones, argumentos ni conjeturas, por precisas claras y evidentes que sean, pues siendo de mejor línea y grado preferirán á los varones mas remotos, ya sean varones de varones, ó varones de hembras como lo manda expresamente la ley¹; porque es odiosa la exclusion de ellas, y así es menester que conste expresamente la voluntad del que instituye el mayorazgo.

8. El de artificiosa ó fingida agnacion es aquel á cuya sucesion llama primero el fundador á *algun varon cognado suyo, ó alguna hembra haciéndola cabeza, y manda que despues de él ó de ella solo sucedan los hijos y descendientes varones de varones de dicha hembra, ó del referido primer cognado; y así en lo sucesivo.* Llámase de agnacion fingida porque regularmente se hace por el que no teniendo varones agnados finge y quiere conservar del modo dicho cierta especie de agnacion².

9. El de pura y nuda ó simple masculinidad es aquel á cuyo goce solo pueden ser admitidos varones consanguíneos del fundador, ya sean agnados ó cognados, y procedan de varones ó de hembras. Es de masculinidad el mayorazgo en los siguientes casos: 1.º cuando llama el fundador á algun varon, y manda que en lo sucesivo sucedan sus hijos y descendientes varones, porque quiere que el mayorazgo sea para estos, y no para hembras: 2.º cuando habiendo llamado á alguno ó algunos varones, manda que no sucedan hembras mientras haya varones: 3.º cuando habiendo llamado á alguno ó algunos varones dice que no sucedan hembras, ó que sucedan varones y no hembras, ó otras palabras semejantes: 4.º cuando teniendo muchos hijos ó sobrinos varones, llama primero á su hijo ó consanguíneo primogénito varon, y despues de él manda que si falleciere sin hijos varones, pase la sucesion al hijo varon segundogénito del fundador, omitiendo las hijas del primogénito; y si el segundo muriese sin hijos varones, pase á su tercergénito hijo varon y á sus descendientes varones: 5.º cuando habiendo llamado á alguno ó algunos varones, manda que su

¹ L. 13. tit. 7. lib. 5. R. ú 8. tit. 17. lib. | ² Roj. ibi n. 102 al 105. y otros que cita. 10. N.

mayorazgo ande siempre de varon en varon, y pase de un varon á otro varon: 6.º cuando el fundador que no tiene agnados llama á la sucesion á muchos varones, ó hace muchos grados de sustituciones en los varones y descendientes varones de estos, sin hacer mencion alguna de las hembras: 7.º cuando teniendo agnados y cognados llama promiscuamente varones de ellos; despues de estos á los cognados en primer lugar, y en segundo á un agnado y á sus hijos y descendientes varones de estos; luego á un cognado y á los suyos; y así ordinal y progresivamente á otros y á sus descendientes varones: 8.º cuando habiendo llamado á varon ó á ninguno, manda despues de instituir el mayorazgo, que suceda primero en él la línea de los varones, y despues la de las hembras; en cuyo caso extinguidas las de aquellos, entrarán las de estas, y no ántes: 9.º cuando llama á sus hijos y descendientes, ó algun colateral consanguíneo y á los suyos; pero impone á todos los poseedores cierto gravámen que consiste en hacer ó ejercer algun ministerio que ninguna muger puede ejecutar: 10. cuando hizo primero mayorazgo agnaticio, y acabados los agnados, mandó que sucediesen los demas varones sus consanguíneos, sin hacer mencion de las hembras; en cuyo caso extinguida la agnacion, queda de nuda masculinidad: 11. cuando despues de llamar á alguno ó algunos varones manda que pase siempre la sucesion de heredero en heredero varon: 12. cuando hechos algunos llamamientos de varones en sus propios hijos ó transversales, manda que siempre que el último poseedor varon fallezca sin hijos varones ó con una hija, pase la sucesion á otro hijo ó descendiente varon con obligacion de dotar ó dar alimentos á aquella¹. Se previene que si el poseedor tiene una hija, y esta un hijo varon nacido que vive al tiempo de la muerte de su abuelo, sucederá el hijo de la hija, porque presume el derecho que subsiste el poseedor, y no se hace mérito de la hija; y si por no tenerlo esta, pasa el mayorazgo, como debe, á otra línea, y lo pretenden dos varones, uno que proviene de dos hembras continuadas, ó mas sin interpolacion de varon, y otro de una sola, lo llevará este, aunque su línea sea posterior; porque cuando hay interposicion de dos hembras continuadas, no finge el derecho que el varon está en el vientre de la una, ni puede fingirlo, y si cuando es una sola; pues se prescinde de ella como si no la hubiera, y así se ha determinado varias veces; pero para quitar dudas, será mejor expresarlo en la fundacion.

10. La cláusula con que debe hacerse el llamamiento en el mayorazgo de simple masculinidad, es la siguiente: *Llamando siempre á los varones, ya sean varones de varones, ó varones de hembras por su orden y preferencia de mayor á menor, excluyendo entera y perfectamente á las*

¹ Roj. ibi n. 106 al 146. § 5.

hembras, pero no á sus hijos varones nacidos ántes de la vacante, y no despues, ni precisando á que sean varones de varones. Ordenándose la cláusula en esta forma, se evitan dudas, aunque á la verdad llamando el fundador á varones y no á hembras, pero sí á los hijos varones de estas, ó haciendo cualquiera llamamiento de los expresados en el párrafo anterior, es visto que quiere sucedan siempre varones, y que excluye á las hembras, como dicen Rojas Almansa en el lugar allí citado, y Molina *De Hispan. primogen.* lib. 3 cap. 5. El escribano tendrá cuidado de advertir al fundador, que para si llegase el caso de haber dos ó mas parientes que pretendan el mayorazgo, y alguno de ellos, aunque sea mas cercano, provenga de dos ó mas hembras, y el mas remoto ó igual en el parentesco de una sola, exprese cuál quiere que suceda.

11. El mayorazgo de femineidad, que tambien se llama de *contraria agnacion ó masculinidad*, es de dos maneras, propia é impropia. El de femineidad propia, verdadera y rigurosa es cuando el fundador excluye de su sucesion á todos los varones absolutamente, y manda que precisamente lo posean siempre las hembras de su familia; ó llama primero á una y despues á otra, y omitidos los varones mas cercanos, llama despues de aquellas á otras hembras mas remotas; ó por via de regla manda que jamas obtengan los varones el mayorazgo. Se llama de *contraria agnacion*, cuando el fundador llama á hembra, y manda que despues de la primera suceda siempre hembra de hembra. Y de *contraria masculinidad*, cuando manda que lo posea siempre hembra; pero no limita el que sea hembra de hembra, ó hembra de varon. El de femineidad impropia ó limitada es cuando lo funda para hembras, y manda que teniendo varones y hembras el poseedor, sucedan estas en él, y no los varones; pero que si no las tuviere, entre á su goce el varon, y despues de sus dias la hembra mayor, de modo que habiendo hembras y varones, han de preferir siempre aquellas á estos, y solo en el caso de no haberlas, puede obtenerlo el varon, sin que por falta de ellas pase á otra línea.

12. El de eleccion es aquel á cuyo poseedor confiere el fundador la facultad de elegir por sucesor á su hijo, y en defecto de hijos á su consanguíneo ó pariente que mejor le parezca. La razon porque los fundadores se mueven á conceder esta facultad, es para que los sucesores sean mas humildes y obedientes á sus padres y mayores, y no tengan la avilantez y osadía de despreciarlos, ántes bien se esmeren con emulacion en ser virtuosos y de loables costumbres²; pero para que se llame propiamente de eleccion, no solo han de conferir la facultad de elegir al primer poseedor, sino tambien á los demas que lo sean, de modo que á todos y á cada uno sea trascendental. Y se previene: 1.º que no eligiendo el elector, pasa el mayorazgo á su hijo primogé-

1. Roj. ibi. n. 147 al 152.

2. Molin. *De primogen.* lib. 2, cap. 4, Carden.

de Luc. *De fideicomis.* disc. 56. n. 8.

nito, y no á otro¹: 2.º que esta facultad no se extiende para llamar á extraños, sino que se limita precisamente á los consanguíneos, y teniendo hijos, á estos, á ménos que el fundador diga lo contrario: 3.º que el comisario ó elector no debe excederse de los límites ó facultades conferidas; pues si se excede, no gozará el mayorazgo el electo, á ménos que tenga amplia y libre potestad para elegir, en cuyo caso podrá nombrar de la familia al que quiera, aunque sea el mas remoto, y á dos ó mas sucesivamente, porque esto no repugna á la naturaleza del mayorazgo²; y 4.º, que la facultad de elegir ó nombrar sucesor al mayorazgo ó á capellanía, es personal y limitada á la industria y disposicion del comisionado, y como tal, no puede ser cedida ni delegada, ni regularmente se trasmite á su heredero³: al modo que el ejecutor del testamento tampoco puede cometer su oficio á otro, ni regularmente se trasmite á su heredero⁴, como dejo expuesto en su lugar. Pueden todavia ocurrir algunas dudas en orden á esta materia, á saber: si una vez concedida esta facultad al primer poseedor, se entiende meramente personal, ó tambien real y trascendental á todos los demas poseedores; si teniendo hijos varones y hembras, puede llamar á estas y excluir á aquellos; si una vez hecha la eleccion por cualquiera poseedor, podrá ó no variarla, ya esté ó no entregada al electo la escritura en que se hizo; ó bien en el caso de morir alguno ó algunos sin elegir quien ha de suceder por su muerte con esta facultad ó sin ella: sobre cualquiera de estos puntos advertirá el escribano al fundador, que explique claramente su facultad, pues de dejarla oscura, se suscitan pleitos que traen funestas consecuencias⁵. Tambien le prevendrá que declare si el último poseedor de mayorazgo de otra cualquiera clase á quien se concede facultad expresa para elegir sucesores no parientes del fundador, podrá ó no revocar, alterar, variar ó aumentar con causa ó sin ella la eleccion ó nombramiento de sucesor ó sucesores que una vez ha ga en contrato entre vivos ó en última voluntad, ya haya entregado ó no la escritura al electo; y si quisiere el fundador, pondrá en la fundacion la cláusula siguiente: *Porque algunos últimos poseedores, á quienes se concede facultad para elegir sucesores, varian y revocan la eleccion que hacen, tal vez sin tener motivo, ó por causas leves y despreciables, originándose de esto pleitos y discordias que detesto: para evitarlos, mando que los que en los casos en que les permito elegirlos hicieron el nom-*

1. Molin. ibi. n. 42. Amat. resol. 1.º n. 17. Surd. cons. 14 y 375. lib. 3.

2. *L. Filius famil. § Cum pater. ff. De legat. 1. ley Unum ex famil. 67. § Si de falcidia, et ibi gl. ff. de leg. 2. Flores de Mená, lib. 1. q. 19. § 4. n. 35 y sig.*

3. *L. Si quis arbitratus, 43. ff. De verbor. oblig. Olea De cession. jur. tit. 3. q. 1. n. 49 al 51.*

4. *L. Nulla. Cod. De episcop. et cleric. Concil. Trid. sess. 25. De reformat. cap. 4. Olea ibi.*

5. Roj. ibi. n. 153 al 180.

bramiento por última voluntad, puedan, siguiendo la naturaleza de la disposición, revocarlo y variarlo con causa ó sin ella; pero si fuere por contrato, se lo prohíbo, excepto que intervenga, y ántes de la revocación ó variación justifiquen alguna de las causas porque el poseedor de este mayorazgo puede perderlo, ó de aquellos, porque según nuestro derecho, pueden los ascendientes desheredar á sus descendientes legítimos, y no por otras, las que deberán expresar en la revocación; y lo que en contrario practique, sea nulo, ya hayan entregado ó no al electo el nombramiento. Pero no les prohíbo añadir á este otros que despues de extinguida su legítima posteridad posean el mayorazgo.

13. El de naturaleza alternativa es aquel á cuya sucesión llama el fundador á su hijo primogénito por los días de su vida, y despues de ellos al segundo por los suyos, y así sucesivamente alternando un hijo de la línea del primero con otro de la del segundo, y á falta de esta con otro de la del tercer hijo; ó para cuyo goce llama á uno de una línea para que lo posea por sus días, y fenecidos á otro de otra; ó á otros de otras, y extinguida alguna ó algunas, retrocede si no hay mas líneas, y manda que entre las que existan, se alterne siempre por este orden, porque no quiere que se perpetúe en una ó mas sino que pase á todas las llamadas por el orden del llamamiento, hasta que no quede mas que una².

14. El mayorazgo saluario ó de hecho es aquel en cuyos llamamientos no se atiende á la razón y prerrogativa de primogenitura ni á la línea del primogénito, sino únicamente á la mayor edad entre todos los de la familia del fundador; de suerte que muerto el poseedor, no ha de entrar precisamente á su goce su hijo primogénito, ni el segundo ni otro de su línea, sino el que de dicha familia tenga entónces mayor edad, ya sea ó no mas próximo pariente del último poseedor. Este mayorazgo se gobierna no por las leyes de los demas, ni de alguno de ellos, sino por las de las capellanías, para cuya obtención se llama al pariente mayor en edad, y es muy perjudicial á causa de que por pretenderle en cada vacante todos los parientes, se originan muchos pleitos; y así el escribano procure disuadir al fundador de semejantes instituciones. Se llama saluario porque en su sucesión se va saltando y pasando de línea en línea, y porque se desvia enteramente de todas las reglas y orden que para suceder prescribe el derecho; y saluario de hecho, porque solo se busca para la sucesión el hecho de la mayoría de edad natural entre todos los de la familia del fundador, por lo que no tiene lugar en él el principio de que entrada la sucesión en una línea, no pase á otra hasta que

1. Tocante á si el hijo primogénito, que por muerte de sus padres eligió uno de los mayorazgos unidos por causa del matrimonio, podrá variar la elección y tomar el otro,

véase á Rojas de Almansa, disp. 3. q. 8. que defiende la sentencia negativa.
2. Id. Roj. ibi n. 181 al 199.

enteramente se halle extinguida aquella, como tampoco el derecho de representación, ni la regla de la sucesión abintestato^{1*}.

15. El de segunda genitura es de dos maneras: de segunda genitura propia é impropia. El de segunda genitura propia es aquel á cuya obtención y goce son llamados expresa y perpetuamente en el orden sucesivo los hijos segundos del segundogénito, de tal suerte, que muerto el poseedor, pasa siempre la sucesión, no á su hijo primogénito, aunque no tenga ni espere tener otro mayorazgo, sino al segundo, y así en todos tiempos y vacantes, pues que el llamamiento del segundo excluye el primero y su posteridad; y si el primogénito ha muerto al tiempo de la vacante, y por consiguiente queda el segundo en el orden del nacimiento por primogénito, no obtendrá el mayorazgo, sino que pasará á otro, y si no lo hay, á otra línea de la del último poseedor. El de segunda genitura impropia es aquel que al principio fué erigido en favor del hijo segundo, porque el primogénito tenia ó esperaba tener prontamente otro ú otros; pero despues del primer llamado lo fueron por el orden regular los demas hijos y descendientes del referido hijo segundo, de modo que solo en él se verificó la segunda genitura². También concibo que se podrá llamar de segunda genitura impropia cuando el fundador llama á los segundos, pero no prohíbe que lo obtenga el primogénito, siendo único: como asimismo cuando excluye al primogénito siempre que tenga ó recaiga en él otro mayorazgo de primogenitura, y manda que en este caso pase al segundo; y que si el primogénito fuere único, lo lleve el segundo de otra línea. Cuando este mayorazgo es de segunda genitura propia, suele dudarse si no dejando el último poseedor mas que un hijo ó hija, lo obtendrá ó no, y si teniendo dos hijos este hijo único pasará al segundo, ó serán excluidos ambos y su posteridad, aunque ningun mayorazgo tengan, por estar privados de la cualidad de segunda genitura, sobre lo cual hay variedad de opiniones y suelen originarse pleitos: para evitarlos hágalo presente el escribano al fundador, y ponga con claridad lo que se debe practicar en este caso.

16. El mayorazgo de incompatibilidad es aquel en cuya institución prohíbe el fundador que lo posea el que tenga otros, ó al ménos otro de idéntica cualidad, por no poder cumplir las condiciones de ambos, ó porque no quiere que el que tenga el suyo goce de otro³. La incompatibilidad de los mayorazgos no es otra cosa que cierta voluntaria prohibición puesta en su principio por el instituyente, ó por la ley,

1. Roj. ibi n. 200. al 210.

(*) Hay duda en orden al derecho de representación, y sobre si la mayoría de edad se ha de entender mayoría de edad natural ó civil, esto es, si ha de suceder en el mayorazgo el que tenga mayor representa-

ción ó edad; y así instruya de ello el escribano al fundador para que manifieste bien su voluntad.

2. Roj. ibi n. 211. al 215. y q. 13.

3. Roj. Almans. disp. y q. cit. n. 216. hasta el fin.

que impide para siempre el concurso de muchos en un mismo poseedor¹. Es de diez clases: 1.^a *legal*, porque la establece la ley, y proviene de ella: 2.^a *de hombre*, que es la puesta perpetua ó temporalmente por el fundador en su última disposición ó en contrato entre vivos: 3.^a *tácita*, que resulta de los dichos ó hechos, ó de las condiciones ó gravámenes puestos por él en su última disposición ó en contrato entre vivos, aunque nada hable de incompatibilidad: 4.^a *expresa*, cuando la ley ó el fundador dice expresamente que tal ó tal mayorazgo sea incompatible, ó que no se junte con otro, ó que no pueda concurrir en persona que posea otro, ó usa de otras expresiones semejantes: 5.^a *absoluta*, porque indistintamente se opone á la union de un mayorazgo con otro de cualquier género y cualidad sin diferencia: 6.^a *respectiva*, y es la que solo impide que el mayorazgo que se funda se junte con otros ciertos y determinados, mas no con todos: 7.^a *en la adquisicion*, y es la que impide que un mayorazgo pase al que obtenga otro; y así poseyendo alguno con esta incompatibilidad, está impedido de adquirir el que vaque: 8.^a *en la retencion*, porque esta incompatibilidad no impide al que posea el mayorazgo que la tiene, adquirir el que nuevamente vaque; pero sí el retenerlos ambos, por lo que debe dejar uno de ellos: 9.^a *personal*, porque se impone solamente á la persona, v. gr. cuando el fundador manda que el que posea su mayorazgo no tenga otro; y 10.^a *real y lineal*, que es la que se impone en el mismo mayorazgo, v. gr. cuando su instituyente dice que no quiere que se junte con otro, por lo que los hace insociables y repugnantes de tal suerte, que no solo es excluido de su sucesion el que posee otro, sino tambien toda su línea, que son sus hijos y descendientes, si en la familia hay alguno capaz de obtener el incompatible; lo cual no sucede cuando la incompatibilidad es personal, pues esta excluye únicamente al poseedor de otro, mas no á su legitima posteridad: y así teniendo el padre un mayorazgo, puede su hijo obtener el incompatible que vaque². Por la oscuridad de las fundaciones é impericia de los que las hacen y extienden, ocurren graves dificultades acerca de cuando es real ó personal la incompatibilidad; y para evitarlas, como tambien los pleitos y perjuicios que causan, procure el escribano advertirlo al fundador, y poner la incompatibilidad con toda distincion y claridad; y si quiere instruirse de ellas vea á Rojas Almansa en la disp. 1. q. 4 y 5. En cuanto á si puesta por el fundador la incompatibilidad al primer poseedor, ó á otro del medio ó fin, se entiende tambien para con los demas sucesores anteriores y posteriores, véase al mismo en las q. 8 y 9; en orden á si una vez

1 Id. Roj. disp. 1. q. 2. n. 10.

2 Id. Rojas q. 3. §§ 1. al 5. disp. 1. cit.

aceptada por el primero la puede impugnar alguno de los demas, ó si siendo hecho sin la incompatibilidad, podrá imponérsela ú otro gravámen y condicion en otro instrumento, en la q. 10. Por lo que hace á quien debe probar la incompatibilidad, léase la disp. 2 q. 1, donde distingue el autor tres casos. Y se advierte que el poseedor por derecho propio de mayorazgo incompatible puede administrar otro en nombre de su pariente ausente, ó de su muger, hijo ó menor, como sólidamente defiende contra otros dicho Rojas, disp. 2. quaest. 9.

17. Si el fundador quiere instituir mayorazgo de artificiosa agnacion, ó de las demas especies que van apuntadas, se arreglará el escribano á la naturaleza de cada una, ordenando la cláusula con la claridad posible, á fin de evitar pleitos. Si dicho fundador desea que el mayorazgo sea perpetuo, y sus bienes inagenables: que nunca falte sucesor en él; y que por si el último poseedor no elige, jamas se verifique extinguida la sucesion; mandará que por tal se tenga, y lo sea siempre el mas próximo pariente del último poseedor por línea paterna ó materna; ó el que tenga parentesco doble con él (que es por ambas líneas), ó el que lo tenga por una sola; ó el que posea mayorazgo determinado; ó quien le parezca, aunque no sea de sus parientes; pues de no hacerlo, como cesa la vinculacion y ligámen en el último de las líneas llamadas, puede disponer este de los bienes del mayorazgo segun le parezca, porque quedan libres y los hace suyos del mismo modo que si el fundador le hubiera instituido por su heredero, excepto que mande que el mayorazgo sea perpetuo, ó se colija así de su fundacion.

CAPITULO II.

Requisitos necesarios para fundar mayorazgos: personas que pueden hacerlo, ya por sí, ya por comision de otro; y reglas generales que se observan en los mayorazgos.

- | | |
|--|--|
| <p>1 Para fundar mayorazgo se necesitaba licencia real á consulta de la cámara, precediendo informacion de si el mayorazgo llega á cierta cantidad de renta.</p> <p>2 La licencia real debia preceder á la fundacion del mayorazgo; y si se obtenia despues de hecha la vinculacion, no valdria esta.</p> <p>3 El que pueda disponer libremente de sus bienes, y cuya familia ten-</p> | <p>ga las calidades necesarias, podrá tambien fundar mayorazgo.</p> <p>4 Necesitará la muger casada para fundar mayorazgo la licencia de su marido?</p> <p>5 El hijo de familia, teniendo para testar la edad prefijada por la ley, puede fundar un mayorazgo.</p> <p>6 Casos que deben distinguirse en los mayorazgos que se fundan por comision de otra persona.</p> |
|--|--|

que impide para siempre el concurso de muchos en un mismo poseedor¹. Es de diez clases: 1.^a *legal*, porque la establece la ley, y proviene de ella: 2.^a *de hombre*, que es la puesta perpetua ó temporalmente por el fundador en su última disposición ó en contrato entre vivos: 3.^a *tácita*, que resulta de los dichos ó hechos, ó de las condiciones ó gravámenes puestos por él en su última disposición ó en contrato entre vivos, aunque nada hable de incompatibilidad: 4.^a *expresa*, cuando la ley ó el fundador dice expresamente que tal ó tal mayorazgo sea incompatible, ó que no se junte con otro, ó que no pueda concurrir en persona que posea otro, ó usa de otras expresiones semejantes: 5.^a *absoluta*, porque indistintamente se opone á la union de un mayorazgo con otro de cualquier género y cualidad sin diferencia: 6.^a *respectiva*, y es la que solo impide que el mayorazgo que se funda se junte con otros ciertos y determinados, mas no con todos: 7.^a *en la adquisicion*, y es la que impide que un mayorazgo pase al que obtenga otro; y así poseyendo alguno con esta incompatibilidad, está impedido de adquirir el que vaque: 8.^a *en la retencion*, porque esta incompatibilidad no impide al que posea el mayorazgo que la tiene, adquirir el que nuevamente vaque; pero sí el retenerlos ambos, por lo que debe dejar uno de ellos: 9.^a *personal*, porque se impone solamente á la persona, v. gr. cuando el fundador manda que el que posea su mayorazgo no tenga otro; y 10.^a *real y lineal*, que es la que se impone en el mismo mayorazgo, v. gr. cuando su instituyente dice que no quiere que se junte con otro, por lo que los hace insociables y repugnantes de tal suerte, que no solo es excluido de su sucesion el que posee otro, sino tambien toda su línea, que son sus hijos y descendientes, si en la familia hay alguno capaz de obtener el incompatible; lo cual no sucede cuando la incompatibilidad es personal, pues esta excluye únicamente al poseedor de otro, mas no á su legitima posteridad: y así teniendo el padre un mayorazgo, puede su hijo obtener el incompatible que vaque². Por la oscuridad de las fundaciones é impericia de los que las hacen y extienden, ocurren graves dificultades acerca de cuando es real ó personal la incompatibilidad; y para evitarlas, como tambien los pleitos y perjuicios que causan, procure el escribano advertirlo al fundador, y poner la incompatibilidad con toda distincion y claridad; y si quiere instruirse de ellas vea á Rojas Almansa en la disp. 1. q. 4 y 5. En cuanto á si puesta por el fundador la incompatibilidad al primer poseedor, ó á otro del medio ó fin, se entiende tambien para con los demas sucesores anteriores y posteriores, véase al mismo en las q. 8 y 9; en orden á si una vez

1 Id. Roj. disp. 1. q. 2. n. 10.

2 Id. Rojas q. 3. §§ 1. al 5. disp. 1. cit.

aceptada por el primero la puede impugnar alguno de los demas, ó si siendo hecho sin la incompatibilidad, podrá imponérsela ú otro gravámen y condicion en otro instrumento, en la q. 10. Por lo que hace á quien debe probar la incompatibilidad, léase la disp. 2 q. 1, donde distingue el autor tres casos. Y se advierte que el poseedor por derecho propio de mayorazgo incompatible puede administrar otro en nombre de su pariente ausente, ó de su muger, hijo ó menor, como sólidamente defiende contra otros dicho Rojas, disp. 2. quaest. 9.

17. Si el fundador quiere instituir mayorazgo de artificiosa agnacion, ó de las demas especies que van apuntadas, se arreglará el escribano á la naturaleza de cada una, ordenando la cláusula con la claridad posible, á fin de evitar pleitos. Si dicho fundador desea que el mayorazgo sea perpetuo, y sus bienes inagenables: que nunca falte sucesor en él; y que por si el último poseedor no elige, jamas se verifique extinguida la sucesion; mandará que por tal se tenga, y lo sea siempre el mas próximo pariente del último poseedor por línea paterna ó materna; ó el que tenga parentesco doble con él (que es por ambas líneas), ó el que lo tenga por una sola; ó el que posea mayorazgo determinado; ó quien le parezca, aunque no sea de sus parientes; pues de no hacerlo, como cesa la vinculacion y ligámen en el último de las líneas llamadas, puede disponer este de los bienes del mayorazgo segun le parezca, porque quedan libres y los hace suyos del mismo modo que si el fundador le hubiera instituido por su heredero, excepto que mande que el mayorazgo sea perpetuo, ó se colija así de su fundacion.

CAPITULO II.

Requisitos necesarios para fundar mayorazgos: personas que pueden hacerlo, ya por sí, ya por comision de otro; y reglas generales que se observan en los mayorazgos.

- | | |
|--|--|
| <p>1 Para fundar mayorazgo se necesitaba licencia real á consulta de la cámara, precediendo informacion de si el mayorazgo llega á cierta cantidad de renta.</p> <p>2 La licencia real debia preceder á la fundacion del mayorazgo; y si se obtenia despues de hecha la vinculacion, no valdria esta.</p> <p>3 El que pueda disponer libremente de sus bienes, y cuya familia ten-</p> | <p>ga las calidades necesarias, podrá tambien fundar mayorazgo.</p> <p>4 Necesitará la muger casada para fundar mayorazgo la licencia de su marido?</p> <p>5 El hijo de familia, teniendo para testar la edad prefijada por la ley, puede fundar un mayorazgo.</p> <p>6 Casos que deben distinguirse en los mayorazgos que se fundan por comision de otra persona.</p> |
|--|--|

- 7 Reglas generales que se observan en los mayorazgos. Primera, todos deben gobernarse en caso de duda al tenor del regular.
- 8 Segunda regla: los mayorazgos son indivisibles.
- 9 Tercera regla: la sucesion en los mayorazgos es perpetua, y los bienes que comprende no se pueden enagenar.
- 10 Cuarta regla: en los mayorazgos deben tenerse presentes cuatro cosas: linea, grado, sexo y mayor edad.
- 11 Quinta regla: concluida una linea se pasa á la otra con exclusion de los ilegítimos.
- 12 Sexta regla: el hijo legitimado por subsiguiente matrimonio se entien- de llamado desde su legitimacion: y se dice lo que debe observarse en los legitimados por rescripto del príncipe, y en el hijo arrogado.
- 13 Séptima regla: la proximidad del parentesco se debe considerar res-

1. Antes cualquiera que podia testar ó contratar, tenia facultad para fundar mayorazgo; con real licencia, siendo de todos sus bienes; y sin ella (a), del tercio de los mismos, teniendo ascendientes; ó del quinto á favor de quien quisiere, teniendo legítimos descendientes; ó bien del tercio y quinto á favor de uno ó mas hijos ó descendientes suyos legítimos en perjuicio de los demas por via de mejora, que llaman vínculo; siempre que observase en sus llamamientos, por lo que hace al tercio, lo dispuesto en la ley 27 de Toro; pero por cédulas de 14 de mayo de 1789 (que es la ley 12 tit. 17 lib. 10 Nov. Rec.) *de 23 de mayo de 1803 (publicada por bando de 29 de noviembre) y de 3 de abril de 1804, (publicada en 23 de octubre), se declaró y mandó que conforme al espíritu de la ley 20 tit. 33 lib. 2 Rec. de Ind., y práctica observada por el Consejo de Cámara de Indias, para toda fundacion de mayorazgos en ellas, aun de tercio y quinto, hubiese de preceder facultad real; para cuya concesion deberian presentar los interesados con su poder especial la informacion que previene dicha ley (b)

(a) Según la ley 42 de Toro, que es la 3. tit. 7. lib. 5. R., ó 2. tit. 17. lib. 10. N., muy anterior á la cédula que adelante cita el autor, la licencia del rey debia preceder á la fundacion del mayorazgo. Esta proposicion indefinida equivale á universal, y excluye por consiguiente la distincion que se menciona en el

- pecto del último poseedor.
- 14 Octava regla: en los mayorazgos no se sucede al último poseedor por derecho hereditario sino de sangre.
- 15 Nona regla: muerto el poseedor del mayorazgo, pasa la posesion civil y natural de todos los bienes que comprende al inmediato sucesor por solo el ministerio de la ley, sin ser necesaria voluntad en este.
- 16 Décima regla: todas las mejoras hechas en cosa de mayorazgo ceden á este.
- 17 Undécima regla: modos de probarse el mayorazgo.
- 18 Duodécima regla: todas las leyes ceden á la voluntad del testador, quien puede poner las condiciones que quisiere, como sean posibles y honestas.
- 19 Sobre los bienes de mayorazgo no podia imponerse censo ni otro gravámen sin real permiso.

texto. Lo mismo se deduce de la ley 20. tit. 33. lib. 2. R. I.—E.

(b) Esta informacion se contraia á los hijos, bienes y haciendas que tenian los que deseaban fundar mayorazgo, su calidad y valor, y si de la fundacion podian resultar inconvenientes.—E.

y el informe de la audiencia ó gobernador de la provincia donde lo hubiere, y caso de no hacerlo se expidiese para ello cédula de diligencias: que en la cédula de facultad se señalase, segun las circunstancias una cuota fija para legítimas dotes y valimientos; y hecha la fundacion se presentase en dicho consejo para que la examinase y aprobase, pena de nulidad de cuanto en contrario se hiciera: que de estas reglas solo quedasen exceptuados los pobladores conforme á la ley 24 tit. 3 lib. 4 de la misma R. (a); y que si en algunos casos parecia conveniente dispensar todas ó algunas diligencias, hubiera de ser precediendo beneplácito del rey, con expresa derogacion de esta resolucion, bajo la misma pena de nulidad. Por último, atendiendo á que el mayorazgo es una especie de dignidad, se resolvió en las mismas cédulas, que la cámara observase la mayor circunspeccion en despachar facultades para fundarlos, concediéndolas solamente á personas beneméritas á la corona ó al público, de buen nacimiento y circunstancias; y que excusase librarlas ó proponerlas, cuando á lo ménos no pudiesen producir los bienes á la vinculacion de cuatro á cinco mil pesos de renta líquida, sin distincion de bienes ni de provincias; estableciéndose ademas la incompatibilidad absoluta de todo mayorazgo, con cuya union resultase que el poseedor tuviera mas de diez mil pesos fuertes (b).* Segun la citada ley 12, las dotaciones perpetuas debian hacerse y situarse principalmente sobre efectos de rédito fijo, como censos, juros, efectos de villa, acciones del banco ú otras semejantes, de modo que quedase libre la circulacion de bienes estables, para evitar su pérdida ó deterioro, y solo se permitiese lo contrario en alguna parte muy necesaria, ó de mucha utilidad pública. Ademas de declararse nulas en dicha ley las vinculaciones que en adelante se hicieren en contrario, se da derecho á los parientes mas inmediatos del fundador para reclamarlas y suceder libremente. Posteriormente se expidió otra cédula de 3 de julio de 1795 (que es la ley 13 tit. 17 lib. 10 Nov. Rec.), en que se declaran válidas las vinculaciones hechas con anterioridad á la otra citada de 1789, aunque los fundadores hubiesen fallecido despues. En cédula de 24 de agosto

(a) Esa ley daba facultad y licencia á los pobladores para fundar mayorazgo ó mayorazgos de lo que hubieren edificado, y de la parte que del termino se les concediere.—E.

(b) La ley 7. tit. 7. lib. 5. R., ó 7. tit. 17. lib. 10. N. ordenaba, que cuando por via de casamiento se viniesen á juntar dos casas de mayorazgo, que sea la una de ellas de valor de dos cuantos de renta, ó de ahí arriba, el hijo mayor que en las dichas dos casas así juntas por casamiento podia suceder, suceda solamente en uno de los tales mayorazgos, en el mejor y mas principal, cual él quisiere escoger, y el hijo ó hija segundo suceda en el otro ma-

yorazgo; y si no hubiere mas de un hijo ó una hija, que aquel los pueda tener por su vida; y si aquel hijo ó hija hubiere dos hijos, ó hijo ó hija, se dividan y aparten los dos mayorazgos segun queda dicho; de manera, que dos mayorazgos ascendiendo á la renta expresada, no concurren en una persona, ni esta los pueda poseer sino como se ha explicado; lo cual debia guardarse sin embargo de cualesquiera cláusulas y llamamientos que contenga la fundacion, y de cualesquiera leyes y derechos que los hijos puedan alegar y pretender, los que para este efecto quedan derogados de proprio motu y absoluta potestad.—E.

del mismo año de 1795¹, se impuso un quince por ciento á beneficio del fondo de amortizacion sobre todos los bienes raices ó estables, derechos á acciones reales, que se vinculasen en adelante, ó que de cualquier modo se prohibiese su enagenacion con licencia superior, declarando la nulidad de las vinculaciones sin este pago, y estar comprendidas para esta imposicion las vinculaciones ó mejoras de tercio y quinto con cláusula de no enagenar, hechas por última voluntad ó testamento otorgado ántes de la referida cédula de 14 de mayo de 1789, exceptuándose solamente de esta contribucion, con calidad de por ahora, los fondos que se impusiesen, aunque sea con estos destinos, sobre la real hacienda, ó que se empleasen en vales reales, con otras prevenciones al primer llamado á la sucesion en las fundaciones anteriores á dicho tiempo. Para la puntual observancia de las referidas cédulas, se expidió otra en 17 de diciembre de 1798, mandando publicarlas en las capitales de provincia, y que los escribanos remitan á los intendentes testimonios de dichas fundaciones (*). En circular de 8 de octubre de 1802 (que es la ley 15 tit. 17 lib. 10 Nov. Rec.) se declararon exentas de la contribucion del quince por ciento las imposiciones que se hiciesen en los gremios, compañía de Filipinas y otras de igual naturaleza, de caudales destinados á la fundacion de mayorazgos.

2. Dicha licencia debia preceder á la institucion del mayorazgo; de modo que si se obtenia despues de hecha la vinculacion no valia esta, á ménos que en la misma facultad se aprobase y confirmase²; advirtiéndose que aunque el rey que la concedió muriera ántes de instituirse el mayorazgo, valia la fundacion que en su virtud se hiciese, como si viviera³ (**).

3. Cualquiera que podia disponer libremente de sus bienes, y cu-

1 L. 14. tit. 17. lib. 10. N. comunicada á América en cédula de 13 de septiembre de 1796, y publicada en esta capital en bando de 6 de mayo de 1797.

(*) Para que sean válidas semejantes vinculaciones ó mejoras anteriores al real decreto de 23 de abril de 1789, inserto en la citada real cédula, el primer llamado á la sucesion ha de presentar dentro de dos meses despues de la muerte del testador, el testamento ó codicilo original, ó sea la primera copia, en la intendencia de ejército de la provincia, y pagar el importe de este derecho, para que en la contaduría respectiva se tome la razon, y ponga á continuacion del original ó traslado la correspondiente nota de haberse hecho así y pagado la contribucion. L. 14. tit. 17. lib. 10. N. R.

2 L. 3. tit. 7. lib. 5. R., ó 2. tit. 17. lib. 10 N.

3 L. 3. del mismo tit.

(**) Se ha omitido lo que dice Febrero en el párrafo siguiente, á saber: que aunque no intervenga facultad real, si el fundador tiene solo ascendientes y estos renuncian su legitima, puede vincular todos sus bienes; y añade que lo mismo podrá hacer teniendo descendientes legitimos en tres casos: 1.º Si los tales descendientes renunciaren con juramento su legitima sin perjuicio de sus alimentos, ni de la dote de las hembras: 2.º si los hijos siendo mayores de veinte y cinco años, se conforman en que el de mas edad suceda en la herencia paterna quedándoles los precisos alimentos; 3.º cuando el hijo único mayor de veinte y cinco años consiente la fundacion de mayorazgo y gravámen que su padre le impone en su legitima. Esta doctrina era corriente ántes de la publicacion de la referida cédula de 14 de mayo de 1789, en la cual, segun queda dicho, se declaran nulas las vinculaciones que en adelante se hicieren sin real facultad,

ya familia tenia las cualidades necesarias, podia tambien, obtenida la correspondiente licencia, fundar mayorazgo de todos sus bienes ó parte de ellos. Si uno, teniendo hijos y nietos, fundaba mayorazgo de todos sus bienes, no podia, aunque interviniere facultad del rey, llamar al nieto excluyendo los hijos, á ménos que esta se lo permitiese expresamente, y el tal nieto sea hijo del nombrado en ella, porque se hace injuria á este¹; pero si la facultad es genérica para llamar á cualquiera de sus hijos, puede elegir de ellos el que quisiere, y no preferir al primogénito², dejando á los demas los competentes alimentos que se les deben por derecho natural y positivo: siendo de advertir que el clérigo, el mudo, el loco, el mentecato y el ciego, pueden suceder en el mayorazgo, si no se lo prohíbe expresamente el fundador¹.

4. La muger casada podia fundar mayorazgo por testamento y última voluntad sin licencia de su marido, precedida la real facultad; pero por contrato entre vivos habia de intervenir precisamente dicha licencia, á ménos que la real facultad derogase la ley 55 de Toro y las del Fuero Real con ella concordantes, que prohiben á la muger casada tratar y contratar sin ella.

5. El hijo de familia teniendo para testar la edad prefijada por la ley 5 de Toro, podia fundar mayorazgo de la tercera parte de sus bienes en testamento y última voluntad sin licencia de sus ascendientes, y aun de todos, perjudicando á estos en su legitima, si para ello obtenia real facultad⁴. El obispo, aunque sea fraile, podia, con real licencia, instituir mayorazgo de sus bienes patrimoniales é industriales en favor de cualquier pariente ó extraño⁵, y con beneplácito apostólico y real de los adquiridos por razon de la Iglesia.

6. En órden á los mayorazgos que se fundan por comision de otro, deben distinguirse seis casos: 1.º cuando el testador da comision y facultad á algun amigo suyo para que de todos sus bienes ó de parte de ellos, erija mayorazgo en el modo y forma que le tiene comunicado. En este caso puede hacerlo incompatible, regular ó irregular; y declarando habérselo comunicado y ordenado así el testador, valdrá esta declaracion, ya sea hecha con juramento ó sin él, con tal que no tenga inverosimilitud ó repugnancia grande de hecho ni de derecho⁶. 2.º Cuando en el poder ó última voluntad dice: que le concede libre-

tad, y concluye la misma diciendo: sin que por esto sea mi ánimo prohibir dichas mejoras de tercio y quinto, con tal que sea sin vinculacion perpetua mientras no concurra licencia mia, á cuyo fin deroga todas las leyes y costumbres en contrario.

1 Covar. lib. 1. Var. cap. 19. n. 4.

2 Villadiego en su Política y forma de libel. n. 209.

3 Gom. en la ley 40. de Toro ns. 66 y 69.

Molin. De Hispan. primogen. lib. 1. cap. 13. ns. 23, 25, 41, 96, 97 y 101. Greg. Lop. en la ley 2. tit. 15. part. 2. gl. 19 y 20.

4 Mieres De mayorat. part. 1. q. 1. n. 21. 5 Gl. in cap. De monachis. q. 1. et in cap. 1. et 18. q. 2.

6 L. Theopompus 14. ff. De dote praeleg. y ley. Quem haeredi. 25. ff. De reb. dub. Roj. Almansa De incomp. disp. 2. q. 2. n. 1 al 10.

facultad para constituir el mayorazgo. En este caso puede hacerle igualmente incompatible, regular ó irregular; y se entiende conferida esta libre facultad ó potestad siempre que el poderdante usa de estas ú otras expresiones: *Que se la concede para que lo funde ó no; para hacerlo regular, ó de agnacion ó eleccion; para fundarle del modo que quiera y le parezca; ó para que en su nombre le instituya en los términos que él mismo puede practicar por sí*. 3.º Cuando el testador le da simple facultad para fundarlo; y entonces puede constituirlo del propio modo, porque se subroga en su lugar, y puede practicar lo que el propio mandante, pues de lo contrario será inútil la potestad que le confiere, y es visto que nada comete á su voluntad. 4.º Cuando le confiere facultad para fundarlo á su arbitrio ó como arbitrador; en cuyo caso puede hacerlo regular solamente, porque el arbitrio se ha de gobernar por el derecho y por la razon, prudencia y equidad; y aunque por ser libre la comision conferida en la mera voluntad del comisario, puede obrar este con libertad, no así cuando se deja á su arbitrio, por lo que debe proceder estrechamente, y ceñirse á lo que la mayor parte de los hombres suele hacer; pero si la facultad es para que lo instituya á su libre y pleno arbitrio, ó á su arbitrio y voluntad, podrá erigirlo incompatible, regular ó irregular. 5.º Cuando se le da para fundarlo segun las leyes de este reino, ó segun su costumbre; y entonces está destituido de potestad para hacerlo irregular é incompatible; y así debe instituirlo regular precisamente, porque las leyes fundamentales de él establecen por regla general y suponen que debe ser regular y sin el gravámen de incompatibilidad. 6.º Cuando en vida funda mayorazgo el poderdante, y por última voluntad comisiona á alguno para que de los bienes libres que tiene, instituya otro nuevo; en cuyo caso este mayorazgo debe ser de la misma naturaleza y cualidad que el erigido por el testador en su vida, sin diferencia, no obstante que le conceda simplemente la facultad: y la razon es, porque en derecho se presume, y debemos creer que el testador quiso que despues de su muerte practicase su comisario lo que él hizo mientras vivió. Adviértase que para usar el comisario de la facultad que le confiere el poderdante á efecto de fundar mayorazgo, no le prefinen término las leyes como para ordenar su testamento, por lo que podrá fundarlo cuando quiera, si no se lo limitó; y asimismo que si el comisario fallece ántes de usar de su comision, se tendrá el mayorazgo por hecho, y se estimará regular, no apareciendo otra cosa de la voluntad del poderdante: acerca de todo lo cual véase á Rojas Almansa y á

1 Roj. ibi § 1. n. 12 al 28.

2 Roj. ibi §§ 2 y 3. n. 29 al 70.

3 Roj. ibi § 4. n. 71. al 80.

4 Id. ibi. n. 81.

5 L. Cum servus, 82. ff. De condit. et de.

monstr. y ley Postul. 44. ff. ad senat. consul. trebell.

6 Roj. de Almans. disp. y q. 2. cit. § 4. nº 82 y 83.

7 Id. ubi prox. § 5.

los que cita, para mayor instruccion. Y tambien se previene que el comisario con facultad de elegir sucesor, debe hacer la eleccion una vez requerido, sin esperar á que cumpla el año concedido por derecho para hacerla de lo legado en testamento, porque la ley¹ habla de la eleccion de bienes, y no de las personas².

7 Habiendo tratado de las diversas especies de mayorazgo, requisitos para fundarlo y personas que pueden hacerlo, expondré ahora las principales reglas que se observan en el mayorazgo regular (*), las cuales son aplicables tambien á los mayorazgos irregulares, excepto en aquellos puntos singulares ó característicos en que estos se separan del mayorazgo regular: por ejemplo, en el mayorazgo de femineidad no rige la regla segun la cual el varon es preferido á la hembra en el mayorazgo regular; pero las demas reglas son aplicables á aquel.

Regla primera. El reino de España es un verdadero mayorazgo, cabeza de todos los demas, los cuales toman de él la razon ó modo de suceder, de manera que en caso de duda el mayorazgo se reputa regular³. Y si se disputa sobre el orden de suceder, se debe decidir la causa segun las leyes de sucesion establecidas para la del reino, como enseñan Molina lib. 1 De primog. cap. 2 núm. 16 y sig., y otros. Pero debemos advertir no entenderse por estas leyes el aut. 5 tit. 7 lib. 5 R. 6 ley 5 tit. 1 lib. 3 de la N, porque esta solo dice respecto á la sucesion de la monarquía, sin que sirva de ejemplo á los mayorazgos regulares, que siempre se gobiernan por lo establecido en la referida ley 2 tit. 15. Part. 2.

8 Segunda. Los mayorazgos por su propia naturaleza son indivisibles, no solo porque lo es tambien el reino, cabeza de todos los mayorazgos⁴, sino ademas, porque el fin principal de estos es para conservar la memoria y lustre de la familia, el cual, como tambien lo pingüe de los patrimonios, se destruyen por la division. Cuya regla debe tambien entenderse en cuanto al ejercicio, administracion ó comodidad del mayorazgo; porque como en él se sucede por derecho de primogenitura, repugna cualquiera division, como lo enseña Molina en dicho libro 1. cap. 11. Solo un caso rarísimo exceptúa el mismo en el lib. 3 cap. 1. núm. 19, de que naciesen dos varones ó dos hembras de un mismo parto, y en tales circunstancias, que no se pudie-

1 L. fin. § Sed si quis. Cod. Commun. de legat.

2 Molin. De primog. lib. 2. cap. 4. n. 43. y sig. Cast. lib. 4. Controv. cap. 36. n. 11.

(*) Se han trasladado estas reglas del lib. 2. tit. 7. de la Ilustracion del derecho real de España, donde su autor D. Juan Sala trata de los mayorazgos con aquel conoci-

miento de nuestra legislacion que le distingue en todas sus obras. En dichas reglas se halla recopilada con orden y método la principal doctrina sobre mayorazgos.

3 LL. 13 y 14. tit. 7. lib. 5. R., ú 8 y 9. tit. 17. lib. 10. N.

4 L. 2. tit. 15. part. 2.

se saber quien nació primero, entónces el mayorazgo y demas derechos de primogenitura se habrian de dividir entre los dos¹.

9. Tercera. La sucesion en el mayorazgo es perpetua en todos aquellos que vienen de la familia del fundador. Por ello si este solamente hubiese llamado á su hijo primogénito y á sus descendientes, sin hacer mencion de sus otros hijos, no deberá creerse ser su voluntad, que faltando la descendencia del primogénito quedasen sus bienes libres, si dejara otros descendientes suyos; ántes por lo contrario se entenderá que tambien llamó á estos. De suerte, que de sola la palabra mayorazgo se infieren todas las sucesiones que son necesarias para su perpetuidad en la familia del fundador. Las razones son las mismas que las de la regla antecedente². De ahí viene que los bienes mayorazgados son por su naturaleza inalienables (*) (a). Solo el rey (b) podia conceder facultad para enagenarlos,

¹ L. 12. tit. 33. part. 7.

² Molina. dicho lib. 1. cap. 4. Gom. en la ley 40 de Toro n. 64 y otros.

(*) Por real cédula de 24 de septiembre de 1798, que es la ley 16. tit. 17. lib. 10. N. R., se concedió por panto general á todos los poseedores de mayorazgos, vínculos, patronatos de legos y de cualesquiera otras fundaciones con cualquier título que se denomina, y en que se suceda por el orden que se observa en los mayorazgos de España, real facultad para que, sin embargo de cualesquiera cláusulas prohibitivas de enagenar los bienes de sus dotaciones, puedan enagenarlos para los fines y en la forma que se previene, y puede verse en la misma cédula. En otra de 13 de enero de 1793, que es la ley 17. tit. 17. lib. 10. N. R., se concedió á los poseedores la gracia de que se les devuelva por via de premio la octava parte de la cantidad líquida que entreguen en la caja de amortizacion. Por otra de 3 de febrero de 1803 (ley 18 del mismo tit.) se concedió facultad á los poseedores de mayorazgos, vínculos y patronatos de legos para que puedan enagenar las fincas vinculadas que existen en pueblos distantes de los de sus domicilios, y subrogar su importe en otras de obras pias, asegurando en estas las cargas de las vinculaciones, con tal que mientras se verifica la subrogacion se deposite el producto de aquellas ventas en la real caja de extincion de vales, donde devengará un tres por ciento á favor de sus dueños; entendiéndose que en estos casos no han de gozar los poseedores de mayorazgos y vínculos la gracia de la octava parte concedida anteriormente, y si solo la exencion de alcabala de esta primera venta. En la ley 19 del propio título se prescriben las reglas que deben observarse para la enagenacion de bienes de mayorazgos, vínculos, patronatos y otras fundaciones: y por la ley 20 se da facultad para que los poseedores de aquellos puedan com-

prar los bienes de sus propias vinculaciones.

Acerca de la perpetuidad de los mayorazgos suelen ocurrir otras dificultades, v. g. si el último de la familia del instituyente podrá ó no instituir libremente á extraños por herederos de los bienes del mayorazgo, ó deberá llamarlos con el mismo gravámen ó condiciones, ó si será árbitro de ponerlas nuevas sin real permiso, y de fundar por consiguiente nuevo mayorazgo. Sobre estos y otros puntos véase á Molina *De primogen.* lib. 1. caps. 4 y 8, y otros que tratan de la materia.

(a) Esta regla cesaba en el caso de que trata la nota 6 pag. 335 del tom 1.—E.

(b) En cédula fecha en Madrid á 22 de junio de 1695, se facultó á las audiencias de América para que pudiesen conceder á los poseedores de casas vinculadas, ó de mayorazgos que hubiesen padecido ruina, licencia de acensuarlas ó venderlas, antecedendo precisamente justificacion de no tener otros bienes con que repararlas; y con que la cantidad que se diese por la casa ó casas, ya fuese por via de venta ó por la de censo, se depositase primero, y ántes que se perfeccionase el contrato, para subrogarla en otra finca, y que el vínculo no padeciese detrimento. Las córtes españolas con el fin de afianzar á los acreedores de los que poseian bienes vinculados el pago de las cantidades de que les fuesen deudores, cuando con objeto de satisfacerles solicitasen y obtuviesen estos el permiso para enagenarlos, resolvieron por punto general en decreto de 14 de julio de 1813, que en todos los negocios de esta clase los expresados deudores, dueños de aquellos, asegurasen, obtenido que hubiesen el indicado permiso, la legitima inversion del producto de la venta, entrando desde luego el valor en poder de sus acreedores, ó bien en el de un depositario abonado, de cuyas manos lo percibiesen. Las mismas córtes en orden de 17 de marzo de 1821 declararon, que el

y lo solia hacer cuando lo exigía la pública causa, ó la necesidad ó utilidad del mismo mayorazgo. Causa pública es aquella que directamente mira á la utilidad pública: y necesidad ó utilidad del mayorazgo la hay cuando las cosas en que consiste este han de perecer ó arruinarse si no se reparan, ó se ofrece ocasion de permutarlas con evidente utilidad del mismo mayorazgo. Y esta facultad no se concedia sino con conocimiento de causa, y citado primero el inmediato sucesor. Molina lib. 4 cap. 3; y en el cap. 7. núm. 4 y siguiente añade que esta facultad no se pone en ejecucion sino faltando bienes libres, aun cuando no se exprese esta circunstancia en la concesion. Y de esta regla nace que los bienes de mayorazgo no pueden usucapirse ó prescribirse por la prescripcion de diez ó veinte años; y lo mismo nos parece debe decirse de la prescripcion de treinta ó cuarenta años, por las buenas razones con que funda esta opinion Antonio Gomez en dicha ley 40 de Toro, núm. 90. Pero añade allí mismo tener lugar la prescripcion inmemorial; y en esto todos convienen, por el motivo de que el haber pasado tanto tiempo hace presumir que concurrió la licencia del rey y todo lo necesario para la enagenacion, Véase á Molina lib. 4 cap. 10. y á Gregorio Lopez en la glos. 3 al fin de la ley 10. tit. 26. Part. 4, en donde da tambien la razon que suele darse, de que esta prescripcion tiene fuerza de privilegio.

10. Cuarta. En los mayorazgos deben tenerse presentes cuatro cosas, que recomienda mucho Molina en el lib. 3. cap. 4 núm. 13 y 14 diciendo deben conservarse en la memoria. La primera, la línea, para que los de la del último poseedor sean primero que los de las otras: la segunda, el grado, esto es, que el mas próximo pariente de dicho poseedor excluye al mas remoto: la tercera, el sexo, porque siempre el varon excluye á la hembra siendo de la misma línea y grado; pero si la hembra fuese de mejor línea y grado no se entenderá excluida por los varones mas remotos, ántes se preferirá á ellos y se juzgará llamada; y la cuarta, la mayor edad en los que son iguales en línea, grado y sexo. Adviértase por lo tocante á la proximidad, que en la sucesion de los mayorazgos siempre tiene lugar la representacion, no solo en la línea recta sino tambien en la transversal; y de ahí es que los hijos ocupan siempre el grado y lugar de sus padres, aunque estos hubiesen muerto ántes de fundarse el mayorazgo, si no es que el fundador previniera lo contrario con palabras claras y literalmente, sin bastar argumentos ni conjeturas por mas claras y evidentes que fueren: lo que manda observarse así la ley 9 de dicho tit. 17. en los mayorazgos que en

decreto sobre abolicion de mayorazgos no se | didos ántes de su publicacion para vender bienes
oponia á la conclusion de los permisos conce. | vinculados.—E.

adelante se fundaren, esto es, desde 5 de abril de 1615, que es la fecha de dicha ley.

11. Quinta. Acabada la línea del primogénito, se pasa á la del segundogénito, y así en adelante á la del tercero ó cuarto¹, y los que estan en la línea recta del fundador se prefieren á los demas. Pero debe advertirse que para tener lugar esta prelación es menester que los de dicha línea sean legítimos, aun en el caso que el fundador hubiese llamado simplemente á sus descendientes sin añadir *legítimos*; porque cuando se trata del honor de la familia, como en los mayorazgos, bajo la apelacion de hijos no se entienden los ilegítimos². Y adviértase que por hijos legítimos se entienden no solo los nacidos de legítimo matrimonio, sino tambien los que nacieron del que se reputaba tal, ó que fué contraído segun los ritos de la Santa Iglesia, ignorando los contrayentes ó alguno de ellos el impedimento que tenían para contraerle³; lo que dice Molina, dicho lib. 3. cap. 1 n. 15, deberse ampliar al caso en que hubiese dicho el fundador, que solo debían suceder los nacidos de legítimo matrimonio.

12. Sexta. El hijo legitimado por subsiguiente matrimonio se entiende llamado á la sucesion desde el tiempo de su legitimacion, esto es, en que sus padres contrajeron el matrimonio. Por consiguiente, si su padre antes de este matrimonio, nacido ya el ilegítimo, hubiese contraído otro y tenido de él un hijo legítimo, este se considerará el primogénito, y será preferido al legitimado: la razon es porque habiéndose ya radicado en el legítimo por su nacimiento el derecho de primogenitura, seria cosa inicua privarle de este derecho adquirido tan justamente con esperanza tan considerable. Ni debe retrotraerse la legitimacion en perjuicio del hijo legítimo⁴. Si el hijo fuere legitimado por rescripto del príncipe, le excluirán de la sucesion todos los parientes de la familia del fundador, ó que desciendan de él, como puede verse en Hermengildo de Rojas *De incompatibilit.* part. 1. cap. 6. §. 6., Molina lib. 1. cap. 4. núm. 41. y lib. 3. cap. 3, que examinan con extension este asunto. El hijo arrogado ó adoptivo está enteramente excluido de esta sucesion.

13. Séptima. La proximidad de parentesco, por cuya razon se sucede en los mayorazgos, se ha de considerar respecto del último poseedor y no del fundador⁵. Tiene lugar esta regla tambien en los laterales; pero solo en el caso que el mas próximo del posee-

1 Molina. lib. 3. cap. 6. ns. 30 y 31.
2 Greg. Lop. en la gl. 10. q. 8. vers. *Et quod*, de dicho lib. 2. tit. 15. part. 2. Molina. dicho lib. 3. cap. 3. n. 45.
3 L. 1. tit. 13. part. 4.
4 Molina. dicho lib. 3. cap. 1. n. 7. Anton. Gom. extensamente en la ley 9 de Toro

n. 63 y sig. citando á otros. Véanse en Pichler *Jus. canon.* lib. 4. tit. 17. n. 9. los autores que sobre este punto tan controvertido se han resuelto por una y otra parte.

5 El mismo Rojas dicha part. 1. § 10.

dor fuese de los parientes del fundador, porque á estos solos pertenece la sucesion de los mayorazgos¹.

14. Octava. En los mayorazgos no se sucede al último poseedor por derecho hereditario, sino de sangre²; y de aquí es que el mayorazgo pertenece al primogénito del poseedor, aunque este le hubiese desheredado; pero respecto del fundador todos suceden por derecho hereditario, porque lo consiguen por su voluntad³. De esto se infiere que el poseedor deberá pagar todas las deudas á que está obligado el fundador, si no es que las hubiese contraído despues de fundado irrevocablemente el mayorazgo⁴; y por lo contrario no estará obligado á satisfacer las que contrajo su antecesor, como no esten contraídas por necesidad precisa en conservar los bienes del mayorazgo⁵.

15. Nona. Muerto el poseedor del mayorazgo, pasa por virtud del mismo derecho ó ministerio de la ley la posesion civil y natural de todos los bienes que le son pertenecientes al sucesor sin ningun acto de aprension, aunque algun otro haya tomado la posesion de ellos en vida del tenedor del mayorazgo, ó el muerto ó el mismo tenedor le haya dado posesion de ellos⁶. Y por cuanto esta posesion se adquiere por el solo ministerio de la ley sin ser necesaria cosa alguna del sucesor, la llaman los autores *civilissima*, y dicen unánimes tener lugar, aunque el sucesor lo ignore, ó sea infante, furioso, mentecato ó póstumo⁷. Y tambien en los mayorazgos fundados sin licencia del rey, como lo prueba Molina en el lib. 1. cap. 1. desde el núm. 25, y Covarrubias lib. 3. *Var.* cap. 5. núm. 5. contra Antonio Gomez en dicha ley 45. núm. 116. Y tiene extension á la cuasi posesion de las cosas incorporales ó derechos, segun Molina en dicho cap. 12. núm. 23; y así lo prueban las mismas palabras de la ley, allí: *ó de otra cualquiera calidad que sean* (*).

1 Dicha ley 2. tit. 15. part. 2. y en ella Greg. Lop. gl. 18. al fin, y mas claramente en la ley 9. tit. 1. part. 2. allí: *ó alguno de los otros que son mas propiamente parientes de los reyes al tiempo de su finamiento.*
2 Molina. dicho lib. 3. cap. 9. n. 2.
3 Dicha ley 2 allí: *do quier que el señorío hubieron por linage, é mayormente en España.* L. 9. tit. 7. part. 2. allí: *por razon del linage.*
4 Molina. dicho lib. 1. cap. 8. n. 10.
5 Arg. del art. 4. de la ley de 7 de agosto de 1823. Molina. dicho lib. 1. cap. 10, que todo lo emplea en tratar de este asunto, resolviendo muchos casos que se proponen. Ant. Gom. en la ley 40 de Toro n. 72, en donde habla tambien latamente. Allí lo podrá ver quien lo necesite, porque nuestro instituto no nos permite tanta distincion de casos.

6 L. 1. tit. 24. lib. 11. de la N. R. (45. de Toro).
7 Molina. dicho lib. 3. cap. 12. n. 24. Gom. en dicha ley 45. de Toro n. 112. *Mieres De majorat.* part. 3. q. 2.
8 L. 8. tit. 7. lib. 5. R., ó 1. tit. 24. lib. 11. N.

(*) No debe darse posesion al poseedor de mayorazgo de bienes que un tercero esta detentando, á pretexto de que estan incluidos en su fundacion y le pertenecen; porque el detentador se presume poseedor de buena fe con título legítimo, y por esta razon se le debe oír en via ordinaria, y comunicar traslado de esta demanda de reivindicacion, y no despojarle hasta que en definitiva se declare y destruya el título con que posee; y de hacer lo contrario se le restituirá á la posesion ante todas cosas, y restituido se seguirá el juicio sobre la reivindicacion.

16. Décima. Todas las fortalezas, cercas y edificios que se hicieren en las casas de mayorazgos, labrando, reparando ó reedificando en ellas, son del mismo mayorazgo, cuyo sucesor sucede tambien en ellas, sin que sea obligado á dar parte alguna de la estimación de dichos edificios á las mugeres de los que los hicieron, por razon de gananciales, ni á sus hijos ni á sus herederos¹. Solo habla esta ley de las mejoras y gastos hechos en los edificios en los términos que acabamos de referir. Pero sin embargo es mas probable la opinion de los que juzgan debe entenderse generalmente en todos los bienes del mayorazgo, y que habla de los edificios por ejemplo, como que es lo mas regular, por no poderse señalar razon de diferencia entre bienes y bienes². Algunos han querido notar, sin razon, de injusta esta ley, que segun prueban bien dichos autores, Antonio Gomez en dicha ley 46. núm. 4, y otros, tiene justicia (*).

17. Undécima. El mayorazgo, segun la ley 1. tit. 7. lib. 5. R. ó 1. tit. 17. lib. 10. de la N. (41 de Toro), se puede probar por tres modos. 1.º Por la escritura de la institucion de él con la escritura de la licencia del rey que la dió. 2.º Por testigos que depongan del tenor de dichas escrituras. 3.º Por costumbre inmemorial pro-

1 L. 6. tit. 7. lib. 5. R., ó 6. tit. 17. lib. 10. N.

2 Molin. dicho lib. 1. cap. 26. n. 15. y sig. Acev. en dicha ley 6.

(*) Esta disposicion legal que á varios autores ha parecido iniqua, se funda sin embargo en tres razones no despreciables. El poseedor de un mayorazgo no está obligado á mejorar sus fincas, y por lo mismo si lo hace debe ser á su costa, sin que pueda obligar al sucesor al pago de su importe. Ademas, seria injusto que el sucesor que no adquiere los bienes del mayorazgo como cosas libres de que pueda disponer á su arbitrio, sino que por su muerte ha de restituirlos forzosamente á quien corresponda segun los llamamientos de la institucion, fuese precisado á dicho resarcimiento, con lo cual podria acontecer que importando mas el valor del edificio ó edificios que todos los frutos que percibiese en el curso de su vida, fuese así privado indirectamente de los emolumentos del mayorazgo. Finalmente, si el inmediato sucesor de quien hizo el edificio estuviere obligado á satisfacer su importe, tambien tendria la misma obligacion de satisfacerlo á el el siguiente sucesor, y á este otro; de suerte que sobre el pago del valor del edificio se procederia en infinito. A vista de estos fundamentos parece no debe extrañarse que aunque la citada ley habla solo de lo que se edifique en las cosas vinculadas, la hayan entendido generalmente los intérpretes á toda especie de mejoras, creyendo que la ley habia

mentado solamente las primeras por ser mas frecuentes, no por circunscribirse á ellas, puesto que en todas tienen lugar igualmente las expresadas razones. Sin embargo, no puede negarse que semejante extension (al parecer muy contraria á la ley, la cual, hablando solo de una especie de mejoras, hubo de querer excluir de su disposicion todas las demas) ha sido muy funesta en general para la agricultura y el estado, y en particular para los hijos segundos de los vinculistas. Por otra parte los edificios á que se contrae la ley, y á que tenia aplicacion en aquellas circunstancias, no eran por lo comun fructíferos ó destinados á la utilidad del mayorazgo, sino unas verdaderas fortalezas en que moraban los señores, y donde á veces se hacian fuertes para sostener sus inmoderadas pretensiones, de cuyos hechos está llena la historia. Así que, puede muy bien considerarse dicha disposicion como una ley anti-feudal, dirigida á dar por el pie la antigua constitucion militar, ó introducir paulatinamente la que hoy se halla generalmente establecida en Europa.

Habiendo hecho un tercero mejoras de una finca vinculada urbana ó rústica que poseyó de buena fe, y tiene que restituirla, debe ser indemnizado, igualmente que el que prestó para hacerlas cen hipoteca ó sin ella, segun las reglas comunes del derecho en que no dispensó la ley 46 de Toro á favor de los vincules ni mayorazgos. Nota extractada de las de Febrero reformado y adicionado.

bada con las calidades que incluyan haber tenido y poseído los pasados aquellos bienes por mayorazgo, esto es, segun las reglas de mayorazgo; que los testigos sean de buena fama, y digan que así lo vieron ellos pasar por tiempo de cuarenta años, y así lo oyeron decir á sus mayores y ancianos; que ellos siempre así lo vieron y oyeron, y nunca vieron ni oyeron decir lo contrario, y que así es la pública voz y fama, y comun opinion entre los vecinos y moradores de aquella tierra. Este es el tenor de dicha ley 1.ª, sobre el cual advertimos con Molina y otros, que el primero de dichos tres modos habla solamente de los mayorazgos fundados con licencia del rey, en los cuales es absolutamente necesaria la escritura en prueba de dicha licencia; pero en los fundados sin esta licencia, como ántes se podia hacer y hacia, no es precisa. Molina lib. 2. cap. 8, (bien que añade en el núm. 9. ser muy raro que se funde sin escritura, y que no le consta haber sucedido) dice que el modo segundo se entiende cuando habiéndose perdido la escritura deponen de su tenor los testigos que la vieron, y que constaba de todas las partes y circunstancias necesarias, y que no estaba cancelada ni viciada en parte alguna: que la escritura con que quiera probarse el mayorazgo, no es menester que sea pública, porque la ley solo requiere que haga fe allí: *siendo tales las dichas escrituras que hagan fe*; y es bien sabido que algunas escrituras privadas la hacen²: que dichos tres modos estan puestos por via de ejemplo, y no *taxativamente*, pues podrá probarse por otros, de los cuales refiere varios el mismo autor, en dicho cap. 8, núm. 5: que el modo de probar la prescripcion inmemorial que refiere esta ley, dice Acevedo en su comentario núm. 27., citando á Burgos de Paz y Covarrubias, ser peculiar en este asunto, porque en los otros no es menester que digan los testigos que así lo oyeron á sus mayores y ancianos; y con efecto dice Covarrubias en el cap. *Possessor*. part. 2. §. 3. núm. 7, que así está admitido en la práctica. Y convendria tal vez mucho se mandara omitir esta circunstancia; porque incluyéndola los litigantes en sus preguntas, la contestan los testigos ignorándola ó no advirtiéndola, como varias veces nos lo ha hecho ver la experiencia (*).

18. Duodécima y última regla. En los mayorazgos todas las reglas ceden á la voluntad del fundador³. Es pues, permitido á los fundadores poner las condiciones que les parecieren posibles y honestas, obligando de tal modo á su cumplimiento, que no cumpli-

1 Acev. en dicha ley 1. ns. 6 y sig.

2 Molin. dicho cap. 8. n. 10.

(*) Entiendase que lo dicho se refiere solo á los modos de probar que los bienes son vinculados; pues en orden á la propiedad de los mismos, se ha de acreditar su pertenencia con

otros títulos de adquisicion. Sobre si la costumbre que tiene fuerza de ley se ha de extender á otros casos en que milita igual razon, véase á Vela, disert. 3. n. 53. que defiende la afirmativa.

3 L. 5. tit. 7. lib. 5. R., ó 5. tit. 17. lib. 10. N.

dolas pierda el mayorazgo aquel á quien tocaba por derecho de sangre: lo que dice ser indubitable Molina, dicho lib. 2. cap. 12. núm. 34, en donde examina tambien cuándo son condiciones las leyes ó adyecciones que pone, y cuándo son modos. Y de ahí viene ser innumerables las especies de mayorazgos irregulares, que suelen llamarse de cláusula.

19. Los bienes de mayorazgo no pueden trocarse ni darse en enfiteúsis, ni sobre los mismos se puede imponer censo ni otro gravámen sin real permiso¹: de manera que quien dé dinero sobre ellos sin preceder este requisito, solo podrá repetir contra el que lo recibe y sus propios bienes.

¹ Cuando se trate de los censos se dirá lo que disponen las últimas órdenes acerca de los que estan afectos á fincas vinculadas.

CAPITULO III.

De las líneas y grados de parentesco.

- | | |
|---|---|
| <p>1 ¿Qué cosa sea consanguinidad, línea y grado?</p> <p>2 De las líneas recta y trasversal.</p> <p>3 Diferencia en el modo de computar los grados segun el derecho civil y el canónico.</p> <p>4 Demuéstrase dicha computacion de grados por el árbol genealógico.</p> <p>5, 6, 7, y 8. Continuacion del mismo asunto.</p> | <p>9 Debe hacerse el cómputo de grados segun el derecho civil para las sucesiones abintestato, mayorazgos, vínculos, patronatos, aniversarios y capellanías.</p> <p>10 Explicacion del árbol genealógico, y modo de formarle.</p> <p>11 De otras varias líneas ademas de la recta y trasversal.</p> |
|---|---|

1. **E**xplicado ya todo lo concerniente á la naturaleza de los mayorazgos, resta dar al escribano principiante la nocion competente en órden á lo que se entiende por *consanguinidad, línea y grado*, manifestando cuántas son las líneas de parentesco natural; la diferencia que hay en el modo de contar los grados por derecho civil y canónico; y qué nombres dan los autores á las líneas mas esenciales de los mayorazgos. *Consanguinidad*, es union ó enlace de varias personas por parentesco natural, que proceden de una raiz ó tronco. *Línea de parentesco natural* es el enlace y conexion que algunas personas tienen entre sí, descendiendo unas de otras y todas de una raiz ó tronco, haciendo grados distintos¹. Grado es el paso ó escalon que hay de un pariente á otro, ó sea la distancia

¹ LL. 1 y 2. tit. 6. part. 4.

de personas, por la cual se conoce la que hay entre los consanguíneos para que puedan juntarse entre sí recíprocamente¹.

2. Las líneas son dos, una *recta* y otra *trasversal*: la recta comprende solo á los ascendientes y descendientes. Los primeros son padres, abuelos, bisabuelos y demas que suben hasta la raiz ó tronco; y los segundos son los que nacen de estos, como hijos, nietos, biznietos, tataranietos, ó nietos terceros, y demas que bajan derechamente por la línea. La *trasversal*, que tambien llamamos *colateral*, es aquella en la cual se incluyen y comprenden los hermanos, tíos, primos, sobrinos y cuantos provienen de estos; y se llama así, porque todos los que estan comprendidos ó incluidos en ella, no nacen uno de otro, como en las dos anteriores², ni ocupan la línea recta sino la de los lados. Esta línea no entra sino en el tercer grado, despues que las de ascendientes y descendientes se extinguen, y no ántes³, y en el mayorazgo fundado por un hermano, preferirá su hermano menor entero al mayor consanguíneo ó uterino, al modo que en el abintestato⁴. La línea trasversal es de dos maneras, *igual* y *desigual*. Igual se llama cuando dos ó mas consanguíneos en ella contenidos distan igualmente del tronco de donde todos ellos proceden, v. gr. dos hermanos; y desigual cuando uno se aleja del tronco mas que el otro, por ejemplo, el hermano y su sobrino.

3. Supuesto lo dicho es de saber, para la averiguacion del parentesco, que el derecho civil y canónico convienen acerca del modo de contar los grados en la línea recta; es decir, que segun ambos derechos se cuentan tantos grados en esta línea cuantas son las personas, quitada una que es el tronco de donde provienen. En la línea trasversal ó colateral hay diferencia; pues segun la computacion del derecho civil se cuentan las personas subiendo desde aquella cuyo parentesco se trata de averiguar hasta el tronco, y omitido este, se baja contando por la otra línea trasversal, en la que se halla el otro sujeto que forma el parentesco; y cuantas personas haya de una y de otra parte, componen otros tantos grados. Segun el derecho canónico, en la línea trasversal igual se empieza á contar desde una de las personas de cuyo parentesco se trata, y cuantos grados dista esta del tronco, otros tantos distan ambas entre sí: así pues yo disto un solo grado de mi hermano; porque descontando de dos personas que somos mi padre y yo, una, queda sola otra, y de consiguiente un solo grado. En la trasversal desigual se empieza á

¹ L. 3. tit. 6. part. 4. Engel. lib. 4. tit. 14.
² LL. 2, 3 y 4. tit. 6. part. 4 y 2. tit. 13. part. 6.
³ L. 1. al princ. y ley *Stemma*. ff. *De gradib.* y ley 2. tit. 13. part. 6. donde dice:

La tercera.

⁴ Roj. *De incompat.* part. 3. cap. 6. § 17. p. 253 y sig. Carol. Anton. de Luc. *De líneas leg.* art. 9. n. 7.

dolas pierda el mayorazgo aquel á quien tocaba por derecho de sangre: lo que dice ser indubitable Molina, dicho lib. 2. cap. 12. núm. 34, en donde examina tambien cuándo son condiciones las leyes ó adyecciones que pone, y cuándo son modos. Y de ahí viene ser innumerables las especies de mayorazgos irregulares, que suelen llamarse de cláusula.

19. Los bienes de mayorazgo no pueden trocarse ni darse en enfiteúsis, ni sobre los mismos se puede imponer censo ni otro gravámen sin real permiso¹: de manera que quien dé dinero sobre ellos sin preceder este requisito, solo podrá repetir contra el que lo recibe y sus propios bienes.

¹ Cuando se trate de los censos se dirá lo que disponen las últimas órdenes acerca de los que estan afectos á fincas vinculadas.

CAPITULO III.

De las líneas y grados de parentesco.

- | | |
|---|---|
| <p>1 ¿Qué cosa sea consanguinidad, línea y grado?</p> <p>2 De las líneas recta y trasversal.</p> <p>3 Diferencia en el modo de computar los grados segun el derecho civil y el canónico.</p> <p>4 Demuéstrase dicha computacion de grados por el árbol genealógico.</p> <p>5, 6, 7, y 8. Continuacion del mismo asunto.</p> | <p>9 Debe hacerse el cómputo de grados segun el derecho civil para las sucesiones abintestato, mayorazgos, vínculos, patronatos, aniversarios y capellanías.</p> <p>10 Explicacion del árbol genealógico, y modo de formarle.</p> <p>11 De otras varias líneas ademas de la recta y trasversal.</p> |
|---|---|

1. **E**xplicado ya todo lo concerniente á la naturaleza de los mayorazgos, resta dar al escribano principiante la nocion competente en órden á lo que se entiende por *consanguinidad, línea y grado*, manifestando cuántas son las líneas de parentesco natural; la diferencia que hay en el modo de contar los grados por derecho civil y canónico; y qué nombres dan los autores á las líneas mas esenciales de los mayorazgos. *Consanguinidad*, es union ó enlace de varias personas por parentesco natural, que proceden de una raiz ó tronco. *Línea de parentesco natural* es el enlace y conexion que algunas personas tienen entre sí, descendiendo unas de otras y todas de una raiz ó tronco, haciendo grados distintos¹. Grado es el paso ó escalon que hay de un pariente á otro, ó sea la distancia

¹ LL. 1 y 2. tit. 6. part. 4.

de personas, por la cual se conoce la que hay entre los consanguíneos para que puedan juntarse entre sí recíprocamente¹.

2. Las líneas son dos, una *recta* y otra *trasversal*: la recta comprende solo á los ascendientes y descendientes. Los primeros son padres, abuelos, bisabuelos y demas que suben hasta la raiz ó tronco; y los segundos son los que nacen de estos, como hijos, nietos, biznietos, tataranietos, ó nietos terceros, y demas que bajan derechamente por la línea. La *trasversal*, que tambien llamamos *colateral*, es aquella en la cual se inclayen y comprenden los hermanos, tíos, primos, sobrinos y cuantos provienen de estos; y se llama así, porque todos los que estan comprendidos ó incluidos en ella, no nacen uno de otro, como en las dos anteriores², ni ocupan la línea recta sino la de los lados. Esta línea no entra sino en el tercer grado, despues que las de ascendientes y descendientes se extinguen, y no ántes³, y en el mayorazgo fundado por un hermano, preferirá su hermano menor entero al mayor consanguíneo ó uterino, al modo que en el abintestato⁴. La línea trasversal es de dos maneras, *igual* y *desigual*. Igual se llama cuando dos ó mas consanguíneos en ella contenidos distan igualmente del tronco de donde todos ellos proceden, v. gr. dos hermanos; y desigual cuando uno se aleja del tronco mas que el otro, por ejemplo, el hermano y su sobrino.

3. Supuesto lo dicho es de saber, para la averiguacion del parentesco, que el derecho civil y canónico convienen acerca del modo de contar los grados en la línea recta; es decir, que segun ambos derechos se cuentan tantos grados en esta línea cuantas son las personas, quitada una que es el tronco de donde provienen. En la línea trasversal ó colateral hay diferencia; pues segun la computacion del derecho civil se cuentan las personas subiendo desde aquella cuyo parentesco se trata de averiguar hasta el tronco, y omitido este, se baja contando por la otra línea trasversal, en la que se halla el otro sujeto que forma el parentesco; y cuantas personas haya de una y de otra parte, componen otros tantos grados. Segun el derecho canónico, en la línea trasversal igual se empieza á contar desde una de las personas de cuyo parentesco se trata, y cuantos grados dista esta del tronco, otros tantos distan ambas entre sí: así pues yo disto un solo grado de mi hermano; porque descontando de dos personas que somos mi padre y yo, una, queda sola otra, y de consiguiente un solo grado. En la trasversal desigual se empieza á

¹ L. 3. tit. 6. part. 4. Engel. lib. 4. tit. 14.
² LL. 2, 3 y 4. tit. 6. part. 4 y 2. tit. 13. part. 6.
³ L. 1. al princ. y ley *Stemma*. ff. *De gradib.* y ley 2. tit. 13. part. 6. donde dice:

La tercera.

⁴ Roj. *De incompat.* part. 3. cap. 6. § 17. p. 253 y sig. Carol. Anton. de Luc. *De líneas leg.* art. 9. n. 7.

contar por el mas remoto del tronco, y los grados que diste de este, tendrán entre sí los colaterales de cuyo parentesco se trate. En suma, segun el derecho civil, para hacer la computacion de grados en la línea transversal se sube hasta el tronco, y omitido este se baja contando por la otra línea transversal; pero segun el derecho canónico solo se computa subiendo sin bajar por la otra línea; de donde resulta gran diferencia en la cuenta de grados segun uno y otro derecho.

4. Para no confundirse véase el árbol genealógico siguiente, por donde haciendo la cuenta expresada, no se dudará cuál es la línea recta y cuál la transversal, ni qué grado de parentesco tienen entre sí las personas que se hallan en él. En la línea de ascendientes se empieza á contar, segun dicho árbol, por el número 15, subiendo línea recta, y para saber los grados se dice: el número 15 está en primer grado con el 10; en segundo con el 5; en tercero con el 2, y en cuarto con el 1; y así de todos los demas que haya subiendo de grado en grado. En la línea de descendientes se empieza tambien á contar desde el mismo número 15 hácia abajo, línea derecha: y así el número 15 está en primer grado con el 20; en segundo con el 25; en tercero con el 30, y en cuarto con el 35; y sucesivamente con los demas que haya descendiendo, porque son cinco personas, y quitada la que hace tronco quedan cuatro. Por consiguiente, empezando á contar desde el número 1 en la línea recta hasta el 35, hallará nueve personas, de las cuales quitada la del tronco, que es el número 1, quedan ocho; y así se dirá que el número 1 está en octavo grado con el 35: y lo mismo subiendo desde este á aquel. En este modo de computar por línea recta convienen el derecho civil y el canónico.

5. En la línea transversal, tanto igual como desigual, segun el derecho civil se puede empezar á contar por cualquiera de las personas de cuyo parentesco se trate, subiendo hasta encontrar con el tronco de donde todas descenden, y bajando despues desde él hasta la otra persona: v. gr. se quiere saber en qué grado de parentesco se hallan entre sí los números 13 y 15: se empezará á contar por cualquiera de ellos, y se subirá hasta el número 5, que es el tronco: luego se bajará desde este al otro igual, y se hallarán cinco personas, de las cuales se quitará la del tronco, y quedarán cuatro; por consiguiente estarán entre sí en cuarto grado los números 13 y 15.

6. Segun el derecho canónico en la línea transversal igual se sube contando hasta el tronco, empezando por cualquiera de las personas de cuyo parentesco se trata, sin bajar por la otra línea, como ya se ha dicho: v. gr. se quiere saber en qué grados se hallan,

segun esta regla, los números 9 y 11 del árbol, que son primos carnales: se cuenta por cualquiera de ellos hasta el número 2, que es el tronco de ambos, y se hallan dos grados; porque descontando el tronco, que es dicho número 2, su abuelo, quedan dos personas, y este es el grado que tienen y distan entre sí dichos números 9 y 11. Lo propio se observa entre los descendientes de estos en dicha línea transversal igual; pero es de advertir que conocido ya el grado, segun esta cuenta, se ha de bajar desde el tronco hasta la otra persona, contando los grados que baja, para saber si estan en primero con primero, ó en segundo con segundo, ó en tercero con tercero, &c.: v. gr. el número 9 dista dos grados del número 2, que es el tronco; desde este al 11 hay otros dos grados; conque diremos estan entre sí en segundo con segundo: y por esta misma regla se sabrá en qué grado se hallan entre sí los números 13 y 16, que es en tercero con tercero, y los 18 y 21, que es en cuarto con cuarto: y así todos los demas transversales iguales.

7. En la línea transversal desigual se empieza á contar por el mas remoto del tronco, y los grados que diste de este, tendrán entre sí los colaterales de cuyo parentesco se trate: v. gr. se quiere saber qué grado de parentesco tienen entre sí los números 9 y 16: se ha de empezar á contar por el 16, que es el mas remoto del tronco número 2, del cual dista dicho 16 tres grados; despues se bajará desde el referido tronco al número 2, y se hallarán dos grados; conque diremos que el número 16 está en tercero con segundo grado de parentesco con el 9. Lo mismo se debe observar en todas las líneas transversales desiguales del árbol: por ejemplo, se intenta saber en qué grado de parentesco se halla el número 26 con el 18: se contará desde el 26 hasta el 2 que es el tronco, y se hallará que dista de este cinco grados; luego se bajará desde el tronco hasta el 18, y se encontrarán cuatro grados (pues el tronco jamas se incluye en la cuenta); por lo que se dirá que el núm. 26 está con el 18 en quinto con cuarto grado de parentesco natural transversal desigual, y que el 26 está en quinto, y el 18 en cuarto recto con el 2, que es el tronco de donde todos provienen.

8. Tambien se pueden sacar los grados por las generaciones, y así se dirá que hay tantos grados como generaciones. Para conocerlos en la línea recta, se ha de mirar siempre al tronco de aquel que intenta tener parentesco con él: v. gr. el número 35 con el 1. del árbol, y se dirá que estos se hallan en octavo grado por línea recta, porque hay ocho generaciones. En la transversal igual y desigual se encuentran del mismo modo; pero sin variar el orden y regla que queda explicada, tanto haciendo la cuenta por derecho civil, como por el canónico: v. gr. en la transversal igual se hallan los números

18 y 21, por derecho civil estan entre sí en octavo grado, porque desde su tronco que es el número 2, hay ocho generaciones, que son las cuatro de cada lado. En la transversal desigual estan los números 18 y 26, los cuales se hallan entre sí en noveno grado por derecho civil, porque hay nueve generaciones no mas, aunque son diez personas desde el número 2, que es el tronco de donde las dos líneas descenden. Por derecho canónico los mismos números 18 y 26 estan entre sí en quinto con cuarto grado, porque las generaciones se cuentan desde el mas remoto, que es el 26, hasta el tronco, que es el número 2; y despues se descende desde el propio número 2 hasta el 18, que son cuatro generaciones, y por lo mismo se debe decir que se hallan entre sí en quinto con cuarto, porque el referido tronco número 2 dista del 26 cinco generaciones, y el 18 solamente cuatro, y cuantas mas ó ménos se alejen de él, tantas estarán mas ó ménos distantes.

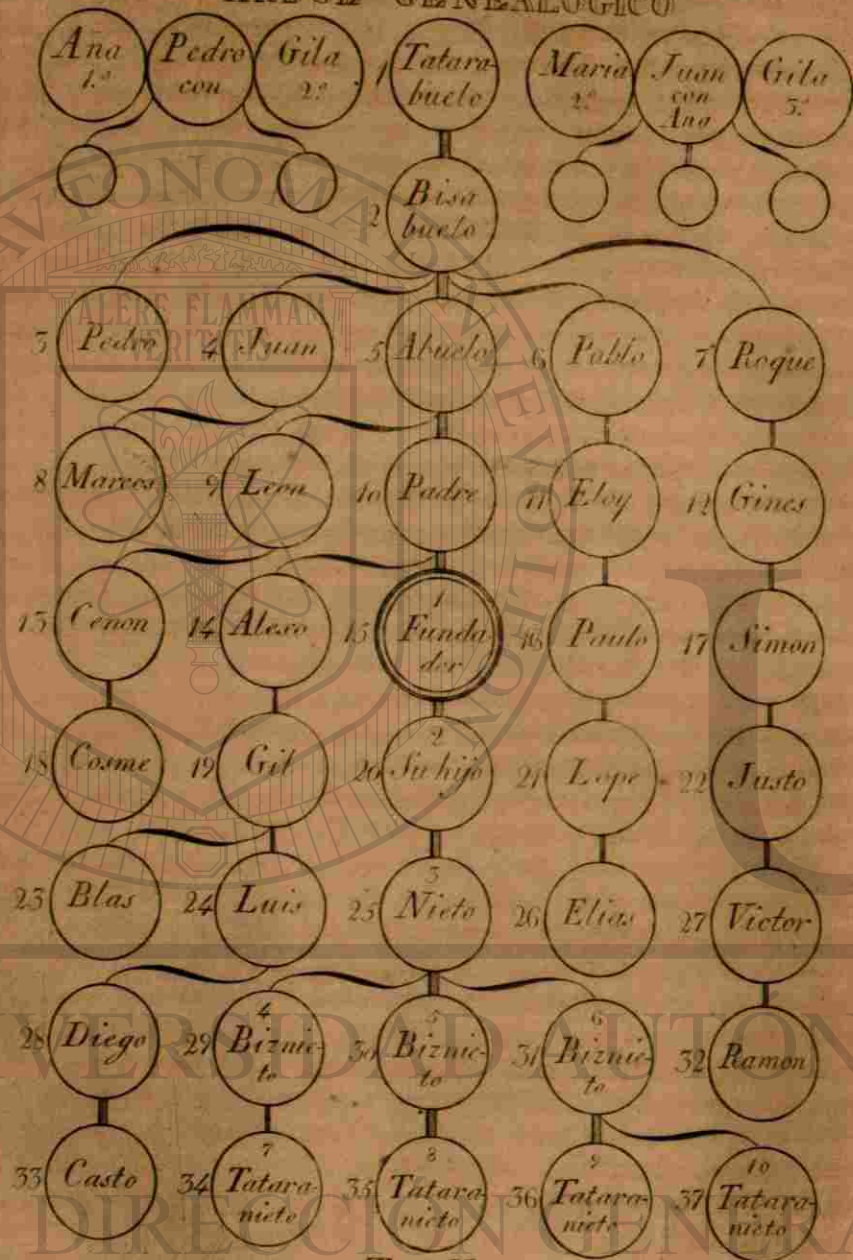
9. Debe hacerse el cómputo de grados segun el derecho civil para el efecto de suceder y heredarse los herederos abintestato¹, y por identidad de razon milita lo propio en las sucesiones de mayorazgos, vínculos, patronatos, aniversarios y capellanías, no mandando su fundador otra cosa: y la razon es porque el acto de testar y heredar es puramente profano, temporal y civil, sujeto á las leyes de los príncipes seculares², las cuales tocante á suceder en bienes temporales se han de observar exactamente; y así como el derecho civil y real no se mezcla ni debe mezclar en disponer acerca de las materias puramente espirituales y eclesiásticas, que peculiar y privativamente incumben á la potestad eclesiástica y derecho canónico, tampoco este en las meramente temporales y profanas. Así, pues, lo que el mismo derecho prescribe en orden á estas, debe regir y obligar, no en todo el orbe cristiano, sino en el estado pontificio solamente, como leyes establecidas por un príncipe secular (que tambien lo es el Sumo Pontífice) para el territorio de su dominacion, fuera del cual, como tal, no se extiende su potestad temporal, por no ser súbditos suyos los que habitan en otros reinos; y lo contrario será equivocar y confundir ambas potestades; por lo que en las sucesiones se deben contar los grados de parentesco con arreglo al precepto del derecho real y no del canónico. Lo mismo debe observarse en la computacion de ellos para la recusacion de los jueces en las elecciones de oficiales de república, en

¹ Dicha ley 3. tit. 6. part. 4. y leyes del tit. 1. lib. 4. del Fuero Juzgo. Sala sin embargo en su *Hust. al der.* lib. 2. tit. 8. n. 10. refiere un caso de sucesion intestada en que se siguió la computacion canóni-

ca; y Alvarez duda si deberá seguirse esta ó la civil.—E.

² L. 16. tit. 20. lib. 10. N., y céd. de 29 de noviembre de 1796.

ARBOL GENEALOGICO



Tom. II.

el retracto por consanguinidad¹ y en cualesquiera otros actos civiles y profanos, porque estan sujetos á las disposiciones civiles y reales, y por ellas se deben gobernar. Y como algunos, poco ó nada versados en ambos derechos, dicen que cuando el testador deja todos sus bienes ó cierta parte ó legado á parientes suyos dentro del cuarto grado sin mas expresion, se ha de contar este grado por el derecho canónico y no por el civil, á pretexto de ser cosa pia, sobre cuya errónea inteligencia se suscitan pleitos; para evitarlos, le advertirá el escribano que declare si se han de comprender solamente los primos y sobrinos carnales, que son los que estan dentro del cuarto grado contando por derecho civil y real, y á quienes como mas cercanos es presumible y natural tenga mas afecto porque participan mas de su sangre; ó tambien los ulteriores hasta los primeros terceros que estan en el cuarto por el canónico; ó en una palabra, que diga si el cuarto grado se ha de contar por este ó por aquel derecho; y tambien si los de grado mas cercano, ó los que tengan parentesco doble con él, deberán llevar mas ó ser iguales todos: con cuya manifestacion de voluntad cesa todo motivo de disputa; pues aunque las leyes de Partida que tratan del abintestato conceden la sucesion á los trasversales hasta el décimo grado, esto no es decir que los grados se han de contar por derecho canónico, ni derogar la ley tambien de Partida que prefiere el modo de contarlos en materia de sucesiones, sino prorogar ó ampliar el derecho de suceder segun el civil hasta el décimo grado á los parientes que existen dentro de él, lo cual es muy diverso.

10. Por el expresado árbol se puede enterar el escribano principiante no solo del modo de contar los grados de parentesco, sino del de formar dichos árboles para la sucesion de mayorazgos, patronatos, vínculos, aniversarios y capellanias, y comprender si los parientes que intentan casarse se hallan ó no dentro del cuarto grado, fuera del cual estando amtos, ya no necesitan dispensa: pero para mayor inteligencia y evitar confusion prevengo: 1.º que los números que estan al lado de cada casilla ó círculo, no se pusieron con otro fin que el de que en caso de disputa se venga en pleno conocimiento de los litigantes, y se pueda contar con facilidad desde cada uno al tronco ó fundador, ó último poseedor; y así no los tenga el escribano por grados, pues no lo son: 2.º que los sujetos puestos al lado diestro (que es el de los números 2 y 3, aunque mirando al frente es el siniestro) son los mayores en edad y nacimiento, y por consiguiente de línea predilecta, y así se deberán poner siempre; y á los meno-

¹ Parladorio Diff. 109. § 3. n. 14. defiende con argumentos buenos, en concepto de Sala, la opinion de que para el retracto se

deben contar los grados de parentesco segun la computacion canónica.—E.

res en el siniestro por el orden de su nacimiento en todas líneas; y á los que tengan iguales grados, en seguida frente unos de otros, según se figura: 3.º que si se hace algun árbol solo para saber la descendencia, parentesco y mayoría de edad, se deben poner por el orden del nacimiento así los varones como las hembras de cada línea, sin distincion; pero si es para algun litigio sobre mayorazgo que no sea de femineidad, deben estar en mejor lugar por el orden expuesto los varones, aunque haya habido hembras interpoladas entre ellos ó antes, porque como son llamados primero á su obtencion, deben ocupar el lado superior: 4.º si el fundador del mayorazgo, ó alguno ó algunos de los sucesores se casaron dos ó mas veces, se han de enlazar las casillas, y de cada matrimonio salir su descendencia, del modo que se figura en los dos ángulos ó extremos superiores del árbol: 5.º los números que van dentro de las casillas del fundador y de su posteridad se han puesto con el único fin de distinguir á está de los demas que incluye el árbol; pues á no ser por esta razon, no hubiera puesto mas que los colaterales que llevan todas las casillas, como se está; por cuya razon, y porque la del fundador hace centro, la distinguí, y así no se debe tener por otra familia, sino por una misma que desciende por línea recta del número 1, y concluye en el 35: 6.º aunque algunos en la formacion de árboles ponen el tronco abajo, y de él suben naturalmente por su orden las ramas, yo siguiendo la costumbre de la corte, para que se perciba mejor y evitar confusion, formé al contrario el mencionado: 7.º si alguno tiene parentesco doble por haberse casado algun ascendiente suyo con sobrina suya, parienta á descendiente del fundador, se ha de tirar desde la casilla del tal ascendiente á la de la hembra una línea sutil (que llaman oculta), ó se ha de duplicar y enlazar la casilla de ella con la suya, expresando dentro ó á su margen ser la misma puesta en la otra línea, para que se conozca, que es lo mejor, y los pretendientes y último poseedor se han de distinguir con alguna señal de los demas, como el fundador: 8.º si alguno de los pretendientes, ó el sujeto de donde dice que proviene, no prueba su parentesco con el fundador, ó se duda de él, no se ha de unir y enlazar su casilla con la otra con quien solicita emparentar, sino dejarse suelta sin enlace alguno. Con estas prevenciones y lo explicado arriba podrá el escribano entender el árbol siguiente, formar los que le ocurran, y contar los grados de parentesco; y si quiere mayor instruccion vea las leyes 3 y 4 tit. 6 Part. 4, á Engel. lib. 4 tit. 14 § 1, á Reinfestuel lib. 4 tit. 14 § 1, á Gonzalez lib. 4 tit. 14 cap. 3, y á otros autores, como tambien el árbol genealógico y su explicacion puesto á continuacion de la ley 2 tit. 6 Part. 4.

11. Aunque las líneas son solamente dos, como dejo expuesto, á

saber, *recta y transversal*, los autores que tratan de los mayorazgos, dan diversos nombres á las que contemplan mas esenciales en ellos, y son las siguientes: 1.ª *paterna y efectiva*, que es la que tiene por cabeza y principio al padre, en la cual se comprenden solo los descendientes de este: y llamados los de ella ó la misma línea, no suceden los de la hembra provenientes del mismo padre, porque por la hembra se rompe la línea paterna de la que trae su origen la agnacion¹, y la hembra es el fin de la propia familia²: 2.ª *materna*, porque su tronco, cabeza ó raíz es la madre³: 3.ª *masculina*, porque su origen proviene de varon: 4.ª *femenina*, porque principia y dimana de hembra que constituye línea⁴: la cual se divide en dos clases ó especies; la primera se llama *inceptiva*, porque tiene su principio en hembra, y así todos los que descienden de ella, aunque sean varones, se llaman de línea femenina, porque proceden de aquella primera hembra que es su tronco⁵; y la segunda se llama *inceptiva y continuativa*, porque se compone solo de hembras sin mezcla de varon alguno, al modo que la de varones sin interpolacion de hembra en la sucesion⁶; la cual tiene lugar cuando por extincion de la línea masculina entra la femenina, ó cuando son llamadas las hembras á la sucesion con exclusion expresa de los varones, pues en el llamamiento de aquellas de ningun modo se incluyen los varones; lo que sucede al contrario en el de estos⁷; y así en la sucesion de este mayorazgo se deben observar las mismas reglas que en el de los varones solos, porque versa identidad de razon⁸: 5.ª *actual ó posesoria*, y es la que constituye el actual poseedor, que como legítimo sucesor la ocupa verdadera y realmente: 6.ª *contentiva ó comprensiva*, y es la que tiene principio en el superior que hace la agnacion y generacion del padre; por lo que no solo comprende á este, sino á sus ascendientes, descendientes y transversales, y á los del fundador y último poseedor en lo que toca á la parte del mismo fundador, pues para que sea *contentiva*, han de tener parentesco con ambos, y no basta que lo tengan con el último poseedor solamente: 7.ª *de sustancia*, y es la que comprende á los ascendientes, descendientes y transversales sin distincion de varones ni hembras, mediando entre ellos la preferencia solo por atencion y respeto á la línea, grado, sexo y edad; cuya línea, como irregular, y por su variedad de difícil comprension, se encuentra en los mayorazgos en que no se observa el orden regular de llamar y suceder: 8.ª *de cualidad*, y es la que se compone de las personas que tienen las cua-

1 L. Jurisconsult. § Agnationis ff. De gradib.

2 L. Pronunciatio, § fin. ff. De verbor. signific.

3 L. fin. Cod. Commun. de success. Leyes 1.

2 y 3. Cod. De bonis quae liber. y ley Quid.

quid. Cod. De bon. matern.

4 Cap. 3 y fin. De consanguinit. et affinit.

5 Dichos cap. 3 y fin. Carol. Ant. de Luc. art. 16 n. 52.

6 § Ceterum. Instit. De legitim. agnat. success.

7 L. Si ita sit scriptum, 45. ff. De legat. 2.

8 L. 1. ff. De his qui sunt sui vel alieni, y

ley ult. § fin. ff. De legat. 3.

lidades naturales y accidentales que apeteció el fundador: v. g. si quiso que los sucesores fuesen agnados ó de simple masculinidad, nobles, doctores, licenciados, hembra &c.: 9.ª de *agnacion*, la cual es de tres maneras: la primera, *rigorosa ó absoluta*, que es la verdadera y pura: la segunda, *limitada*; y la tercera, *artificiosa ó fingida*. De la agnacion rigorosa y artificiosa se dijo lo bastante en los párrafos 6, 7 y 8. cap. 1. La limitada es cuando el rigor de la masculinidad no se amplía ni extiende á todos los llamados, sino solamente á algunos determinados, ó á ciertas líneas, grados y tiempo, porque el fundador no fundó el mayorazgo simple y absolutamente por conservar perpetuamente la agnacion entre todos sus sucesores: 10, *masculina ó de simple, pura ó nuda masculinidad*, de la cual se trató en el párrafo 9: 11, *habitual de primogenitura*, y es la que cualquiera primogénito constituye para sí y para sus descendientes al instante que nace, con exclusion del segundo hijo, aunque muera en vida del poseedor, ó ántes ó despues de la institucion del mayorazgo: 12, *electiva*, y es la que comprende á las personas que eligen aquellos á quienes el fundador dió facultad para elegir ó nombrar sucesores en el mayorazgo. De todas estas líneas trata *Rojas De incomp. part. 1 cap. 6 núm. 144 al 370, Aramburú De vera identitate legali, cap. 3, y otros que cita: 13, postergada*, y es cuando una carece de varon, y por esto pasa el mayorazgo á otra, y faltando varon en esta, vuelve á la atrasada, que por no tener varon lo perdió entónces: 14, *defectiva*, y es cuando se llama á alguno porque se extinguió ó faltó la de otro, pues la de aquel entra á la sucesion del mayorazgo, y ocupa por defecto el lugar de la de esta¹.

¹ Simon de Petris *Interpretat. ultim. volunt.* lib. 3. interpretat. 2. dub. 1. n. 19. Cast.

lib. 5. *Controv. cap. 93. n. 50. Carl. Ant. de Luc. De linea leg. tom. 1. art. 14. n. 1.*

CAPITULO IV.

De las obligaciones del poseedor del mayorazgo, y de las causas por que puede perderle. De la facultad que tiene el fundador para revocar el mayorazgo.

- | | |
|--|--|
| <p>1 El poseedor del mayorazgo debe cumplir las posibles y honestas condiciones puestas por el fundador so pena de perderlo, como tambien hacer inventario de todos sus bienes y papeles.</p> <p>2 Está obligado asimismo á pagar los censos, pensiones, tributos y demas cargas reales del mayorazgo.</p> | <p>3 *Debe dar alimentos al inmediato sucesor.*</p> <p>4 Causas porque puede perder el mayorazgo su poseedor.</p> <p>5 Las fincas del mayorazgo no deben ser confiscadas por dicho del poseedor.</p> <p>6 El fundador del mayorazgo puede revocarlo, añadir ó alterar sus llama-</p> |
|--|--|

mamientos, excepto en ciertos casos que se designan.

7 ¿Cómo se hace irrevocable el mayorazgo?

1. El poseedor del mayorazgo debe cumplir las posibles y honestas condiciones impuestas en la fundacion, y no cumpliéndolas lo perderá, aunque sea el primogénito y primer llamado á su obtencion, y pasará al siguiente en grado disponiéndolo así el fundador¹. Se previene que los poseedores del mayorazgo deben hacer inventario formal de todos sus bienes y papeles luego que tomen posesion de él, y repararlos y conservarlos á costa de su producto. Lo propio deben hacer los herederos del último poseedor de las líneas expresamente llamadas, si por culpa de este se aniquilaron ó deterioraron, y el mayorazgo es perpetuo: y porque en esto suele haber mucha desidia y omision, pues los poseedores, especialmente los que no tienen sucesion, no piensan mas que en disfrutarlo y destruirlo, para que ninguno alegue ignorancia, era muy conveniente que se pusiese todo por condicion y cláusula expresa en la fundacion². El poseedor de mayorazgo que deterioró ó dejó perderse alguna ó algunas de sus fincas, no puede compensar en todo ni en parte la pérdida ó la deterioracion con las mejoras hechas en otras de él, pues la compensacion debe hacerse de crédito con crédito, y por las mejoras no tiene ninguno contra las fincas, porque ceden al suelo y al que las disfrutó. Así pues el sucesor tendrá accion personal contra sus bienes para conseguir dicha indemnizacion, á ménos que el poseedor hubiese constituido obligacion hipotecaria de resarcirlos, pues entónces será graduado en el concurso de acreedores en el lugar que como hipotecaria le corresponda (*).

2. Tambien está obligado el poseedor de un mayorazgo al pago de todos los censos, pensiones, tributos y cargas reales que deben satisfacerse anual y perpetuamente de los bienes vinculados, ya las hu-

¹ LL. 5 y 6. tit. 4. part. 6. y 1. Cod. *De instit. et substit.*

² Los poseedores del mayorazgo, háyase fundado en contrato ó en testamento, no están obligados á dar caucion á los sucesores inmediatos de restituir los bienes vinculados sin desfalso ni deterioro, á ménos que los disipen ó empeoren. (Gomez ley 40 de Toro).

(*) Si las fincas del mayorazgo hubiesen padecido alguna pérdida, desmejora ó deterioro, los herederos del último poseedor tendrán obligacion de resarcirlo, aunque este no hubiere tenido culpa alguna en él, si los gastos fueren cortos; pero siendo grandes ó excesivos, solo deberán abonarse cuando haya habido en el último poseedor no solamente dolo ó culpa lata, sino tambien leve, y no levisima; puesto que

instituyéndose un mayorazgo por favor de todos los llamados á él, tiene lugar la regla de que cuando se hace una disposicion en beneficio de dos ó muchos, sea responsable cualquiera de ellos por la primera de dichas culpas y no por la segunda. Al arbitrio del juez, atendida la cualidad de las cosas y personas, queda el calificar de grandes ó pequeños dichos gastos. Pero si el poseedor que por su negligencia ó mal gobierno deterioró algunas fincas vinculadas mejoró otras, es muy justo ó equitativo que se compense la mejora con el daño, mayormente cuando el no hacerse así podría ceder en perjuicio del mismo mayorazgo, puesto que los poseedores se retraerian entónces de hacer mejoras en los edificios y terrenos vinculados. *Febrero reformado.*

lidades naturales y accidentales que apeteció el fundador: v. g. si quiso que los sucesores fuesen agnados ó de simple masculinidad, nobles, doctores, licenciados, hembra &c.: 9.ª de *agnacion*, la cual es de tres maneras: la primera, *rigorosa ó absoluta*, que es la verdadera y pura: la segunda, *limitada*; y la tercera, *artificiosa ó fingida*. De la agnacion rigorosa y artificiosa se dijo lo bastante en los párrafos 6, 7 y 8. cap. 1. La limitada es cuando el rigor de la masculinidad no se amplía ni extiende á todos los llamados, sino solamente á algunos determinados, ó á ciertas líneas, grados y tiempo, porque el fundador no fundó el mayorazgo simple y absolutamente por conservar perpetuamente la agnacion entre todos sus sucesores: 10, *masculina ó de simple, pura ó nuda masculinidad*, de la cual se trató en el párrafo 9: 11, *habitual de primogenitura*, y es la que cualquiera primogénito constituye para sí y para sus descendientes al instante que nace, con exclusion del segundo hijo, aunque muera en vida del poseedor, ó ántes ó despues de la institucion del mayorazgo: 12, *electiva*, y es la que comprende á las personas que eligen aquellos á quienes el fundador dió facultad para elegir ó nombrar sucesores en el mayorazgo. De todas estas líneas trata *Rojas De incomp. part. 1 cap. 6 núm. 144 al 370, Aramburú De vera identitate legali, cap. 3, y otros que cita: 13, postergada*, y es cuando una carece de varon, y por esto pasa el mayorazgo á otra, y faltando varon en esta, vuelve á la atrasada, que por no tener varon lo perdió entónces: 14, *defectiva*, y es cuando se llama á alguno porque se extinguió ó faltó la de otro, pues la de aquel entra á la sucesion del mayorazgo, y ocupa por defecto el lugar de la de esta¹.

¹ Simon de Petris *Interpretat. ultim. volunt.* lib. 3. interpretat. 2. dub. 1. n. 19. Cast.

lib. 5. *Controv. cap. 93. n. 50. Carl. Ant. de Luc. De linea leg. tom. 1. art. 14. n. 1.*

CAPITULO IV.

De las obligaciones del poseedor del mayorazgo, y de las causas por que puede perderle. De la facultad que tiene el fundador para revocar el mayorazgo.

- | | |
|--|--|
| <p>1 El poseedor del mayorazgo debe cumplir las posibles y honestas condiciones puestas por el fundador so pena de perderlo, como tambien hacer inventario de todos sus bienes y papeles.</p> <p>2 Está obligado asimismo á pagar los censos, pensiones, tributos y demas cargas reales del mayorazgo.</p> | <p>3 *Debe dar alimentos al inmediato sucesor.*</p> <p>4 Causas porque puede perder el mayorazgo su poseedor.</p> <p>5 Las fincas del mayorazgo no deben ser confiscadas por dicho del poseedor.</p> <p>6 El fundador del mayorazgo puede revocarlo, añadir ó alterar sus llama-</p> |
|--|--|

mamientos, excepto en ciertos casos que se designan.

7 ¿Cómo se hace irrevocable el mayorazgo?

1. El poseedor del mayorazgo debe cumplir las posibles y honestas condiciones impuestas en la fundacion, y no cumpliéndolas lo perderá, aunque sea el primogénito y primer llamado á su obtencion, y pasará al siguiente en grado disponiéndolo así el fundador¹. Se previene que los poseedores del mayorazgo deben hacer inventario formal de todos sus bienes y papeles luego que tomen posesion de él, y repararlos y conservarlos á costa de su producto. Lo propio deben hacer los herederos del último poseedor de las líneas expresamente llamadas, si por culpa de este se aniquilaron ó deterioraron, y el mayorazgo es perpetuo: y porque en esto suele haber mucha desidia y omision, pues los poseedores, especialmente los que no tienen sucesion, no piensan mas que en disfrutarlo y destruirlo, para que ninguno alegue ignorancia, era muy conveniente que se pusiese todo por condicion y cláusula expresa en la fundacion². El poseedor de mayorazgo que deterioró ó dejó perderse alguna ó algunas de sus fincas, no puede compensar en todo ni en parte la pérdida ó la deterioracion con las mejoras hechas en otras de él, pues la compensacion debe hacerse de crédito con crédito, y por las mejoras no tiene ninguno contra las fincas, porque ceden al suelo y al que las disfrutó. Así pues el sucesor tendrá accion personal contra sus bienes para conseguir dicha indemnizacion, á ménos que el poseedor hubiese constituido obligacion hipotecaria de resarcirlos, pues entónces será graduado en el concurso de acreedores en el lugar que como hipotecaria le corresponda (*).

2. Tambien está obligado el poseedor de un mayorazgo al pago de todos los censos, pensiones, tributos y cargas reales que deben satisfacerse anual y perpetuamente de los bienes vinculados, ya las hu-

¹ LL. 5 y 6. tit. 4. part. 6. y 1. Cod. *De instit. et substit.*

² Los poseedores del mayorazgo, háyase fundado en contrato ó en testamento, no están obligados á dar caucion á los sucesores inmediatos de restituir los bienes vinculados sin desfalco ni deterioro, á ménos que los disipen ó empeoren. (Gomez ley 40 de Toro).

(*) Si las fincas del mayorazgo hubiesen padecido alguna pérdida, desmejora ó deterioro, los herederos del último poseedor tendrán obligacion de resarcirlo, aunque este no hubiere tenido culpa alguna en él, si los gastos fueren cortos; pero siendo grandes ó excesivos, solo deberán abonarse cuando haya habido en el último poseedor no solamente dolo ó culpa lata, sino tambien leve, y no levisima; puesto que

instituyéndose un mayorazgo por favor de todos los llamados á él, tiene lugar la regla de que cuando se hace una disposicion en beneficio de dos ó muchos, sea responsable cualquiera de ellos por la primera de dichas culpas y no por la segunda. Al arbitrio del juez, atendida la cualidad de las cosas y personas, queda el calificar de grandes ó pequeños dichos gastos. Pero si el poseedor que por su negligencia ó mal gobierno deterioró algunas fincas vinculadas mejoró otras, es muy justo ó equitativo que se compense la mejora con el daño, mayormente cuando el no hacerse así podría ceder en perjuicio del mismo mayorazgo, puesto que los poseedores se retraerian entónces de hacer mejoras en los edificios y terrenos vinculados. *Febrero reformado.*

biese impuesto el fundador, ya alguno de los poseedores anteriores con facultad real, lo cual procede aun en la pensiones correspondientes á dichos poseedores; si bien el último puede reconvenir á los herederos de ellos. Y si este tiene que dar alimentos á otros hermanos, no tendrán estos que pagar á prorata dichos tributos. En orden á las expensas que el poseedor tenga que hacer en pleitos por causa del mayorazgo ó fincas suyas, debe distinguirse si se hicieron aquellas solo por beneficio del poseedor, ó por la perpetua utilidad del mismo mayorazgo: en el primer caso, como si se hubiese litigado con otro la pertenencia del mayorazgo, ó únicamente sobre sus frutos¹, son de su cargo los gastos grandes ó pequeños; y en el segundo, si son pequeños, también deben ser de cargo suyo, y si son grandes deberán satisfacerse del mismo mayorazgo; por lo cual se ha visto á veces conceder real facultad para hipotecar los bienes vinculados, ú obligarlos con pensiones anuales, por haberse hecho gastos considerables en pleitos sobre mayorazgos. En fin el poseedor tiene obligacion de suministrar alimentos á sus hermanos pobres y de dotar á sus hermanas².

3. *La costumbre ha introducido, dice Sala³, que el poseedor de un mayorazgo deba dar alimentos á su inmediato sucesor. Esta práctica se funda, añade dicho autor, en la misma razon, porque una ley romana⁴ previene se dé posesion de los bienes á la muger preñada cuando se deba al hijo que trae en el vientre; á saber, por no ser justo negar los alimentos al que despues puede llegar á ser dueño de los bienes por el peligro de gastar en valde; cuya razon cuadra perfectamente al sucesor de un mayorazgo. El tanto pende del arbitrio del juez, y regularmente se señala la octava parte de la renta de los bienes vinculados*.

4. El poseedor del mayorazgo puede perderlo por haber incurrido en infamia de hecho ó de derecho; por ingratitud; por disipacion de todas ó parte de sus fincas, si el fundador lo manda expresamente; ó por haber cometido alguno de los tres delitos exceptuados (que son: *lesa Magestad divina y humana, sodomía y heregía*), aunque el fundador no lo mande; y pasará al siguiente en grado con arreglo á su fundacion. La pena de estos delitos no solo se extiende á los perpetradores y delincuentes, sino á sus hijos procreados despues de la perpetracion, ya sea por línea recta ó transversal, pues si está infecta la raiz, lo estarán también las ramas, porque participan de la misma sustancia, lo que se deberá prevenir en la fundacion; pero no comprende á

1 Sobre los frutos pendientes en las fincas vinculadas al tiempo de la muerte del poseedor, está en práctica que sus herederos perciban la parte de los frutos correspondientes al tiempo que los hubo y mientras vivió, y al suce-

sor la que corresponde al que pasó desde dicho fallecimiento hasta la recoleccion de frutos.

2 Vease á Molin. lib. 1. cap. 27.

3 *Iustr. al der.* lib. 3. tit. 11. n. 5.

4 LL. 1. § 1 y 6. *De vent. in posses. mit.*

los nacidos ántes de cometerse el crimen, como lo dice la ley 6 al fin, tit. 27 Part. 2 (a).

5. Las fincas del mayorazgo no debian ser confiscadas por delito de su poseedor, á ménos que por su atrocidad fuese preciso demolerlas y sembrarlas de sal para abolir enteramente su memoria, por ser útil á la república este ejemplar castigo (*), y para la mayor claridad debia ponerse la prohibicion perpetua de enagenacion y confiscacion; pero si se erigia con facultad real, y se declaraba en ella que habia de poder imponerse tal pena por alguno de los tres delitos, de nada servia la prohibicion del fundador¹.

6. El que funda mayorazgo puede revocarlo, añadir, variar y mudar sus llamamientos, é imponerle el gravámen de incompatibilidad ú otro, á ménos que siendo erigido por contrato entre vivos, haya dado la posesion de sus bienes al primer llamado, ó á quien lo represente, porque por este acto es visto darla á todos los llamados; y así se les trasfiere por la ley la civil y natural; ó que le haya entregado su fundacion ante escribano; ó bien lo hayan instituido por causa onerosa con tercero, v. gr. de casamiento ú otras semejantes: pues en estos casos no puede revocarlo, gravarlo, variar ni mudar sus llamamientos, á ménos que para ello se haya reservado en la fundacion (como puede y conviene lo haga) la facultad de hacerlo, ó que la real se lo permita². Y lo mismo digo del último poseedor que por la fundacion tiene facultad para nombrar sucesores en el mayorazgo, vínculo ó patronato; pues una vez hecha irrevocable la eleccion, no podrá revocarla, variar, añadir ni mudar los llamamientos, si la fundacion no se lo permite, á ménos que por ignorancia nombre al indigno, ó el nombrado se constituya tal despues; y para evitar dudas y pleitos se expresará en la fundacion lo que deberá hacer el último poseedor, teniendo presente lo explicado y la cláusula puesta en el párrafo 12 cap. 1 de este tratado. Habiéndolo hecho irrevocable al principio, puede imponerle en otro instrumento la incompatibilidad; v. gr. cuando mandó que los poseedores usasen precisamente de su apellido, armas &c., pues si despues dice por declaracion que cuando lo hizo fué su ánimo que dichos poseedores llevasen sus armas al lado diestro, ó solas sin mezcla de otras, y que se le olvidó expresarlo, ó al escribano ponerlo, y por eso lo declara ahora, valdrá esta declaracion, y siendo verosímil, se deberá estar á ella, aunque sea hecha sin juramento, porque el que hace un acto irrevocable puede declararlo despues³.

(a) Recuérdese lo dicho en el n. 2. cap. 14. tit. 1. de este libro. —E.

(*) Con mucha dificultad podrá ofrecerse caso á nuestro entender en que haya tal precision, ó no pueda encontrarse una pena equivalente, tanto ó mas util. *Febrero reformado.*

1 Villad. en su *Política y forma de libelar.* n. 182 al 184 inclusive.

2 L. 4. tit. 7. lib. 5. R. ó 4. tit. 17. lib. 10. N. Mieres *De majorat.* part. 1. q. 64. y 55. Molin. *De His. primog.* lib. 1. cap. 9.

3 L. fin. § 1. Cod. *De leg. b. ley Haeredes palam.* 21. ff. *Qui testament. facere poss. leg.*

7. Se hace irrevocable el mayorazgo por el juramento de no revocarlo; y lo quedará no impetrando el fundador relajacion de este, aunque la escritura no esté ordenada con la cláusula *de constituto*; ni se haya entregado al primer llamado la posesion del mayorazgo por acto verdadero ó ficto, ni la escritura de su institucion; y una vez hecho irrevocable, no puede su fundador variar, mudar ni adicionar sus llamamientos ni condiciones, ni imponerle el gravámen de incompatibilidad ni otro alguno sino en la forma expuesta, aunque reserve para sí el usufruto de sus bienes por toda su vida¹.

Ex facto, 43 ff. *De vulgar. et pupilar. subst.*
Roj. Almans. disp. 1. q. 10. n. 13. al 24.

1 Villad. en el lugar citado, ns. 187 y 188
Roj. Almans. dicha q. 10. n. 6 y sig.

CAPITULO V.

De la agregacion de bienes que suele hacerse al mayorazgo.

- | | |
|---|---|
| <p>1 La materia de agregacion de bienes á los mayorazgos se gobierna, á causa de faltar ley civil, por las disposiciones canónicas relativas á la union de obispados, prebendas y otros beneficios eclesiásticos.</p> <p>2 De cuántos modos puede hacerse dicha agregacion?</p> | <p>3 La agregacion debe hacerse bajo las condiciones y regla de la fundacion.</p> <p>4 Obligaciones que pueden imponerse en la agregacion necesaria.</p> <p>5 ¿Cómo se podrá probar la agregacion hecha al mayorazgo?</p> <p>6 Efectos que surte la agregacion.</p> |
|---|---|

1. **P**aso ahora á tratar de la agregacion de bienes á los mismos mayorazgos, sobre cuya materia no hay ley que de intento hable, por lo que los autores¹ que hablaron de ella, se gobernaron por las disposiciones canónicas relativas á la union de obispados, prebendas, dignidades y beneficios eclesiásticos: fundándose juiciosamente en que cuando un caso, cuestion ó artículo no consta definido por la ley, se debe arreglar el juez á las que en casos semejantes determinan lo que se debe practicar, por no ser posible haberlas para todas las dudas y cuestiones, como dice el derecho², y por versar en unos y otros idéntica razon, aunque sus nombres y términos sean diversos³.

2. La agregacion á los mayorazgos y sus bienes puede ser hecha de tres maneras. 1.ª Por incorporacion ó union de un mayorazgo con otro, y entónces se juzga uno solo, y una misma disposicion.

1 Aquil. ad Roj. part. 1. cap. 7. n. 27. Card. de Luc. *De fideicommiss. in Addition. ad discurs.* 12. Roj. Almans. *De incompatib.* disp. 1. q. 11. n. 1.

2 LL. *Non possunt.* 12. ff. *De legib.* y 1. tit. 33. part. 7.

3 Greg. Lop. en dicha ley 1. tit. 33.

2.ª Accesoriamente: en cuyo caso los bienes que se le agregan, siguen la naturaleza de los de la fundacion principal, y se estiman como incluidos en ella. 3.ª Igual y principalmente; y entónces el mayorazgo unido retiene su propia naturaleza, y permanece en su primitivo estado¹. Tambien puede ser perpetua, y limitada ó temporal como otras agregaciones², extenderse solo hasta ciertas líneas, excluyendo expresamente el agregante á las demas, y disponiendo á su arbitrio; hacerla este con condiciones compatibles con la fundacion, ó contrarias y repugnantes á ella, y verificarse por tres títulos ó de tres modos: el primero, *por la ley*, v. gr. en el aluvion, cuando el rio se arrima paulatinamente á un predio, y al dueño de otro deja tanta porcion de tierra cuanta quita al del primero; pues en este caso quiere expresamente el derecho que la parte del alveo ó madre que va dejando, sea propia de aquel á quien se agrega³, y así se constituye propia del mayorazgo, no libremente de su poseedor, porque este posee como tal, y no en otro concepto, el predio á que se incorpora⁴: el segundo modo es *por costumbre*, cuando la hay de que una cosa se tenga y posea como parte de otra; v. gr. si alguno compra una heredad, y despues otra contigua á ella, y las cultiva, arrienda y posee como una sola, titulándolas con un solo nombre, y luego lega la primera y principal, pues se entiende legar tambien la accesoria y unida⁵; y el tercero, *por el hombre*, cuya agregacion puede ser *voluntaria*, ó *necesaria y coactiva*. Se llama voluntaria, cuando el mismo fundador, ó algun poseedor, ú otro pariente ó amigo, hace la agregacion de su libre y espontánea voluntad; y necesaria, cuando el fundador manda á algunos ó á todos los llamados ó sucesores que la hagan⁶: y de esta paso á tratar.

3. Como la intencion de los fundadores de mayorazgos es que sus poseedores conserven su memoria y el esplendor de su familia, y esto se conserva con la opulencia, pues si falta decae el lustre, y se eclipsa la nobleza, suelen agregar á las fundaciones despues de hechas, algunos bienes para su incremento; en cuyo caso su agregacion se ha de hacer bajo las condiciones y reglas de la fundacion, sin innovar ni alterar su naturaleza, modo, cualidades ni llamamientos, porque como accesoria la sigue, y de lo contrario no tomarán su naturaleza, ni será agregacion pura ó simple, sino fundacion diversa. Lo mismo procede cuando otro la hace voluntariamente: y por tanto si el que

1 Roj. *De incompatib.* part. 1. cap. 5. n. 34.
Roj. Almans. disp. 11. cit. n. 2.

2 Conc. Trident. sess. 21. *De reformat.* cap. 11. n. 6 y 11.

3 L. *Adeo*. 7. § *Quod si toto*, ley *Inter eos*, 29, ley *Ergo*, 30, § *Aluvio* y ley *Insula*, 56 § *Item quæra*. ff. *De acquirend. rer. domin.*, y ley 26. tit. 9. part. 3.

4 Roj. Almans. disp. 1. q. 11. cit. n. 59 y 60. y otros que cita.

5 Castill. tom. 5. *Controv.* cap. 62. n. 3 al 50, y *De usufruct.* lib. 1. cap. 22.

6 Adicionadores del Molina lib. 1. cap. 8. n. 35 y sig. Mostaz. *De causis pñs.* lib. 3. cap. 5. ns. 49 y 50. Roj. *De incompatib.* part. 1. cap. 7. n. 26.

erige mayorazgo irrevocable sin gravámen de incompatibilidad; le agrega luego algunos bienes por otra escritura, no puede por sí solo imponerle este gravámen, á ménos que intervenga beneplácito del primer llamado, el cual si no tiene otro mayorazgo ni lo espera, deberá aceptar el aumento con el gravámen, á fin de no perjudicar á su posteridad ni familia, y sus sucesores no podrán impugnar su aceptación aunque posean otro ó mas mayorazgos; pero si posee otro, ó es inmediato sucesor á él, no está obligado á admitirlo, porque se le irroga daño¹, y como dice el derecho², á ninguno conviene pretender lo que le es nocivo.

4. Por lo tocante á la agregacion necesaria, digo que el fundador puede mandar que el primer llamado agregue al mayorazgo cierto fundo suyo propio, y deberá agregarlo. Tambien le puede mandar que agregue el ajeno, y deberá comprarlo y agregarlo; pero si su dueño no quiere vendérselo, ó le pide un precio exorbitante por él, ó no puede ser vendido por alguna causa, queda libre de la obligacion de comprarlo, y cumple con aprontar su justa estimacion y comprar otro de igual valor para su agregacion³. Asimismo puede imponer á todos los poseedores, ó á alguno ó algunos, el gravámen y obligacion de agregar al mayorazgo sus legítimas: ó el tercio, ó quinto, ó ambos; ó la que con las rentas de tantos años (los que señale) compren hasta en cierta cantidad fincas raíces, y las incorporen á él: en cuyos casos, y en otros semejantes permitidos por derecho, si cada poseedor acepta simple mente y toma posesion del mayorazgo; es visto por su silencio y simple admision haber consentido el gravámen, por lo que está obligado, y puede ser compelido á efectuar la agregacion mandada por el fundador sin la mas leve alteracion ni imposicion de gravámen ni condicion, bien que su obligacion no llega hasta el dia de su muerte, porque de lo contrario seria privarlo del uso de sus bienes, y precisarle á dividirlos y desprenderse de ellos en vida; y así deberán hacerla sus herederos; y el importe deducirse de sus bienes como deuda contra la herencia⁴. Pero es de advertir, lo primero, que al modo que el donante no puede hacer donacion de todos sus bienes, aunque sea solo de los presentes, por estarle justamente prohibido por la ley 69 de Toro; tampoco puede imponer el fundador á los poseedores el gravámen de que agreguen al mayorazgo todos los suyos, porque es contra las buenas costumbres y contra la razon natural, y porque por él los priva de la fa-

1 Roj. Almans. disp. 1. q. 10. n. 25 al 44.
2 L. Nec damnosa, 3. Cod. De precib. Imperatori offerend.
3 . 10. tit. 9. part. 6. ley Haeredum, 2. Cod. De fideicommissis. Roj. Almans. disp. 2. q. 7. n. 2 al 8.

4 LL. Imperator, 70. § 1. ff. De legat. 2. ley Si legatario. 12. ff. De fideicommissar. libertat. Maldon. ad Molin. lib. 2. cap. 11. n. 8. Surd. De alim. tit. 2. q. 15. n. 281. Roj. Almans. disp. 1. q. 11. n. 31. y disp. 2. q. 7. n. 2. al 36.

cultad de testar, por lo que debe ser de lo que la ley les permite, y no mas¹. Y lo segundo, que si el poseedor de varios mayorazgos hace voluntariamente agregacion á alguno de ellos, debe especificar á cuál, y no decir solamente al mayorazgo que poseo, porque de omitir la especificacion se originan dudas y pleitos; lo cual tendrá presente el escribano para prevenírselo, y evitarlos.

5. Al modo que por los medios explicados se califica que los bienes pertenecen al mayorazgo; se puede calificar, y probar en juicio, la agregacion á él ó á patronato ó capellanía, por los siguientes. El primero, por instrumento público fehaciente otorgado en sanidad ó por causa de muerte (pues por ambos se puede hacer), en que conste que el mismo fundador, despues de formalizada la fundacion, ó algun poseedor ú otro, la hizo². El segundo (si el instrumento se perdió ó quemó), por testigos fidedignos que contestes depongan haberlo visto y leído, y que contenia la agregacion de los bienes³. El tercero, no habiendo instrumento ni testigos, con otras escrituras otorgadas por el agregante, en que relacione haber agregado al mayorazgo tales bienes, nombrándolos; ó por las otorgadas por sus poseedores, en las que refieran la de agregacion, y que como agregados y vinculados los poseyeron⁴. Y el cuarto, en defecto de los tres medios expuestos, por legal trascurso de tiempo, aunque no sea inmemorial, con posesion de todos los bienes en concepto de vinculados y agregados, justificando que así lo gozaron sus poseedores, y que por esta causa jamas se dividieron entre los respectivos herederos de cada uno⁵.

6. Siempre que por alguno de los medios propuestos se pruebe la agregacion de bienes al mayorazgo, surtirá los siguientes efectos: 1.º que los bienes agregados se constituyen parte de la cosa á que se agregan, y toman regularmente su naturaleza, orden, modo y forma⁶; 2.º que para reivindicarlos compete al poseedor la misma accion que para la recuperacion y obtencion del mayorazgo⁷; 3.º que si alguno mueve pleito sobre la sucesion ó posesion del mayorazgo, y obtiene sentencia favorable, aunque en esta nada se exprese acerca de los bienes agregados por distintos poseedores ú otros, se puede ejecutar por ellos del mismo modo que por los del mayo-

1 L. Ex facto 17. ff. ad senatusconsult. trebellian. ley Cum duobus, 52. § Idem respondentit. 9. ff. pro socio, y ley 1. Cod. De sacrosanct. Eccles. Roj. Almans. disp. 2. q. 7. dichas n. 22 y 41.
2 Garc. De ben. fic. tom. 2. part. 12. cap. 2. § 3. n. 224. Albar. Pegas De majorat. tom. 1. cap. 3. n. 83.
3 Cap. Cum olim 12. De privileg. ley 1. tit. 17. lib. 10. N. R.

4 Larrea tom. 2. decis. 56. ns. 4, 5, 8 y 10. Albar. Pegas ibi n. 11. Mier. De majorat. part. 1. q. 64. n. 78.
5 Dieha ley 1. Roj. Almans. disp. 1. q. 11. n. 33. al 35.
6 L. Inter socerum. 26. § 2. ff. De pact. dotalib. ley Librorum. 52. § Sed si; 7. vers. Plane. ff. De legat. 3. Roj. Almans. ibi n. 28 y 61.
7 L. Etiam si non. 8. Cod. De jur. dot.

razgo principal¹; 4.º que así como por muerte del poseedor se trasfiere por la ley en el siguiente en grado la posesion civil y natural de él; así tambien la de los bienes agregados²: 5.º que si el poseedor impone censo con real permiso sobre los bienes del mayorazgo, y los obliga, quedan obligados igualmente los agregados, sin embargo de que no los hipoteque expresamente, ni de ellos haga mencion³. El que apetezca instruirse mas, vea los autores citados.

1 Dicha ley *Inter vocerum*. Amaya en la 2.ª Cod. *De bon. vacant.* n. 33. Salgad. *De reg. part.* 4. cap. 10. n. 88 y sig. Mier. part. 1. *De majorat.* q. 10. n. 124.
2 L. 1. § *Præterea* 12. ff. *De separation.*

3 Ordenam. lib. 1. tit. 50. gl. 1. ns. 10 y 14. L. *Si comenerit*. 18 § 1. ff. *De pignorat. action.* y ley 15 tit. 13. part. 5. en las palabras *Otrosí decimos*, et ibi gl. 6.

CAPITULO VI.

Del remedio posesorio sumario, que vulgarmente se llama tenuta (a).

- | | |
|--|--|
| <p>1 Medios para obtener la posesion de un mayorazgo vacante.</p> <p>2 De la tenuta y del artículo de administracion.</p> <p>3 Reglas para sustanciar este artículo.</p> <p>4 y 5 Trámites que se observan hasta la decision del mismo.</p> <p>6 Requisitos necesarios para entablar la demanda de tenuta.</p> | <p>7 No se da restitucion contra el término prefijado por la ley para presentar la demanda de tenuta.</p> <p>8 Qué debe pedirse en ella?</p> <p>9, 10 y 11 De los trámites que se observan en el juicio de tenuta.</p> <p>12* Término en que debe entablar el juicio de propiedad el que hubiere perdido el de posesion ó tenuta.*</p> |
|--|--|

1. **P**ara obtener la posesion del mayorazgo vacante puede el que pretende suceder en él valerse de uno de los tres medios siguientes: 1.º pidiéndola ante la justicia ordinaria (b) del pueblo en donde están sitos los bienes: 2.º contradiciendo alguno semejante posesion, y solicitando se le ponga en ella con exclusion del que la tomó, cuyo juicio debe seguirse ante la misma justicia que dió el primer decreto, si es competente: 3.º usando del *interdicto de tenuta*¹, con el pre-

(a) Aunque en la república ya no hay mayorazgos, como veremos adelante, puede sin embargo tener lugar entre nosotros el juicio de tenuta, por lo que respecta á la mitad de los bienes del vínculo que debe reservarse al inmediato sucesor.—E.

(b) En el decreto de 9 de febrero de 1793, ó ley 21 tit. 4. lib. 6. N. se exceptúan de la jurisdiccion militar las demandas de mayorazgos en posesion y propiedad de los individuos del ejército, las que por lo mismo pertenecen á la justicia ordinaria, como disponia la *Ordenanza del ejército*, trat. 8. tit. 2. art. 4. Pe-

ro acerca de esto téngase presente, que en decreto de 6 de noviembre de 1788, inserto por Colon en sus *Juzgados militares* tom. 1, § 452, se declaró pertenecer á la jurisdiccion militar el conocimiento sobre la desmejora en los mayorazgos que habia poseido el teniente general marques de Revilla.—E.

1 La tenuta se asemeja al *interdicto uti possidetis* del derecho romano: es extraordinario y de diversa naturaleza que los demas interdictos. Se introdujo para la breve y sumaria ejecucion de lo prevenido en la ley 45 de Toro, y el que le propone pre-

vio artículo de administracion, que se forma por un *otrosí* en la misma demanda.

2. Aunque se usan ya promiscuamente para significar una misma cosa las voces *tenuta* y *posesion*, han sido, segun nuestro derecho, cosas muy diferentes. Antiguamente conocian de la posesion las chancillerías del territorio, siendo únicamente propio y privativo del consejo el conocimiento sobre la *tenuta* ó *tenencia* de los bienes de mayorazgo entre tanto que se litigaba y decidia á quién de los interesados correspondia la posesion civil y natural de los mismos. Despues se mandó que el juicio que se seguia en el consejo sobre la *tenuta* se entendiese sobre la posesion, y que solo se conociese en las chancillerías sobre la propiedad, no debiendo haber mas que un solo juicio posesorio. Parece pues que la verdadera, legal y propia tenuta es lo que hoy se determina en el *artículo de administracion*; pues en rigor no es otra cosa esta tenencia provisional que se declara á favor de la parte por quien milita mayor probabilidad, segun el estado del proceso, mientras se declara la pertenencia de la posesion, ó bien entre tanto que se ponen los bienes en secuestro. El *interdicto posesorio definitivo*, ó la posesion civil y natural se decide definitivamente en el auto que comunmente se llama de tenuta, voz que en la práctica se extiende ya á la posesion. Hoy se entabla entre nosotros este recurso ante los jueces de primera instancia¹, y en el juicio que se sigue se verifican por su órden las instancias de tenuta y de posesion que ántes se ventilaban en diversos tribunales. Supuesto lo dicho veamos cuales son los trámites que se siguen para determinar el referido artículo de administracion².

3. En auto de 20 de julio de 1750, que es la ley 8 tit. 24 lib. 11 Nov. Rec., para evitar los perjuicios que se originaban principalmente de la forma con que se sustanciaban los artículos de administracion, se dieron las nuevas reglas siguientes: 1.º que el referido artículo haya de sustanciarse en el término perentorio de cuarenta dias, los cuales deberán correr, como dice Gomez Negro³, desde aquel en que otros pretendientes, en virtud de citacion ó edicto, se hubiesen presentado con la misma solicitud, sin que por ningun caso se suspenda ni prorogue dicho término: 2.º que en el mismo auto en que se provea la administracion ó secuestro, se ha de reci-

tende que se le conserve y defienda en la posesion que se le trasfiere por ministerio de la referida ley. Paz *De tenuta* cap. 2. n. 12 y 13. cap. 5 ns. 14 y 24. n. 14. tract. 1.
1 Arg. de la órden de 15 de mayo de 1821 y del art. 9 del decreto de 7 de agosto de 1823, allí „apelacion;“ la que solo se da de los jueces de primera instancia.—E.

2 Léase á Escolano, *Práctica del consejo* tom. 2. cap. 19. y á Elizondo *Pract. univ. for.* tom. 1. part. 218. y sig. tom. 2. part. 380. y tom. 5. part. 1. cap. 6. ns. 6, 7, 8 y 18.
3 Elementos de práctica, *Orden de proceder* pag. 81.

razgo principal¹; 4.º que así como por muerte del poseedor se trasfiere por la ley en el siguiente en grado la posesion civil y natural de él; así tambien la de los bienes agregados²: 5.º que si el poseedor impone censo con real permiso sobre los bienes del mayorazgo, y los obliga, quedan obligados igualmente los agregados, sin embargo de que no los hipoteque expresamente, ni de ellos haga mencion³. El que apetezca instruirse mas, vea los autores citados.

- 1 Dicha ley *Inter vocerum*. Amaya en la 2.ª Cod. *De bon. vacant.* n. 33. Salgad. *De reg. part.* 4. cap. 10. n. 88 y sig. Mier. part. 1. *De majorat.* q. 10. n. 124.
2 L. 1. § *Præterea* 12. ff. *De separation.*

- 3 Ordenam. lib. 1. tit. 50. gl. 1. ns. 10 y 14. L. *Si comenerit*. 18 § 1. ff. *De pignorat. action.* y ley 15 tit. 13. part. 5. en las palabras *Otrosí decimos*, et ibi gl. 6.

CAPITULO VI.

Del remedio posesorio sumario, que vulgarmente se llama tenuta (a).

- | | |
|---|--|
| 1 Medios para obtener la posesion de un mayorazgo vacante. | 7 No se da restitucion contra el término prefijado por la ley para presentar la demanda de tenuta. |
| 2 De la tenuta y del artículo de administracion. | 8 Qué debe pedirse en ella? |
| 3 Reglas para sustanciar este artículo. | 9, 10 y 11 De los trámites que se observan en el juicio de tenuta. |
| 4 y 5 Trámites que se observan hasta la decision del mismo. | 12* Término en que debe entablar el juicio de propiedad el que hubiere perdido el de posesion ó tenuta.* |
| 6 Requisitos necesarios para entablar la demanda de tenuta. | |

1. **P**ara obtener la posesion del mayorazgo vacante puede el que pretende suceder en él valerse de uno de los tres medios siguientes: 1.º pidiéndola ante la justicia ordinaria (b) del pueblo en donde están sitos los bienes: 2.º contradiciendo alguno semejante posesion, y solicitando se le ponga en ella con exclusion del que la tomó, cuyo juicio debe seguirse ante la misma justicia que dió el primer decreto, si es competente: 3.º usando del *interdicto de tenuta*¹, con el pre-

(a) Aunque en la república ya no hay mayorazgos, como veremos adelante, puede sin embargo tener lugar entre nosotros el juicio de tenuta, por lo que respecta á la mitad de los bienes del vínculo que debe reservarse al inmediato sucesor.—E.

(b) En el decreto de 9 de febrero de 1793, ó ley 21 tit. 4. lib. 6. N. se exceptúan de la jurisdiccion militar las demandas de mayorazgos en posesion y propiedad de los individuos del ejército, las que por lo mismo pertenecen á la justicia ordinaria, como disponia la *Ordenanza del ejército*, trat. 8. tit. 2. art. 4. Pe-

ro acerca de esto téngase presente, que en decreto de 6 de noviembre de 1788, inserto por Colon en sus *Juzgados militares* tom. 1, § 452, se declaró pertenecer á la jurisdiccion militar el conocimiento sobre la desmejora en los mayorazgos que habia poseido el teniente general marques de Revilla.—E.

1 La tenuta se asemeja al *interdicto uti possidetis* del derecho romano: es extraordinario y de diversa naturaleza que los demas interdictos. Se introdujo para la breve y sumaria ejecucion de lo prevenido en la ley 45 de Toro, y el que le propone pre-

vio artículo de administracion, que se forma por un *otrosí* en la misma demanda.

2. Aunque se usan ya promiscuamente para significar una misma cosa las voces *tenuta* y *posesion*, han sido, segun nuestro derecho, cosas muy diferentes. Antiguamente conocian de la posesion las chancillerías del territorio, siendo únicamente propio y privativo del consejo el conocimiento sobre la *tenuta* ó *tenencia* de los bienes de mayorazgo entre tanto que se litigaba y decidia á quién de los interesados correspondia la posesion civil y natural de los mismos. Despues se mandó que el juicio que se seguia en el consejo sobre la *tenuta* se entendiese sobre la posesion, y que solo se conociese en las chancillerías sobre la propiedad, no debiendo haber mas que un solo juicio posesorio. Parece pues que la verdadera, legal y propia tenuta es lo que hoy se determina en el *artículo de administracion*; pues en rigor no es otra cosa esta tenencia provisional que se declara á favor de la parte por quien milita mayor probabilidad, segun el estado del proceso, mientras se declara la pertenencia de la posesion, ó bien entre tanto que se ponen los bienes en secuestro. El *interdicto posesorio definitivo*, ó la posesion civil y natural se decide definitivamente en el auto que comunmente se llama de tenuta, voz que en la práctica se extiende ya á la posesion. Hoy se entabla entre nosotros este recurso ante los jueces de primera instancia¹, y en el juicio que se sigue se verifican por su órden las instancias de tenuta y de posesion que ántes se ventilaban en diversos tribunales. Supuesto lo dicho veamos cuales son los trámites que se siguen para determinar el referido artículo de administracion².

3. En auto de 20 de julio de 1750, que es la ley 8 tit. 24 lib. 11 Nov. Rec., para evitar los perjuicios que se originaban principalmente de la forma con que se sustanciaban los artículos de administracion, se dieron las nuevas reglas siguientes: 1.º que el referido artículo haya de sustanciarse en el término perentorio de cuarenta dias, los cuales deberán correr, como dice Gomez Negro³, desde aquel en que otros pretendientes, en virtud de citacion ó edicto, se hubiesen presentado con la misma solicitud, sin que por ningun caso se suspenda ni prorogue dicho término: 2.º que en el mismo auto en que se provea la administracion ó secuestro, se ha de reci-

tende que se le conserve y defienda en la posesion que se le trasfiere por ministerio de la referida ley. Paz *De tenuta* cap. 2. n. 12 y 13. cap. 5 ns. 14 y 24. n. 14. tract. 1.
1 Arg. de la órden de 15 de mayo de 1821 y del art. 9 del decreto de 7 de agosto de 1823, allí „apelacion;“ la que solo se da de los jueces de primera instancia.—E.

2 Léase á Escolano, *Práctica del consejo* tom. 2. cap. 19. y á Elizondo *Pract. univ. for.* tom. 1. part. 218. y sig. tom. 2. part. 380. y tom. 5. part. 1. cap. 6. ns. 6, 7, 8 y 18.
3 Elementos de práctica, *Orden de proceder* pag. 81.

bir el pleito á prueba en lo principal, sin que se pueda suspender ni prorogar con ningun pretexto ni motivo: 3.º que este auto se haya de notificar de oficio por la escribanía en el término de ocho dias, sin perjuicio de sus legítimos derechos, pena de doscientos ducados al escribano que así no lo hiciere; 4.º y que del referido auto de prueba, administracion ó secuestro no se ha de admitir súplica ni otro recurso en ninguna de sus partes.

4. Con objeto de que no se detenga el curso del pleito en lo principal, por haber de expedirse el despacho para la administracion cuando se encarga libremente, ó de la presentacion de fianzas cuando se mandan dar, ó se pone en secuestro el mayorazgo litigioso, se forma en orden á este particular pieza separada con copia literal del auto y de sus notificaciones. Formalizada esta diligencia, si se encargase la administracion libremente y sin fianza á alguno de los interesados, se extiende desde luego un despacho en que hablándose con él, se expresan todas las facultades y obligaciones que tiene como tal administrador. Si la administracion se encargase bajo fianzas, debe el interesado darlas y presentarlas con pedimento, y de ellas se da cuenta por el escribano al juez, quien manda comunicar traslado á los demas interesados, á cuyos procuradores se entrega por su orden bajo recibo, para que expongan lo conveniente; y no resultando reparo, se aprueban las fianzas presentadas, mandándose despachar el título de administracion en la forma ordinaria. Este título es igual al que se despacha al administrador secuestrario, porque tiene obligacion de presentar las cuentas anualmente en el consejo y depositar los productos.

5. Nótese que cuando el mayorazgo sobre que se litiga la tenuta está concursado, el administrador nombrado en virtud de la providencia de secuestro no puede embarazar el uso de la administracion general al que lo sea legítimamente del concurso, y solo tiene facultad de percibir y cobrar de este administrador los caudales que esten consignados para alimentos del poseedor del estado ó bienes concursados, como tambien las demas cantidades que resulten despues de satisfechos los acreedores y pagadas las cargas del concurso. A este efecto puede pedir los alimentos necesarios en el tribunal donde penda dicho concurso, debiendo tener las sumas que perciba en calidad de depósito hasta que el juez mande otra cosa, ó hasta la determinacion del pleito de tenuta, en cuya conformidad han de extenderse las fianzas y expedirse los despachos para administrar¹.

6. Explicado ya lo correspondiente al artículo de administracion,

¹ Aut. 6. tit. 7. lib. 5, ó nota 4. tit. 24. lib. 11. N.

pasemos á tratar de la tenuta. Para entablar la demanda de esta es preciso que concurren los tres siguientes requisitos: 1.º que sea llamado á la sucesion del mayorazgo, y tenga las calidades que exige el llamamiento: 2.º que haya llegado el caso de este¹: 3.º que ponga la demanda dentro de los seis meses siguientes al dia en que por la última vacante del mayorazgo se dió su posesion á alguno de los interesados², justificándolo con la fe de muerto ó testimonio correspondiente autorizado de escribanos públicos, y presentando poder especial. Y aunque pasados los seis meses se haga saber la demanda al actual poseedor del mayorazgo, no puede por esto solicitar su repulsa.

7. El término de los seis meses es perentorio, y una vez pasado no debe ser admitido el pretendiente ú opositor que comparece por su propio derecho, porque se le considera extraño del pleito y nuevo actor, cuya accion no es admisible á causa de hallarse excluida por la misma ley³. Así es que contra el referido término no se concede absolutamente á nadie el beneficio de la restitucion, ni contra la omision en hacer pruebas, ni para tachar testigos. Tampoco hay en el juicio de tenuta publicacion de probanzas; bien que siempre queda á salvo el derecho para deducirle en el juicio de propiedad; pues la sentencia de tenuta, como meramente posesoria, no declara dominio ó pertenencia en aquella, ni produce excepcion de cosa juzgada, mediante la reserva que se deja á los interesados en cuanto á la propiedad.

8. Debe pedirse en la demanda de tenuta la restitucion de frutos, por cuanto se sucede por título universal en el mayorazgo, del cual son parte. Tambien debe solicitarse en la misma demanda por un *otrosí*, que se encargue al demandante la administracion de todos los bienes, frutos y rentas del mayorazgo, formando sobre ello artículo, como se ha dicho ántes tratando de este. Asimismo ha de pedirse que se libre exhorto para que se remitan al juzgado todos los autos que se hubiesen formado ante cualesquiera justicias sobre la posesion del mayorazgo con emplazamiento á los que creyeren pertenecerles; debiendo notarse que la tenuta intentada contra el clérigo que se halla en posesion del mayorazgo, ha de entablarse tambien ante el secular, y no ante el eclesiástico⁴.

9. El sucesor inmediato del sujeto que se considere tener derecho al mayorazgo, puede intentar el juicio de tenuta siempre que se crea muerto á este último por ausencia dilatada en pais remoto, ó

¹ Larrea Decis. n. 33. Cart. lib. 5. Controv. cap. 181. n. 1. al fin. Molin. De primo. gen. lib. 1. cap. 5. n. 6. Paz. De tenut. cap. 30. desde el n. 12. hasta el fin.

² L. 9. tit. 7. lib. 5. R. 6 2. tit. 24. lib.

11. N.

³ Paz ibi cap. 23. ns. 15, 16, 23 y 24. Covar. Pract. cap. 14. n. 4.

⁴ Arg. del art. 12. cap. 2. de la ley de 9. de octubre de 1812.

por otra causa semejante. Si comenzando el pleito en debido tiempo y forma presentare en él, despues del semestre prefinido por la ley, demanda de tenuta algun tercero, ya coadyuvando el derecho de alguno de los litigantes, ya excluyendo el de todos (caso al parecer omitido en la ley citada, porque segun se infiere de ella solo excluye á quien pasados los seis meses lo instaure ó empiece de nuevo), está en práctica, segun lo acreditan repetidos ejemplares, admitirse por equidad ó por otras razones la nueva demanda ó terceria, mandando dar traslado á los demas interesados en la tenuta sin perjuicio del estado del pleito, ó acordando que se tenga presente al tiempo de la sentencia, y en especial cuando aparece por los instrumentos un derecho en el tercero claro y superior al de los demas.

10. Los trámites que se observan en el juicio de tenuta son los siguientes: determinado el artículo de administracion en los términos expresados, se recibe al mismo tiempo el pleito á prueba por el término de los ochenta dias de la ley, y este auto debe notificarse de oficio á las partes por la escribanía en el término de ocho dias. Notificado el término de prueba, se toman los autos para formar el interrogatorio, el cual se presenta con pedimento, y por otrosí es la comprobacion ó compulsión de instrumentos, lo cual se acuerda. El modo de presentar el interrogatorio, y pedir la compulsión ó cotejo de instrumentos, es uno mismo para todas partes.

11. Como en el juicio de tenuta por ser posesorio no hay publicacion de probanzas, se entregan desde luego á los interesados las que se hacen sin tenerlas reservadas en la escribanía hasta dicha publicacion, como sucede en otros pleitos. Despues alegan aquellos de bien probado hasta su conclusion; en seguida se pronuncia la sentencia, la que no se notifica á los litigantes porque no se admite recurso de ella. Como el litigante que ha obtenido la posesion desea tomarla inmediatamente, y esto se dilataria si se esperase á la formacion y extension de la ejecutoria, presenta un escrito solicitando que sin perjuicio de los derechos de ella, se le dé certificacion incluyendo la sentencia para poder tomar la posesion; á lo que se accede, sin perjuicio de los expresados derechos que deberán depositarse, ó hacerse obligacion de satisfacerlos.

12. *Si el que perdiese el pleito de posesion ó tenuta no entabla el de propiedad dentro de cuarenta dias precisos, contados desde el día que se le notificó la sentencia, ó si habiéndose entablado y dándose sentencia en primera instancia, ó en vista no interpone el recurso de apelacion ó suplicacion, ó interpuesta no lo sigue dentro del término de cuatro meses, no tendrá despues derecho para reclamar;

1 Auto acordado del Consejo de 20 de julio de 1750.

y aquel en cuyo favor se hubiere declarado la tenuta, posesion ó propiedad, será considerado como poseedor legitimo, y podrá usar las facultades consiguientes¹.

1 Art. 9. del decreto de 7 de agosto de 1823.

CAPITULO VII.

De los patronatos.

- | | | |
|---|---|---|
| 1 | ¿Qué cosa sea patronato, y en qué consiste este derecho? | el obispo. |
| 2 | Dividese el patronato en hereditario, gentilicio y mixto. Varias subdivisiones del mismo. | 8 Cuando el patrono es una corporacion, deben ser convocados al acto de presentar todos sus individuos. |
| 3 | Otra subdivision en eclesiástico, laical y mixto. | 9 Si el derecho de presentar corresponde á varios sujetos que no forman corporacion, obtiene el beneficio el que reune mayor número de votos. |
| 4 | El derecho de patronato es indivisible, y se adquiere originariamente de cinco modos. | 10 Dada la institucion al presentado, cesan las facultades del patrono. |
| 5 | Pueden ser patronos clérigos y legos, hombres y mugeres, adultos é impúberos. | 11 Si interviene algun interes á favor del patrono, es simoniaca la presentacion. |
| 6 | Los patronos eclesiásticos tienen seis meses para presentar, y los seglares cuatro, á excepcion del patronato mixto, en que legos y eclesiásticos tienen aquel plazo. | 12 ¿Cuándo la sucesion del patronato se verifica por cabezas, y cuándo por ramas? |
| 7 | El patrono eclesiástico no puede hacer mas de una presentacion en cada vacante, pero no así el lego, pues tiene facultad de presentar varios sujetos, entre quienes elige | 13 ¿Quiénes no pueden ser patronos? |
| | | 14 ¿Por cuántas causas se trasfiere á otros el derecho de patronato? |
| | | 15 ¿Por qué medios se extingue este derecho? |

1. Las palabras *patronato*, *patronazgo* y *patrono* tienen en el derecho varias significaciones. A veces se entiende por patrono el abogado, y por patronato la accion que tiene por la ley á defender á su cliente. Tambien se llama patrono el señor respecto de su esclavo manumitido, conservando sobre este varios derechos llamados igualmente de patronato. Pero en el presente capítulo se trata únicamente del *patronato eclesiástico*, el cual es un derecho concedido por la Iglesia para nombrar persona que haya de ser promovida á algun beneficio eclesiástico, con otros honores, utilidades y cargas que tienen establecidas los sagrados cánones en favor de algun individuo ó corporacion por haber fundado, construido ó dotado alguna iglesia por sí mismo, ó

por suceder legítimamente á los que lo hicieron¹. Consiste pues el derecho de patronato en honor, utilidad y gravámen: honor, en la regalía de presentar sujeto para que se le confiera el beneficio, y en ocupar puesto preferente en la iglesia sobre cualquier individuo, á excepcion del señor territorial: utilidad, en percibir los emolumentos que le esten asignados en la fundacion, y en ser alimentado por la iglesia en caso de quedar reducido al extremo de carecer de medios de subsistir²; y gravámen, en cuidar de la conservacion de la misma iglesia y de sus fincas, cumpliendo las demas obligaciones que le impuso el fundador³. Pero no tiene jurisdiccion ni potestad para gravar á la iglesia ni al beneficiado con ninguna especie de carga, excepto las que hubieren sido impuestas en la fundacion con consentimiento de la autoridad eclesiástica, cuya intervencion es forzosa en tales fundaciones⁴. Tampoco puede apropiarse los bienes de la iglesia, disponer de ellos, ni visitarlos, si en la fundacion no está expresa semejante facultad, pues debe estarse á lo que de ella constare⁵. El que tiene este derecho se llama *patrono*.

2. Divídese el derecho de patronato en *hereditario*, *gentilicio* y *mixto*: el *hereditario* es el que se trasfiere á los herederos aunque sean extraños; el *gentilicio* ó *familiar* es el que compete y se deja solamente á la familia del fundador, y el *mixto* es el que requiere las dos circunstancias de pariente y heredero. Subdivídese en *activo* y *pasivo*. El activo es el que tiene el patrono de presentar á otro para un beneficio eclesiástico; y es de dos maneras, *real* y *personal*: el *real* es el que está anejo á cierta cosa ó lugar determinado, v. gr. á una heredad, viña &c., en cualquiera parte que se halle, y pasa al que la compra ó se la dona, aunque no sea heredero; y el *personal* es el que compete á la persona del patrono, sin conexion ni dependencia de tal cosa ó lugar. Y el *pasivo* es el que tienen algunos de la tal familia ó lugar para ser presentados en el beneficio, siendo idóneos, sin que ningun otro pueda obtenerle.

3. Se subdivide asimismo en *eclesiástico*, *laical* y *mixto*. El *eclesiástico* es el que se erige de bienes eclesiásticos, ó aunque se erija de laicales, se trasfiere al principio á iglesia, cabildo, colegio ó persona eclesiástica por razon de la iglesia, dignidad ó beneficio; ó despues por testamento, donacion, fundacion ó de otro modo. El *laical* es el que compete al lego ó clérigo, no por razon ó respecto de la iglesia, dignidad ó beneficio, sino por la de patrimonio: y el *mixto* es el que se compone de eclesiástico y laical⁶.

1 L. 1. tit. 15. part. 1. Ferr. *Biblioth.* en la palabra *jur. patronat.* art. 1. n. 2.
2 Reinf. lib. 3. tit. 38. § 5. n. 110 al 119. L. 2. cit. tit. 15.
3 L. 3. tit. cit.

4 Reinf. ibi ns. 120 y 121.
5 Conc. Trid. sess. 22. *De reform.* cap. 11, sess. 24. cap. 3 y sess. 25. cap. 9. Reinf. ibi n. 122 al 124. L. 4. eod.
6 Ferr. loc. citat. n. 3 y sig.

4. El derecho de patronato es indivisible, y así aunque los patronos sean muchos, tienen igual derecho á presentar; y se adquiere originariamente por fundacion, edificacion, dotacion, privilegio y prescripcion¹. No puede el patrono presentarse á sí mismo, por idóneo que sea, y cualesquiera estudios y méritos que tenga; lo cual se entiende aunque sea por procurador, porque entre el que presente y el presentado ha de haber distincion de personas, y lo que uno hace por procurador, se entiende hacerlo por sí propio; pero bien puede presentar á su hijo siendo idóneo; y si los patronos son muchos, presentarse unos á otros, no habiéndolo prohibido el fundador del patronato².

5. Pueden ser patronos clérigos y legos³, hombres y mugeres⁴, adultos é impúberos⁵; pero estos aunque ántes de los siete años pueden adquirir el derecho de patronato, no pueden presentar, porque carecen del uso de razon, por lo que deben hacerlo en su nombre sus tutores⁶; pero siendo mayores de dicha edad, no solo pueden hacer la presentacion ó nombramiento, sino comparecer en juicio sobre asuntos beneficiales y espirituales sin la autoridad de ellos⁷; bien que conviene que concurren á ella, ó la aprueben; y si han entrado en la pubertad, no tienen potestad los tutores para presentar sin su consentimiento, ni vale la presentacion, porque estos no se dan á los menores para lo espiritual y eclesiástico, ni en tales materias tienen sobre ellos autoridad alguna⁸.

6. Los patronos legos tienen cuatro meses para hacer la presentacion, y los eclesiásticos seis, si el fundador no se lo limita como puede hacerlo. Si dentro de ellos no la hacen ó discuerdan en la eleccion, y por esta causa, ó sobre el derecho de patronato se mueve pleito, y no se decide en dicho término, espira por aquella vez su potestad de presentar, y se devuelve al ordinario diocesano, á quien por derecho toca⁹; el cual se ha de arreglar á la fundacion, y puede prórogárselo, pero no restringírselo despues de prorogado, ni nombrar á los que carecen de las cualidades apetecidas por

1 L. 12. tit. 15. part. 1. Ferr. ibi n. 19 al 41.
2 L. 7. tit. 15. part. 1. Frás. *De regio patronat.* Indiar. cap. 33.
3 Cap. *Quoniam* 3. Cap. *Cum autem* 24. *De iure patronat.* y cap. *Decernimus*, 32. caus. 16. q. 7.
4 Cap. *Ex liter.* 7. *De jur. patronat.* Argum. cap. *Cum dilect.* 16. *de concess. praebend.*
5 Argum. cap. *Piae mentis*, 26. *Frigeritius*, 27. *Quicumq.* 30. *Filiis* 31. *Decernimus*, 32. y *Monasterium*, 33. caus. 16. q. 7.
6 Grac. *De benef.* part. 5. cap. 9. n. 193.
7 Reinf. lib. 3. tit. 38. n. 38.
8 Cap. fin. *De iudic.* in 6. Vela disert. 6. á

n. 61. Narb. ann. 14. q. 23. Rot. in *Antiq.* dec. 6. *De jur. patronat.* Garc. loc. cit. n. 186. Reinf. eisd. loc. et n.
8 *Si unum quatuor.* dec. 3. *De iudic.* in 6. Garc. part. y cap. cit. n. 195. Reinf. ibi n. 41.
9 Cap. *Quoniam* 3 y *Cum propt.* *de jur. patronat.* cap. *Si laicus.* § *Verum de jur. patronat.* in 6 cap. *Licet*, 3. *de supplend. neglig. praeb.* y cap. *Nulla* 2. *de concess. praeb.* Rot. in Nov. dec. 6. *De jur. patronat.* leyes 6 y 11. tit. 15. part. 1. Garc. *De benef.* part. 10. cap. 9. Lara *De capell.* lib. 2. caps. 9 y 10.

el fundador¹. Siendo patronato mixto, á todos los patronos se permite hacer la presentacion dentro de los seis meses, aunque la menor parte sea de clérigos, porque el patronato mixto goza del privilegio de patronato eclesiástico, y lo más digno atrae á sí lo menos digno²; previniendo que el término prefijado no corre hasta el día en que los patronos saben la vacante³; bien que algunos dicen lo contrario, y que si el presentado renuncia la presentacion, ó no la consiente, ó muere, se deben empezar los respectivos cuatro y seis meses desde esta época no interviniendo ningun género de fraude⁴.

7. Entre el patrono eclesiástico y el seglar ó lego hay otra notable diferencia, que consiste en que el eclesiástico solo puede presentar un sujeto en cada vacante, y si hace nueva presentacion se tiene por no hecha, y el obispo está obligado á instituir al primero. Pero el patrono lego puede hacer dos ó mas presentaciones, á fin de que el obispo confiera la institucion del beneficio á cualquiera de los nombrados; mas esto se entiende cumulativamente: es decir, que no puede el patrono excluir á ninguno de los que ántes haya elegido, pudiendo por consiguiente el ordinario instituir entre todos al que tenga por oportuno⁵. Sin embargo, si el patrono al hacer una presentacion jura no hacer otra nueva, y el presentado acepta su nombramiento, se imposibilita de repetirla por aquella vez. En caso de presentar el patrono eclesiástico con cierta ciencia á un indigno, no tiene accion á elegir otro, y el obispo nombra por sí beneficiado en aquella vacante; mas si el patrono fuese lego, no tendrá tal facultad el obispo sino cuando pasados los cuatro meses no haya hecho aquella nueva presentacion⁶. Mas nada de esto sucede cuando ignoran la incapacidad del presentado, pues entónces debe decir el patrono que haga nueva eleccion⁷, aun cuando este fuere eclesiástico (*).

8. Siendo muchos los patronos y los presentados, si los patronos constituyen un cuerpo, v. gr. un cabildo, colegio ó comunidad, deben ser convocados todos los que tienen voto para hacer la pre-

1 Rota *Recent.* part. 17. dec. 13. n. 2. Barbosa. part. 3. *De off. et potest. episc.* allegat. 72. n. 143 y 170. y cap. *indultum* 27. *De reg. jur.* in 6. Lara ibi cap. 10. ns. 27 y 28.

2 Rota *Recent.* part. 12. dec. 250. n. 13. dec. 13. 14 y 15. y part. 13. dec. 379. ns. 4 y 5. y part. 19. dec. 129. n. 3 y dec. 293. n. 14 y sig.

3 Garc. *De ben.* part. 10. cap. 3. n. 15. y sig. Rot. part. 2. dec. *Recent.* 10. n. 7. dec. 173. n. 1. y dec. 406. n. 1. part. 3. dec. 377. n. 3. part. 7. dec. 221. n. 9. y part. 19. dec. 678. n. 12.

4 Arg. cap. *Si electio*. 36. *De election.* in 6. Ret. dec. 9. *De jur. patron.* in Nov. Lambertin. *De jur. patron.* lib. 2. part. 2. cap. 4. n. 38. Frás. ibi cap. 31. ns. 50 y 51.

5 L. 6. tit. 15. part. 1. caps. 28 y 29. *De jur. patron.* Lara lib. 2. *De capellan.* cap. 9.

6 Reinf. lib. 3. tit. 38. § 4. n. 90. L. 7. tit. 15. part. 1. caps. 5. 24 y 29. *De jur. patron.* Cap. cit. *De jur. patron.*

(*) Si la indignidad del presentado consiste en falta de ciencia, se supone siempre que la ignora el patrono, porque suelen engañar las apariencias Carden. de Luca *De jur. patron.* disc. 47. n. 4.

sentacion, de tal suerte que uno que falte por no haber sido convocado, basta para anularla, aunque todos los demas conueerden en un sujeto.

9. Si el derecho de presentar compete á muchos, no como cuerpo, sino separadamente á cada uno, obtendrá el beneficio aquel que siendo digno, consiga mayor número de votos que cualquiera otro de sus competidores: es decir, que se necesita mayoría respetiva, no absoluta: v. gr. hay ocho patronos, de los cuales tres presentan á Juan, dos á Diego, y de los tres restantes cada uno presenta el suyo: en este caso Juan, como con mayor número, obtendrá y será predilecto, sin embargo de que todos los coopositores sean mas dignos que él; pero si es indigno, y sabiéndolo los patronos lo presentan, le preferirán los otros, porque en este caso todo el derecho se devuelve al presentado por la menor parte. Si dos son presentados por dos patronos iguales en votos, ninguno de ellos adquiere prelacion, por lo que el ordinario debe presentar al mas digno; y si en ambos concurren iguales méritos, puede preferir á su arbitrio al que de ellos mejor le parezca; porque en este caso, como hay discordia entre los patronos, es árbitro de proveer y elegir á su voluntad: con la diferencia de que siendo legos estos, ha de aguardar á que pasen los cuatro meses en que se les permite variar la presentacion; mas siendo eclesiásticos, al instante, porque como no se les permite la variacion, se le devuelve inmediatamente el derecho que ellos tenian¹. Previniendo que si aparecen dos instrumentos hechos en un mismo día á favor de dos sujetos sobre la presentacion de algun beneficio por un patrono, de los cuales el uno contiene la hora de su otorgamiento, y el otro no, se deberá estar al que la contiene, como mas pleno que el que carece de ella²; á ménos que se pruebe haberse otorgado primero este, pues de que no contenga la hora no se deduce que fué hecho posteriormente, ni es requisito preciso el ponerla en los instrumentos, porque no lo manda la ley (*).

10. Conferida la institucion al presentado, cesan de todo punto las gestiones del patrono, sin que tenga respecto del instituido ni de su beneficio la menor facultad ni intervencion hasta que por nueva vacante vuelva á presentar de nuevo.

11. Los patronos nada deben recibir del presentado, á ménos que el fundador le haya mandado contribuirles con algo³; y si se da ó promete por tener y ganar los votos ó presentaciones de ellos, se

1 Reinf. ibi n. 85 al 90 y otros que cita.

2 Felin. in cap. *Pastoral.* de *rescript.*

(*) Cuando son varios los patronos de un beneficio pueden convenir entre sí con-annunciar las apariencias Carden. de Luca *De jur. patron.* disc. 47. n. 4.

uno de ellos, y tambien suele acordarse así en la fundacion, sin que esto induzca nulidad alguna.

3 Cap. *Sicut* 2. *De supplend. neglig. praelat.* y cap. *Praeterea* 23. *jure patron.*

comete simonía¹; lo cual se entiende, aunque el mismo presentado lo ignore².

12. La sucesion del patronato hereditario ó mixto, se hace *in stirpes* y no *in capita*; y así muchos herederos de un patronato se reputan por uno, y tienen una voz³; pero la del patronato gentilicio ó familiar se hace *in capita* y por representacion, del propio modo que en los mayorazgos, por lo que los descendientes deben presentar en esta forma⁴.

13. No pueden ser patronos los judíos, hereges ni infieles, sino solo los cristianos católicos, aunque no hayan nacido de legítimo matrimonio⁵.

14. Por cuatro causas pasa el patronato de un hombre á otro. 1.^o Por herencia ó sucesion, al modo que los demas bienes. 2.^o Por donacion hecha con consentimiento del obispo, ó iglesia de donde es patrono, ya sea dado ántes ó despues de la donacion. 3.^o Por venta, no porque el derecho de patronato puede ser vendido separadamente, sino porque si se vende toda la herencia ó parte de ella por razon de la cual el vendedor es patrono, entrará en ella el derecho de patronato, aunque en la escritura no se mencione. Y 4.^o cuando se trueca un patronato por otro⁶. Tambien pasará, si se arrienda alguna villa ó heredad á que está anejo, á menos que se pacte lo contrario⁷.

15. El derecho de patronato se extingue por once causas. 1.^o Por la libre remision del patrono, pues puede renunciar su derecho. 2.^o Cuando la iglesia se arruina, y no hay esperanza de reedificarla, ó su dotacion ó rentas perecen. 3.^o Si el patrono permite que la iglesia se haga colegiata ó monasterio, porque en estos no ha lugar la presentacion sino la eleccion (*). 4.^o Cuando el patronato se fundó solamente para la familia, y se extingue esta. 5.^o Cuando con consentimiento del patrono se une ó incorpora la iglesia á otra iglesia ó monasterio, porque por la union se juzga extinguida, y por consiguiente el derecho de patronato. 6.^o Por el no uso del patronato en el tiempo que se requiere para la prescripcion, si en su intermedio fué instituido dos veces á lo menos rector ó párroco, sin intervenir presentacion del patrono, y este no estuvo legítima-

1 Cap. *Veniens* 9. *De simon.* y ley 3. tit. 17. part. 1.

2 Cap. *Nobis* 27. *De simon.* y cap. *Si alijus* 59. *de electione*

3 Ferr loc. cit. ns. 11 y 12.

4 Clem. *Plures* 2. *de jur. patron.* y ley 2. tit. 15. part. 1.

5 Rot. part 5. tom. 1. decis. 285. n. 10. part. 7. decis. 180. n. 4. part. 1. tom 2. decis. 47. n. 2. y part. 13. decis. 63. n. 21 y decis. 103. n. 3.

6 L. 8. tit. 15. part. 1. Ferr. ibi art. 2.

7 L. 9. tit. 15. part. 1.

(*) Aunque esto es lo que establece el derecho comun, hay sin embargo en la iglesia de España varias colegiatas y otras corporaciones, cuyas prebendas son de derecho de patronato, y se confieren por presentacion laical, como las de Lerma, Berlanga &c. dejando aparte las del patronato real, que son infinitas.

mente impedido de hacerla. 7.^o Si este intentó matar ó mutilar alevosamente al rector ó á otro clérigo de la misma iglesia, no siendo en defensa propia. 8.^o Si el patrono se pervierte haciéndose herege, cismático ó apóstata de nuestra santa religion, pues con sus bienes se les confisca el derecho de patronato. 9.^o Cuando se entromete en la disposicion ó percepcion de frutos contra lo preceptuado por el santo concilio de Trento en la ses. 22 cap. 11 *De reformatione*. 10. Si el patrono vende ó trasfiere en otro el derecho de patronato de algun modo prohibido por los sagrados cánones. Y 11, cuando en su adquisicion comete simonía, pues debe ser privado de él¹. Por lo demas debe el obispo favorecer á los patronos y no suscitales estorbos ni dificultades en el uso de su derecho, pues la iglesia se lo ha concedido en reconocimiento de su generosidad y munificencia².

1 Reinf. lib. 3. cap. 38. § 5. n. fin.

2 Ley fin. tit. 15. part. 1. Lambertin. *De ju.*

re patron. lib. 2. part. 3. q. 5. princip. art. 4. n. 12.

CAPITULO VIII.

De las capellanías.

- | | |
|---|--|
| 1 ¿Qué es capellanía, y de cuántas especies las hay? | 6 ¿Qué se entiende por capellanías gentilicias? |
| 2 Circunstancias de las capellanías mercenarias en que el capellan administra sus bienes. | 7 ¿Quiénes no pueden ser ordenados á título de capellanía colativa? |
| 3 En ellas no hay necesidad de otro título que el simple nombramiento de patrono. | 8 Las capellanías laicales y colativas pueden fundarse por contrato y por testamento. |
| 4 Dichas capellanías no pueden convertirse en colativas, ni prestar título para ordenarse, si no lo expresa su fundacion. | 9 Disposiciones eclesiásticas en órden á los requisitos que deben tener las capellanías para poderse ordenar á título de las mismas, y demas que comprende la bula de Inocencio XII. |
| 5 ¿Cuáles son las capellanías colativas, y qué circunstancias concurren en ellas? | 10 ¿Cómo se sucede en las capellanías colativas? |

1. **E**s toda capellanía una carga obligatoria de celebrar en determinada capilla, iglesia ó altar, cierto número de misas anuales, cuya aplicacion está designada por su fundador¹. Hay capellanías de tres clases, que son *mercenarias*, *colativas* y *gentilicias*. De las *mercenarias*, que tambien se llaman *profanas* y *laicales*, hay dos especies: una comprende las que con propiedad se llaman *capellanías laicales*, *memorias de*

1 Lara *De capell.* lib. 2. cap. y n. 1. Mostaz. *De causis piis.* lib. 3. cap. 1. n. 2.

comete simonía¹; lo cual se entiende, aunque el mismo presentado lo ignore².

12. La sucesion del patronato hereditario ó mixto, se hace *in stirpes* y no *in capita*; y así muchos herederos de un patronato se reputan por uno, y tienen una voz³; pero la del patronato gentilicio ó familiar se hace *in capita* y por representacion, del propio modo que en los mayorazgos, por lo que los descendientes deben presentar en esta forma⁴.

13. No pueden ser patronos los judíos, hereges ni infieles, sino solo los cristianos católicos, aunque no hayan nacido de legítimo matrimonio⁵.

14. Por cuatro causas pasa el patronato de un hombre á otro. 1.^o Por herencia ó sucesion, al modo que los demas bienes. 2.^o Por donacion hecha con consentimiento del obispo, ó iglesia de donde es patrono, ya sea dado ántes ó despues de la donacion. 3.^o Por venta, no porque el derecho de patronato puede ser vendido separadamente, sino porque si se vende toda la herencia ó parte de ella por razon de la cual el vendedor es patrono, entrará en ella el derecho de patronato, aunque en la escritura no se mencione. Y 4.^o cuando se trueca un patronato por otro⁶. Tambien pasará, si se arrienda alguna villa ó heredad á que está anejo, á menos que se pacte lo contrario⁷.

15. El derecho de patronato se extingue por once causas. 1.^o Por la libre remision del patrono, pues puede renunciar su derecho. 2.^o Cuando la iglesia se arruina, y no hay esperanza de reedificarla, ó su dotacion ó rentas perecen. 3.^o Si el patrono permite que la iglesia se haga colegiata ó monasterio, porque en estos no ha lugar la presentacion sino la eleccion (*). 4.^o Cuando el patronato se fundó solamente para la familia, y se extingue esta. 5.^o Cuando con consentimiento del patrono se une ó incorpora la iglesia á otra iglesia ó monasterio, porque por la union se juzga extinguida, y por consiguiente el derecho de patronato. 6.^o Por el no uso del patronato en el tiempo que se requiere para la prescripcion, si en su intermedio fué instituido dos veces á lo menos rector ó párroco, sin intervenir presentacion del patrono, y este no estuvo legítima-

1 Cap. *Veniens* 9. *De simon.* y ley 3. tit. 17. part. 1.

2 Cap. *Nobis* 27. *De simon.* y cap. *Si alijus* 59. *de electione*

3 Ferr loc. cit. ns. 11 y 12.

4 Clem. *Plures* 2. *de jur. patron.* y ley 2. tit. 15. part. 1.

5 Rot. part 5. tom. 1. decis. 285. n. 10. part. 7. decis. 180. n. 4. part. 1. tom 2. decis. 47. n. 2. y part. 13. decis. 63. n. 21 y decis. 103. n. 3.

6 L. 8. tit. 15. part. 1. Ferr. ibi art. 2.

7 L. 9. tit. 15. part. 1.

(*) Aunque esto es lo que establece el derecho comun, hay sin embargo en la iglesia de España varias colegiatas y otras corporaciones, cuyas prebendas son de derecho de patronato, y se confieren por presentacion laical, como las de Lerma, Berlanga &c. dejando aparte las del patronato real, que son infinitas.

mente impedido de hacerla. 7.^o Si este intentó matar ó mutilar alevosamente al rector ó á otro clérigo de la misma iglesia, no siendo en defensa propia. 8.^o Si el patrono se pervierte haciéndose herege, cismático ó apóstata de nuestra santa religion, pues con sus bienes se les confisca el derecho de patronato. 9.^o Cuando se entromete en la disposicion ó percepcion de frutos contra lo preceptuado por el santo concilio de Trento en la ses. 22 cap. 11 *De reformatione*. 10. Si el patrono vende ó trasfiere en otro el derecho de patronato de algun modo prohibido por los sagrados cánones. Y 11, cuando en su adquisicion comete simonía, pues debe ser privado de él¹. Por lo demas debe el obispo favorecer á los patronos y no suscitales estorbos ni dificultades en el uso de su derecho, pues la iglesia se lo ha concedido en reconocimiento de su generosidad y munificencia².

1 Reinf. lib. 3. cap. 38. § 5. n. fin.

2 Ley fin. tit. 15. part. 1. Lambertin. *De ju.*

re patron. lib. 2. part. 3. q. 5. princip. art. 4. n. 12.

CAPITULO VIII.

De las capellanías.

- | | |
|---|--|
| 1 ¿Qué es capellanía, y de cuántas especies las hay? | 6 ¿Qué se entiende por capellanías gentilicias? |
| 2 Circunstancias de las capellanías mercenarias en que el capellan administra sus bienes. | 7 ¿Quiénes no pueden ser ordenados á título de capellanía colativa? |
| 3 En ellas no hay necesidad de otro título que el simple nombramiento de patrono. | 8 Las capellanías laicales y colativas pueden fundarse por contrato y por testamento. |
| 4 Dichas capellanías no pueden convertirse en colativas, ni prestar título para ordenarse, si no lo expresa su fundacion. | 9 Disposiciones eclesiásticas en órden á los requisitos que deben tener las capellanías para poderse ordenar á título de las mismas, y demas que comprende la bula de Inocencio XII. |
| 5 ¿Cuáles son las capellanías colativas, y qué circunstancias concurren en ellas? | 10 ¿Cómo se sucede en las capellanías colativas? |

1. **E**s toda capellanía una carga obligatoria de celebrar en determinada capilla, iglesia ó altar, cierto número de misas anuales, cuya aplicacion está designada por su fundador¹. Hay capellanías de tres clases, que son *mercenarias*, *colativas* y *gentilicias*. De las *mercenarias*, que tambien se llaman *profanas* y *laicales*, hay dos especies: una comprende las que con propiedad se llaman *capellanías laicales*, *memorias de*

1 Lara *De capell.* lib. 2. cap. y n. 1. Mostaz. *De causis piis.* lib. 3. cap. 1. n. 2.

misas ó legados pios, porque son fundadas sin autoridad del Papa ni del obispo ú ordinario diocesano, á cuyo título ninguno puede ordenarse, porque vienen á ser unos salarios ó estipendios de los sacerdotes que han de celebrar las misas¹, y por otro nombre llaman patronatos reales de legos, á modo de vínculos ó mayorazgos, con el gravámen y obligacion de mandar celebrar su poseedor en la iglesia, capilla ó altar que el fundador destina, las misas que prefine, con la condicion de que sus bienes esten siempre sujetos á su responsabilidad, y con facultad de que el patrono pueda nombrar sacerdote que las celebre, y removerle cuando quiera (por lo que se llaman *amovibles á voluntad*), ó mandarlas celebrar sin necesidad de nombramiento, recogiendo recibo del colector ó sacerdote conocido que las diga. En esta clase de capellanías puede conocer el obispo, no de sus bienes, porque son absolutamente profanos, ni de su presentacion, sino solamente del cumplimiento de las misas que debe acreditarle el patrono ó poseedor de los bienes gravados con ellas, y así no se paga subsidio ni otro derecho por las mismas: el patrono aunque sea casado ó hembra, posee sus bienes como de mayorazgo: de su sucesion debe conocer el juez real: se sucede por las mismas reglas que en los mayorazgos: y se llama vínculo ó mayorazgo cuando la fundacion y sucesion es perpetua, y los bienes de su dotacion son indivisibles². Por tanto de esta clase de capellanías debe decirse lo mismo que se dijo en el tratado de los mayorazgos, pues se siguen las mismas reglas.

2. La segunda clase es la misma naturaleza, á diferencia de que el capellan cumplidor (que así se llama) administra sus bienes, goza todo su producto, debe hacer constar, y no el patrono, su cumplimiento, y á costa de las rentas tener sus fincas bien reparadas, de modo que no se aniquilen ni deterioren; pero ni en unas ni en otras tiene lugar lo dispuesto por los sagrados cánones en orden al término para su presentacion, ni por consiguiente hay colacion ni canónica institucion, ni en los bienes de ellas tiene que intervenir el ordinario diocesano. Pueden conferirse estas capellanías cumplideras ó memorias de misas á presbíteros para que las celebren; y tambien á legos de cualquiera edad indistintamente, á ménos que disponga otra cosa el fundador³. Confiriéndose á lego, debe mandar cumplir sus cargas, arreglándose á la fundacion; pero el ordinario eclesiástico no tiene derecho á proveerlas, ni á conocer de sus bienes, por ser privativa esta facultad del patrono, el cual por medio del juez secular puede compeler al capellan cumplidor á que cuide de su conservacion, y en su

¹ Navar. cons. *De praebend.* Mostaz. ibi n. 7.

² LL. 13 y 14. tit. 7. lib. 5. R., ú 8 y 9. tit. 17. lib. 10. N. Roj. *De incompat.* part. 1.

cap. 7. n. 34 y sig.

³ Mostaz. lib. 3. dicho cap. 2. n. 43.

defecto embargarle la renta, y por esta ú otra causa ó sin ella quitarle el patrono la capellanía, mandándolo así el fundador; y si el capellan fallece, y el patrono tarda en nombrar otro, puede el mismo juez secuestrar sus fincas, repararlas, cumplir sus cargas, y depositar el sobrante á fin de que lo lleve el que luego nombre: para todo lo cual, como tambien para dentro de qué tiempo se deben poseer, pues el derecho real no lo prefine, servirá de regla la fundacion.

3 El título ó nombramiento del patrono es lo único que se requiere para gozar estas capellanías laicales, y ni aun hay necesidad de posesion en ellas, á ménos que lo mande expresamente la fundacion; y si el capellan quiere tomarla á efecto de que le reconozcan por tal los inquilinos y contribuyentes, y le acudan con sus rentas, ha de ser ante el juez real. Pueden hacerse incompatibles absolutamente para todos las capellanías, ó limitadamente para algunos, de suerte que el que las goce no obtenga otras colativas ni laicales, ni beneficios; pero este gravámen de incompatibilidad no debe imponérseles, excepto que las rentas sean suficientes para mantenerse con la decencia correspondiente, pues de lo contrario se estimará por no impuesto. Si el fundador manda que se confiera á presbítero; que lo líquido de las rentas, bajados derechos de visitas, gastos de cobranza, se invierta en misas de cierta cuota, v. g. de doce, de quince ó veinte reales, y que el capellan celebre por su persona en iglesia determinada las que á este respecto quepan; debe, mediante la precisa personalidad y localidad que impone, expresar si el capellan ha de entregar al sacerdote que las celebre la propia limosna, ó la establecida por el sínodo, en caso que por estar ausente, enfermo ó por otra causa, no celebre algunas, ó lo que se deberá practicar; pues por falta de explicacion de la voluntad de los fundadores se suscitan dudas, fundadas en la obligacion personal de celebrarlas, y en que por no ser colativas ni ordenarse el capellan á título de ellas, debe entregar toda la renta ó limosna, y reputarse las misas por manuales, de la que los decretos pontificios prohíben al capellan á quien se da retener parte alguna.

4 Estas capellanías no pueden hacerse colativas, ni ordenarse ninguno á título de ellas, aunque el patrono y capellanes lo quieran, excepto que la fundacion permita que se ordenen todos ó algunos por via de patrimonio. Y aunque durante la vida de los ordenados se espiritualizan sus bienes, no por eso debe pagarse subsidio ni otro derecho por ellas, ya se dejen á eclesiásticos ó á legos, porque para esto es preciso que desde su ereccion se espiritualicen, constituyéndose perpetuamente colativas á modo de los beneficios eclesiásticos: ó que su fundador mande que sus bienes pasen á la iglesia, que sub-

sistan bajo su dominio, y que los administre el capellan y perciba sus frutos por estipendio ó limosna de celebrar las misas; y fuera de estos dos casos es lo mismo que si los capellanes se ordenasen á título de bienes suyos propios, por los que no se paga; y para que no se dude si son colativas ó laicales, se extenderá la cláusula de la fundacion *permitiendo que los capellanes se ordenen á título de sus bienes, como á título de patrimonio ó hacienda suya propia*, con lo cual se entenderá que son puramente laicales.¹ Si son instituidas para parientes, han de justificar su parentesco ante el juez real, á ménos que el fundador mande que la goce el que elijan los patronos á su arbitrio, sin atender á la proximidad de grado (que es lo mejor, con lo cual se evitan pleitos y los daños que de ellos se siguen), para todo lo cual servirá de norte la fundacion, en cuya extension debe poner sumo cuidado el escribano, distinguiendo claramente estas de las colativas, á fin de evitar dudas y altercados en lo sucesivo.

5 Las capellanías *colativas ó eclesiásticas* son las que se instituyen con intervencion y autoridad del papa ó del obispo, la cual se requiere para que sean de esta calidad²; y así se llaman en cierto modo *beneficios eclesiásticos*, y en ellas tiene lugar lo dispuesto en estos; bien que con causa pueden quitarse al capellan por el obispo ó patrono, permitiéndolo la fundacion³, sin que por eso dejen de ser perpetuas; y sus bienes se espiritualizan para siempre desde que se fundan. Puede tocar á persona lega ó eclesiástica su presentacion ó nombramiento, segun lo disponga el fundador; pero la colacion ó canónica institucion ó investidura, el cuidado de la conservacion de sus fincas y del cumplimiento de sus cargas, y el conocimiento de la legitimidad de los pretendientes, si son fundadas para consanguíneos, corresponde privativamente al ordinario diocesano en cuyo territorio estan fundadas, de suerte que el patrono tiene solamente la regalía de nombrar capellan dentro del término prescrito por derecho canónico, que expresé en el párrafo 6 del capítulo anterior, y el nombrado por él será preferido á los colitigantes que no lo esten, si se halla en igual grado con ellos, y adornado de las demas cualidades apetecidas por el fundador, y no de otra forma: por lo que estas capellanías se llaman así con propiedad, sus bienes son puramente eclesiásticos, y por ellas debe pagarse subsidio; pero aunque sean fundadas por contrato entre vivos, pueden revocarse como laicales, á ménos que intervenga alguna de las causas por que las donaciones perfectas se constituyen irrevocables, y que el ordinario

1 Mostaz. dicho cap. 2. na. 7 y 44. al 48 y otros que cita.
2 Cap. *Ad haec*. 4. *De relig. domib.* Mostaz. *De crus. pita*, lib. 3. cap. 1. n. 7. y cap.

3. n. 1.
3 Pet. Greg. *De re benefic.* cap. 29. n. 5. Mostaz. dicho n. 7.

las apruebe, haciendo la colacion y canónica investidura en el primer nombrado. Pueden conferirse á presbíteros ó á los que no lo sean, á fin de que se ordenen á título de ellas, segun lo disponga el fundador; y para su obtencion, siendo colativas simples sin cura de almas, ha de tener el capellan catorce años¹, excepto que el fundador mande conferir las á los de menor edad, ó nada diga sobre esta circunstancia, pues entónces en entrando en los siete años aunque no esten cumplidos, pueden ser admitidos á su goce². Siendo beneficios con cura de almas ó curados, han de tener veinte y cinco años³; y el fundador puede asimismo imponer en ellas la incompatibilidad, como en las laicales, y las condiciones honestas que le parezca, y preferir los nobles á los plebeyos. En las capellanías colativas no adquiere su posesion el presentado por solo el nombramiento sin la institucion: y el fundador de ellas puede en su fundacion con consentimiento del obispo limitar y ampliar el término á los patronos para hacer la presentacion; pero siendo beneficio curado ó parroquial, no puede hacer ampliacion del legal, porque de ella se sigue perjuicio á las almas, lo que no sucede en las simples aunque sean colativas.

6 Las gentilicias son como las anteriores, á diferencia de que el patrono es siempre lego; y por ser colativas no puede el fundador prohibir al obispo que haga su colacion y canónica institucion, ocuide de la conservacion de sus fincas y cumplimiento de sus cargas, ni que conozca de la legitimidad de los aspirantes, si son fundadas para parientes; y si se lo prohíbe el fundador, se tendrá por irrita y nula su disposicion⁴.

7 No pueden ser ordenados á título de las referidas capellanías colativas los que tienen impedimento legal y canónico hasta que se les remueva, y son los siguientes: el que no ha nacido de legítimo matrimonio: el bigamo, ya esté viudo ó viva su muger primera: el homicida voluntario: el siervo: el que hizo penitencia pública: el que estando gravemente enfermo se bautizó por temor de la muerte: el bautizado dos veces con cierta ciencia: los extraños é ignotos, sino con dimisorias ó testimoniales de sus prelados: el hermafrodita: el que por razon de mayordomía ó administracion de rentas públicas está obligado á darles cuenta: la muger, ni el menor de siete años⁵.

8 Las expresadas capellanías laicales y colativas pueden fundarse por contrato y última disposicion, y ser amovibles á voluntad de los patronos, si así se expresa en la fundacion; pero entónces nadie

1 Concil. Trid. sess. 23. *De reformat.* cap. 6. y ley 3. tit. 16. part. 1.
2 Mostaz. lib. 3. cap. 3. n. 21 al 28.
3 Cap. *Cum incuntis*, 7 § fin. *De elect.* cap. *Licet canon* 14. eod. tit. in 6. Conc. Trid.

sess. 24. *De reform.* cap. 12. Mostaz. ibi n. 20.
4 Ferrar. *Biblioth.* en la palabra *Capellanías*.
5 L. 12 hasta la 27. tit. 6. part. 1.

podrá ordenarse con ellas por faltar la perpetuidad al título, y no ofrecer seguridad en la congrua. En este caso no obstará para dicho efecto la institución que el capellan recibe, pues este requisito no muda su naturaleza. Sin embargo puede el patrono renunciar aquel derecho por una vez, y previo consentimiento del obispo, servirá de título para que el capellan se ordene.¹

9 El sumo pontífice Inocencio XII en su Bula *Apostolici ministerii* de 13 de mayo de 1723, manda que á ninguno que tenga beneficio ó capellanía cuya renta anual no llegue á la tercera parte de la congrua, se confiera la prima tonsura con motivo de adquirir derecho al beneficio ó capellanía; que los patronos, así eclesiásticos como seculares, puedan hacer nombramiento de ellos, no como beneficios eclesiásticos, sino como de legados pios; y que los nombrados á su goce, aunque no esten tonsurados, los posean como tales legados con la obligación de cumplir todas las cargas impuestas por los fundadores. Y por el párrafo 13 de la carta encíclica ó circular de la cámara, su fecha 12 de junio de 1769, dirigida á los señores obispos de estos dominios, se les encarga que supriman ó extingan dichos beneficios y capellanías, convirtiendo estas en legados pios en la forma prescrita por el párrafo 8 de la citada Bula. Lo que tendrá presente el escribano, y prevendrá á los fundadores, á fin de que las doten bien, y no las funden incongruas, para que los capellanes se ordenen con ellas; pues importa muy poco ó nada el que quieran erigirlas colativas, y que las den este título, si por el espíritu y naturaleza de la fundación y sus cláusulas, ó por la insuficiencia y tenuidad de sus rentas, desdican del verdadero concepto de tales; y así se debe atender á la esencia y naturaleza de las cosas, no á las palabras con que se explican, porque estas no las constituyen²; y además si tienen poca renta y muchas cargas, reduce estas el ordinario á instancia de los capellanes, y mas vale que el fundador imponga pocas (pues la misa es de infinito precio), que dar lugar á que otro interprete á su arbitrio su voluntad por su consideración al tiempo de la fundación, ó que tal vez se frustre de todo punto su cumplimiento (*).

10 Cuando en la fundación de las capellanías colativas no hay cláusula alguna que determine el modo de suceder, se debe atender

1 *Garc. De benef. part. 1. cap. 2. n. 81 y 7. cap. 1. n. 102.*

2 *Castill. De aliment. cap. 7. n. 14. Barb. De jur. Eccles. lib. 3. cap. 4. n. 30.*

(*) Por disposición del Sr. Carlos IV, fecha en 1795 (ley 18. tit. 5. lib. 1. N. R.) se manda que se imponga y exija un quince por ciento sobre todos los bienes con que se funden capellanías eclesiásticas ó laicales, perpetuas ó

amovibles á voluntad, con destino á la extinción de los vales reales. Poco tiempo despues consultó el intendente de Jaen sobre si estaban ó no sujetos á dicho pago los bienes empleados en fundación de patrimonios eclesiásticos temporales, y la real cámara resolvió en 16 de marzo de 1796, que por ahora no se exigiera el citado quince por ciento de los bienes á que hace relación la consulta.

á la proximidad de parentesco con el fundador, y no con el último poseedor, pues en ellas no sucede por representación como en la sucesión regular de los mayorazgos y patronatos. Así muerto el capellan, aunque pida la posesión un hermano suyo, no se le debe dar, sino fijarse edictos llamando á los parientes del fundador para adjudicársela al que tuviere mejor derecho, atendiendo á la mayor proximidad de parentesco con el que hizo la fundación, y á la edad y demás circunstancias que esta pidiere.

CAPITULO IX.

De las disposiciones novísimas acerca de las materias de este título.

- | | |
|---|---|
| 1* Supresión de las vinculaciones, prohibición de fundarlas en lo de adelante, libertad de los bienes de las que existian, y fecha desde que deben comenzar á regir estas disposiciones.* | 5* Lo dicho no tiene lugar en las vinculaciones sobre que haya juicio pendiente en cualquier punto que ponga en duda el derecho del poseedor.* |
| 2* Los poseedores solo pueden disponer de la mitad de los bienes, reservando la otra para su inmediato sucesor, y partiendo tambien los gravámenes.* | 6* La supresión de los mayorazgos y libertad de sus bienes no perjudican á las pensiones, alimentos y consignaciones con que estuvieren gravados de cualquier modo, y deberán pagarse á prorata de las dos mitades. |
| 3* Requisitos para hacer válidamente la división y enagenación de los bienes vinculados.* | 7* Las preeminencias y prerogativas de honor de los mayorazgos suprimidos, siguen el órden de sucesión prescrito en las fundaciones.* |
| 4* Cómo se han de entender las disposiciones anteriores en los fideicomisos familiares y mayorazgos | |

Escrituras correspondientes á este título.

Fundación de capellanía colativa.	Fundación de memoria para casar huérfanos.
Fundación de escuela de primeras letras.	

1.* **H**abiendo tratado hasta aquí de las disposiciones de las leyes antiguas sobre vinculaciones, con arreglo á las cuales, como ya queda indicado, deberán aun hoy decidirse los pleitos que acerca de ellas se suscitaren sobre tenuta, administración, posesión, propiedad, incompatibilidad, incapacidad de poseer, nulidad de su fundación &c.,¹ pasamos á referir las de las modernas. Las Cortes de España en el art. 1.º de su ley de 27 de septiembre de 1820 suprimieron y declararon absolutamente libres todos los mayorazgos, fideicomisos, patronatos, y toda especie de vinculaciones de bienes.

¹ Art. 9 del decreto de 7 de agosto de 1823.

podrá ordenarse con ellas por faltar la perpetuidad al título, y no ofrecer seguridad en la congrua. En este caso no obstará para dicho efecto la institucion que el capellan recibe, pues este requisito no muda su naturaleza. Sin embargo puede el patrono renunciar aquel derecho por una vez, y previo consentimiento del obispo, servirá de título para que el capellan se ordene.¹

9 El sumo pontífice Inocencio XII en su Bula *Apostolici ministerii* de 13 de mayo de 1723, manda que á ninguno que tenga beneficio ó capellanía cuya renta anual no llegue á la tercera parte de la congrua, se confiera la prima tonsura con motivo de adquirir derecho al beneficio ó capellanía; que los patronos, así eclesiásticos como seculares, puedan hacer nombramiento de ellos, no como beneficios eclesiásticos, sino como de legados pios; y que los nombrados á su goce, aunque no esten tonsurados, los posean como tales legados con la obligacion de cumplir todas las cargas impuestas por los fundadores. Y por el párrafo 13 de la carta encíclica ó circular de la cámara, su fecha 12 de junio de 1769, dirigida á los señores obispos de estos dominios, se les encarga que supriman ó extingan dichos beneficios y capellanías, convirtiendo estas en legados pios en la forma prescrita por el párrafo 8 de la citada Bula. Lo que tendrá presente el escribano, y prevendrá á los fundadores, á fin de que las doten bien, y no las funden incongruas, para que los capellanes se ordenen con ellas; pues importa muy poco ó nada el que quieran erigirlas colativas, y que las den este título, si por el espíritu y naturaleza de la fundacion y sus cláusulas, ó por la insuficiencia y tenuidad de sus rentas, desdican del verdadero concepto de tales; y así se debe atender á la esencia y naturaleza de las cosas, no á las palabras con que se explican, porque estas no las constituyen²; y además si tienen poca renta y muchas cargas, reduce estas el ordinario á instancia de los capellanes, y mas vale que el fundador imponga pocas (pues la misa es de infinito precio), que dar lugar á que otro interprete á su arbitrio su voluntad por su consideracion al tiempo de la fundacion, ó que tal vez se frustre de todo punto su cumplimiento (*).

10 Cuando en la fundacion de las capellanías colativas no hay cláusula alguna que determine el modo de suceder, se debe atender

1 *Garc. De benef. part. 1. cap. 2. n. 81 y 7. cap. 1. n. 102.*

2 *Castill. De aliment. cap. 7. n. 14. Barb. De jur. Eccles. lib. 3. cap. 4. n. 30.*

(*) Por disposicion del Sr. Carlos IV, fecha en 1795 (ley 18. tit. 5. lib. 1. N. R.) se manda que se imponga y exija un quince por ciento sobre todos los bienes con que se funden capellanías eclesiásticas ó laicales, perpetuas ó

amovibles á voluntad, con destino á la extincion de los vales reales. Poco tiempo despues consultó el intendente de Jaen sobre si estaban ó no sujetos á dicho pago los bienes empleados en fundacion de patrimonios eclesiásticos temporales, y la real cámara resolvió en 16 de marzo de 1796, que por ahora no se exigiera el citado quince por ciento de los bienes á que hace relacion la consulta.

á la proximidad de parentesco con el fundador, y no con el último poseedor, pues en ellas no sucede por representacion como en la sucesion regular de los mayorazgos y patronatos. Así muerto el capellan, aunque pida la posesion un hermano suyo, no se le debe dar, sino fijarse edictos llamando á los parientes del fundador para adjudicársela al que tuviere mejor derecho, atendiendo á la mayor proximidad de parentesco con el que hizo la fundacion, y á la edad y demas circunstancias que esta pidiere.

CAPITULO IX.

De las disposiciones novísimas acerca de las materias de este título.

- | | |
|---|---|
| 1* Supresion de las vinculaciones, prohibicion de fundarlas en lo de adelante, libertad de los bienes de las que existian, y fecha desde que deben comenzar á regir estas disposiciones.* | 5* Lo dicho no tiene lugar en las vinculaciones sobre que haya juicio pendiente en cualquier punto que ponga en duda el derecho del poseedor.* |
| 2* Los poseedores solo pueden disponer de la mitad de los bienes, reservando la otra para su inmediato sucesor, y partiendo tambien los gravámenes.* | 6* La supresion de los mayorazgos y libertad de sus bienes no perjudican á las pensiones, alimentos y consignaciones con que estuvieren gravados de cualquier modo, y deberán pagarse á prorata de las dos mitades. |
| 3* Requisitos para hacer válidamente la division y enagenacion de los bienes vinculados.* | 7* Las preeminencias y prerogativas de honor de los mayorazgos suprimidos, siguen el órden de sucesion prescrito en las fundaciones.* |
| 4* Cómo se han de entender las disposiciones anteriores en los fideicomisos familiares y mayorazgos | |

Escrituras correspondientes á este título.

Fundacion de capellanía colativa.	Fundacion de memoria para casar huérfanos.
Fundacion de escuela de primeras letras.	

1.* **H**abiendo tratado hasta aquí de las disposiciones de las leyes antiguas sobre vinculaciones, con arreglo á las cuales, como ya queda indicado, deberán aun hoy decidirse los pleitos que acerca de ellas se suscitaren sobre tenuta, administracion, posesion, propiedad, incompatibilidad, incapacidad de poseer, nulidad de su fundacion &c.,¹ pasamos á referir las de las modernas. Las Cortes de España en el art. 1.º de su ley de 27 de septiembre de 1820 suprimieron y declararon absolutamente libres todos los mayorazgos, fideicomisos, patronatos, y toda especie de vinculaciones de bienes.

¹ Art. 9 del decreto de 7 de agosto de 1823.

de cualquiera clase; y en el 4.º mandaron que en lo sucesivo nadie pudiese fundar mayorazgos, fideicomisos, patronatos, capellanías, obras pias, ni vinculacion alguna sobre ninguna clase de bienes ó derechos, ni prohibir directa ni indirectamente su enagenacion; extendiéndose la prohibicion á vincular acciones sobre bancos ú otros fondos extranjeros. Esta ley no se publicó en Méjico; pero sin embargo el decreto de 7 de agosto de 1823 declaró en sus tres primeros artículos que las vinculaciones habian cesado desde dicha fecha, en virtud de la citada ley, prohibiendo que pudiesen hacerse en lo sucesivo; que estaban y habian estado desde entonces en clase de libres los mayorazgos, cacicazgos, fideicomisos, patronatos ó capellanías laicas, y toda especie de vinculaciones de cualquiera clase de bienes; y que los poseedores podian y habian podido disponer libremente de la mitad de los bienes para que aquella ley los facultaba; derogándola expresamente en cuanto á la prohibicion de fundar capellanías eclesíásticas, obras pias y adquisicion de manos muertas, de que hablan en principio del art. 14, 15 y 16, y dejando sobre esto vigentes las antiguas leyes relativas á la adquisicion de manos muertas y amortizacion*.

2.* Dichas leyes á la vez concedieron á los que al tiempo de su publicacion poseian mayorazgos ú otras de las vinculaciones prohibidas, facultad de disponer libremente de la mitad de los bienes, reservando (a) la otra al que debiese suceder inmediatamente en el mayorazgo, con la misma facultad de disponer libremente de ella¹, y declarándola libre de toda responsabilidad por las deudas contraídas ó que contrajese el que era poseedor². Los créditos con que estuviesen gravados en general todos los bienes de la vinculacion, y las cargas así perpetuas como temporales que reportasen, se han de dividir por mitad entre los bienes de que puede disponer el poseedor actual, y los que se reservan al inmediato sucesor, de manera que este no quede perjudicado; pues si algunos bienes ó fincas particulares reportan censos ó gravámenes con hipoteca especial, y estos se comprenden en la parte reservada para dicho sucesor inmediato, deberá el actual poseedor redimirle ó indemnizarle de ese gravamen con parte de los bienes que quedan á su disposicion³.

3.* Para que pueda llevar á efecto el poseedor actual la facultad de enagenar ó distribuir el todo ó parte de su mitad de bienes vinculados, se hará formar inventario, tasacion ó division de todos ellos con rigurosa igualdad é intervencion del inmediato sucesor; y si

(a) En el Estado de Méjico se han expedido últimamente dos leyes dignas de mencionarse aquí; una facultando á los poseedores actuales de mayorazgos para disponer del total de ellos, y otra prohibiendo en

los testamentos la mejora del tercio.—E.
1 Arts. 2 de la ley de 27 de septiembre y 3 de la de 7 de agosto.
2 Arts. 2. cit. y 4 de la ley de 7 de agosto.
3 Art. 5 de la misma.

este fuere desconocido, menor (a), ó se hallare bajo la patria potestad del poseedor actual, intervendrá en su nombre el procurador síndico del pueblo donde resida el poseedor, sin exigir por esto derechos ni emolumentos algunos¹. Cuando el poseedor actual quiera disponer del total de sus vinculaciones mediante no tener sucesor conocido dentro del cuarto ó quinto grado, ó en los términos que prevenga la fundacion, podrá suplir la dificultad que presenta la prueba negativa de no tener sucesores legítimos por medio de una informacion de testigos que aseguren quedar dichos bienes por su muerte en la clase de vacantes ó mostrencos; fijándose edictos por el término de dos años, de ocho en ocho meses, tanto en el pueblo de dicho poseedor, como en los lugares donde se hallen sitios los bienes amayorazgados, y en la capital, con el fin de que se publiquen en el periódico oficial y otros papeles públicos, que el juez de primera instancia ante quien debe seguirse esta causa, gradúe por convenientes, citándose y emplazándose á los que se juzguen con derecho á suceder, para que comparezcan por sí ó por sus apoderados dentro del citado término; con apercibimiento de que pasado este, se procederá á la declaracion de ser libres los referidos bienes, y que el actual poseedor puede disponer de ellos como mejor fuere su voluntad, segun se ha practicado y practica en las causas de mostrencos, vacantes y abintestatos². Asimismo el poseedor actual de bienes que estuvieren vinculados, podrá enagenar los que equivalgan á la mitad ó ménos de su valor sin previa tasacion de todos ellos, obteniendo el consentimiento del siguiente llamado en orden. Prestado el consentimiento por el inmediato, no tendrá accion alguna cualquiera otro que pueda sucederle legalmente, para reclamar lo hecho y ejecutado por virtud del convenio de su predecesor. Si el inmediato fuere desconocido, ó se hallare bajo la patria potestad del poseedor actual, deberá prestar su consentimiento el síndico procurador del lugar donde resida el poseedor, en los términos explicados; cuyo consentimiento prestarán igualmente por sus pupilos y menores los tutores ó curadores, quienes para el valor de este acto, y salvar su responsabilidad, cumplirán con las formalidades prescritas por las leyes generales cuando se trata de un negocio de huérfanos ó meno-

(a) Nótese que en el decreto de 27 de septiembre no se encuentra provenida la intervencion del síndico cuando un menor sea el inmediato sucesor, en cuyo caso parece debe ser representado este por su tutor ó curador, conforme á los principios generales del derecho, y segun se colige de la orden de 19 de julio de 1821, de que adelante haremos mencion. Creemos por lo mismo, que el decreto de 7 de agosto no deroga esas disposiciones, y que la

intervencion del síndico no la exige siempre que sea menor el sucesor inmediato, sino tan solo cuando á la vez su tutor ó curador sea el actual poseedor, como sucede en el caso de que aquel se halle bajo la patria potestad de este.—E.

1 Art. 3 del decreto de 27 de septiembre y 6 del de 7 de agosto.
2 Orden de 15 de mayo de 1821.

res. En el caso de que se opongán á la venta el siguiente llamado en orden, ó los tutores ó síndicos, tratándose de la enagenacion íntegra de la mitad de los bienes, se cumplirá con la tasacion íntegra prevenida por la ley; pero si solo se pretendiere vender una ó mas fincas, cuyo valor no alcance á la mitad, y hubiere igualmente oposicion, podrá el poseedor ocurrir á la autoridad local, y comprobado que en el valor de otra ú otras queda mas de la mitad que le es permitido enagenar, se autorice la venta por el juez, y se proceda desde luego á ella¹. Faltando los requisitos expresados en sus respectivos casos, serán nulos los contratos de enagenacion que se celebren².

4. *En los fideicomisos familiares cuyas rentas se distribuyan entre los parientes del fundador, aunque sean de líneas diferentes, se hará desde luego la tasacion y repartimiento de los bienes del fideicomiso entre los actuales perceptores de las rentas, á proporcion de lo que perciban y con intervencion de todos ellos; y cada uno en la parte de bienes que le toque, podrá disponer libremente de la mitad, reservándose la otra al sucesor inmediato para que haga lo mismo, arreglándose en la division á lo que queda prescrito. En los mayorazgos electivos, fideicomisos, patronatos ó capellanías laicas que siguen en todo la naturaleza de los primeros, cuando la eleccion sea absolutamente libre, pueden los poseedores actuales disponer desde luego como dueños del todo de los bienes; pero si la eleccion debiese recaer precisamente entre personas de una familia ó comunidad determinada, dispondrán los poseedores de solo la mitad, y reservarán la otra para que haga lo propio el sucesor que sea elegido, haciéndose la tasacion y division con los requisitos ya expresados³.

5. *Lo dicho anteriormente no se entienda con respecto á los bienes que fueron vinculados, acerca de los cuales pendiesen juicios de incorporacion ó reversion á la nacion, tenuta, administracion, posesion, propiedad, incompatibilidad, incapacidad de poseer, nulidad de la fundacion ó cualquiera otro que pusiese en duda el derecho de los poseedores actuales; en cuyo caso ni ellos ni sus sucesores podian disponer de los bienes hasta que en última instancia se determinasen á su favor en propiedad los juicios pendientes. Advirtiendo que las disposiciones precedentes no perjudican á las demandas de incorporacion ó reversion que en lo sucesivo pudieren instaurarse, aunque los bienes que fueron vinculados hayan pasado como libres á otros dueños⁴.

1 Orden de 19 de julio de 1821.

2 Arts. 3 del decreto de 27 de septiembre, y 6 del de 7 de agosto.

3 Arts. 4 y 5 del decreto de 27 de septiem-

bra, y 7 y 8 del de 7 de agosto.

4 Arts. 8 y 9 del decreto de 27, y 9 y 10 del de 7.

6.* Entiéndese del mismo modo que lo que queda explicado es sin perjuicio de los alimentos ó pensiones que los poseedores actuales deben pagar á sus madres viudas, hermano, sucesor inmediato ú otras personas, con arreglo á las fundaciones, ó convenios particulares ó á determinaciones en justicia. Los bienes que fueron vinculados, aunque pasen como libres á otros dueños, quedan sujetos al pago de estos alimentos ó pensiones, mientras vivan los que en el dia las perciban, ó mientras conserven el derecho de percibirlos, si este fuese temporal; excepto si los alimentistas son sucesores inmediatos, en cuyo caso dejarán de disfrutarlos luego que mueran los poseedores actuales. Despues cesarán las obligaciones que existan ahora de pagar tales pensiones ó alimentos; pero se advierte que si los poseedores actuales no invierten en los expresados alimentos ó pensiones la cuarta parte líquida de las rentas del mayorazgo, estan obligados á contribuir con lo que quepa en la misma cuarta parte (a) del valor de los bienes de que puedan disponer para dotar á sus hermanas, y auxiliar á su madre (b) y hermanos que carezcan de arbitrios, con proporcion á su número y necesidades; é igual obligacion tienen los sucesores inmediatos por lo respectivo á la parte de bienes que se les reserva. La parte de renta de las vinculaciones que los poseedores actuales tengan consignadas legítimamente á sus mugeres para cuando queden viudas, se pagará á estas mientras deban percibirla segun la estipulacion, satisfaciéndose la mitad á costa de los bienes libres que deje su marido, y la otra por la que se reserva al sucesor inmediato. Si los poseedores actuales no tuviesen consignada cantidad alguna á sus mugeres para cuando queden viudas, careciendo estas de bienes propios con que mantenerse en este estado, deberán percibir durante su vida la quinta parte de las rentas líquidas del mayorazgo que se les pagará en los términos explicados ántes¹.

7.* Las prerogativas de honor y cualesquiera otras preeminencias de esta clase que los poseedores actuales de vinculaciones disfruten como anexas á ellas, subsistirán en el mismo pié, y seguirán el orden de sucesion prescrito en las concesiones, escrituras de fundacion ú otros documentos de su procedencia. Lo mismo debe entenderse con respecto á los derechos de presentar para beneficios eclesiásticos ó para otros destinos².

(a) El decreto de 27 de septiembre señalaba la sexta parte.

(b) Dicho decreto no hacia mencion de la madre, solo de los hermanos y hermanas.

1 Arts. 10 y 11 del decreto de 27 de septiembre, y 11 y 12 del de 7 de agosto.

2 Arts. 13 de ambos decretos.

En el nombre de Dios Todopoderoso. Amen. Yo Don N., vecino de esta villa, digo: que por cuanto la divina clemencia me ha colmado de bienes temporales, y carezco de herederos legítimos que los hereden; por tanto, correspondiendo en algun modo á tan grandes favores, y deseando que las ánimas del purgatorio, y en especial las de mis parientes, amigos y bienhechores gocen de algun alivio, y logren cuanto ántes la vision beatífica, único fin para que todos fuimos criados, y que al mismo tiempo los vecinos de esta villa tengan una misa mas los dias de precepto para encomendarse á Dios y ocuparse en rendirle holocaustos, y sus hijos que se inclinen al estado sacerdotal puedan conseguirlo, y vivir con la decencia á él correspondiente, he deliberado fundar capellanía colativa á título de la cual se ordenen; y para que tenga efecto, en la mejor via y forma que haya lugar en derecho, cerciorado del que me compete: otorgo que instituyo, erijo y fundo la referida capellanía colativa en la iglesia parroquial de esta villa y altar de S. Antonio de Padua, para cuya dotacion aplico y consigno los bienes siguientes.

Aquí se expresarán los bienes por menor con sus linderos, cabida, sitio, valor y demas señales por donde sean conocidos, con relacion clara y específica de sus títulos: y proseguirá la escritura.

Importa el valor de los bienes expresados tantos mil pesos, y su renta anual tantos, los cuales declaro me pertenecen en posesion y propiedad, y que estan libres de todo gravámen; y de ellos sin quedar obligado á evicción, ni mis herederos ni sucesores en tiempo alguno, instituyo la citada capellanía con las siguientes condiciones.

Los mencionados bienes jamas se puedan vender, trocar, donar ni enagenar, ni tampoco separar, dividir, ni gravar total ni parcialmente, aunque para ello intervenga autoridad pontificia, ocurra la causa mas grave y urgente, y sea para mayor incremento de esta capellanía; porque lo prohibo expresamente, y quiero y mando que esten siempre unidos, incorporados y libres de todo gravámen, y sean inenagenables, indivisibles é imprescriptibles, y asimismo que no se arrienden por mas tiempo que el de tres años fructíferos, segun lo dispuesto por derecho canónico.

Los capellanes han de tener bien labrados, cuidados y reparados de todo lo necesario los bienes de esta capellanía á costa de su renta, de suerte que vayan siempre en aumento y no en disminucion, y no lo haciendo, pueda apremiarles á ello el visitador eclesiástico de esta diócesis, y si amonestándoles no lo cumplieren, nombrar

persona que á sus expensas lo eecute, y embargarles la renta; previniendo que aunque se consuma la de un año ó mas en su beneficio y reparo, no por eso han de minorar ni reducir sus cargas en él ni en otra alguna, porque con lo que producen tienen para vivir con decencia y cuidar de su conservacion y aumento, y por lo mismo prohibo su reduccion; y encargo la conciencia al juez eclesiástico á quien se pidiere.

Han de celebrar por sí propios en dicho altar todos los dias de fiesta del año (incluso el del titular de esta villa) misa rezada con su responso á las doce en punto de cada uno, y aplicarla por mi alma, las de mis parientes, amigos y bienhechores y demas del purgatorio; y para que acudan y puedan llegar á ella los que no la hubieren oido, se han de tocar tres veces las campanas, y la última un cuarto de hora ántes de las doce. Si estuvieren enfermos, les concedo facultad para que elijan otro que las celebre por ellos, dándoles precisamente tanto de limosna por cada una, y no ménos; pero con ningun pretexto ni motivo lo han de poder nombrar, aunque esten ocupados en servicio del señor obispo de esta diócesis ó de su iglesia, ú ocurra otro grave, y para ello obtengan licencia de su Santidad, porque lo prohibo expresamente, y quiero y mando que residan en esta villa, y celebren por sí todas las misas, no estando enfermos; y si no obstante la obtuvieren, pierdan enteramente la renta desde el dia en que estuvieren ausentes de esta villa hasta el en que volvieren á celebrar por sí mismos exclusive, y la lleve el que por ellos cumpliere, á quien doy amplio poder para su percibo; previniendo que esta prohibicion de ausencia no se extiende á las semanas en que no haya dia de fiesta, pues les permito que puedan estar ausentes toda la semana con tal que no falten el dia de fiesta para celebrar la misa.

Por las tardes de todos los referidos dias, han de enseñar la doctrina cristiana en la iglesia parroquial de esta villa á los muchachos y adultos de ambos sexos que quisieren ir á aprenderla, y ocuparse en esta cristiana diligencia dos horas completas, y despues rezar el rosario á coros con todos, y la letanía y salve cantadas, teniendo á su costa dos velas encendidas en el altar de la Virgen, sin que á elio puedan excusarse; y no haciéndolo pierdan la mitad de la renta de aquel dia, la que deberán entregar al cura párroco, y este distribuirla entre los mas necesitados de su parroquia: y lo mismo ha de practicar el que celebrare la misa durante su ausencia y ocupacion, bajo de la propia pena, al cual en este caso ha de nombrar el cura párroco, y le encargo sea de los mas pobres y virtuosos; pero si los capellanes estuvieren enfermos, los relevo de esta obligacion, y al que elijan para que por ellos celebre las misas.

Los que se ordenaren á título de esta capellanía han de celebrar misa á los veinte y seis años cumplidos de su edad á lo ménos, y si entónces no estuvieren capaces ó tuvieren otros impedimentos que no sea enfermedad, la pierdan, y no se les pueda prorogar este término, y por el mismo hecho sin practicar mas diligencia ni monición, pasen los patronos á nombrar otro, y este sea el capellan legítimo; y el anterior no sea oído en juicio si pretendiere su conservacion, pues los excluyo para siempre de su obtencion; y para que si estan ordenados *in sacris* no pretexten que no se les puede quitar ni remover, prohibo que se ordenen ántes de los veinte y cinco años, y quiero que en el restante reciban precisamente las órdenes de diácono, sabdiácono y presbítero.

Los capellanes que obtuvieren esta capellanía han de ser precisamente confesores, y no estando capaces para ello á los veinte y cuatro años de su edad, no se ordenen á título de ella, pues los excluyo de su obtencion, y quiero que pase inmediatamente al que elijan los patronos; á cuyo fin, para que su eleccion sea hecha con madurez y justificacion, harán se les requiera judicialmente, exhiban la aprobacion del ordinario, y no exhibiéndola, hagan el nombramiento en otro: ordenados que sean á título de ella los presbíteros, tengan obligacion de asistir al confesonario todos los días de fiesta, y especialmente los de la Virgen, San José y demas en que los vecinos de esta villa acostumbran confesar y comulgar, y no lo haciendo, puedan ser corregidos por su prelado á instancia del cura párroco; pero ántes de delatarlos debe amonestarles tres veces que cumplan esta condicion.

Para la obtencion de esta capellanía nombro por primer capellan á Fulano mi sobrino, hijo de Fulano, y por su fallecimiento á Fulano, tambien mi sobrino; y si ambos fallecieren ó no quisieren seguir el estado sacerdotal, me reservo el nombrar á los que me parezca durante mi vida; y despues de todos llamo á mis parientes pobres y virtuosos, sin predileccion alguna de líneas ni grados, de modo que justificando serlo, queda al arbitrio de los patronos nombrar al que mas pobre y virtuoso les parezca, para evitar de esta suerte pleitos y discordias, sobre lo que les encargo la conciencia; y no habiéndolos en esta villa ó fuera de ella, ó no inclinándose al sacerdocio, puedan gozarla los hijos de los vecinos de esta villa, cuyos padres y abuelos paternos y maternos no hayan cometido crimen de lesa magestad divina ó humana, ni otro de los expresados, ni incurrido en infamia, ni tampoco descíendan de judíos, moros, hereges, nuevamente convertidos, ni penitenciados; y siendo limpios de lo referido, puedan los patronos elegirlos por capellanes mirando igualmente su pobreza y virtud: y para que no se dude cuál

debe llamarse pobre en este caso, mando que se estime y tenga por tal el que no tuviere de renta patrimonial ó eclesiástica segura cien pesos libres, sin incluir la limosna de la misa y demas cargas anuales, pues estas deben excluirse para el cómputo. Y porque puede suceder que en algunas vacantes pretendan esta capellanía dos ó mas parientes míos, para que los patronos no tengan escrúpulo en su provision, mando que si son iguales en pobreza y virtud, la confieran al mayor en edad; pero si no es tan pobre y virtuoso como el menor sea este preferido, y lo mismo observarán con los llamados á falta de parientes. Y si sucediere que al tiempo de la vacante no comparezcan mis parientes, y por esta razon se proveyese en extraño, quiero que en este caso, si el extraño no estuviere ordenado *in sacris* á título de ella, la lleve el pariente; pero estándolo, no se le pueda quitar, aunque alegue que no llegó á su noticia la vacante, pues le excluyo por aquella vez de su obtencion: y para que mis parientes sepan la vacante de esta capellanía, y disfruten el beneficio de su goce con preferencia á los extraños, mando que luego que fallezcan los poseedores, hagan los patronos fijar edictos en esta villa y en *tal y tal*, en donde tengo mi familia, y que hasta que pasen los tres meses siguientes á los días de su fijacion no la provean, pues les prorrogo el término legal.

Habiendo en esta villa estudiantes, hijos de padres pobres honrados, no pueda conferirse esta capellanía á presbítero, excepto que sea mi pariente, y no haya estudiantes que lo sean, pues mi ánimo es preferir mis parientes estudiantes á los presbíteros, aunque tambien lo sean, y estos á los extraños; que con la esperanza de obtenerla se dediquen á la virtud y apliquen al estudio, y que con el residuo de su renta lo prosigan y se habiliten hasta que cumplan los veinte y cuatro años; y si aunque al tiempo de la vacante no haya estudiantes parientes míos, los hubiere despues que el presbítero, ya sea ó no mi pariente, la poseyere, mando que este la deje, y la confieran los patronos al estudiante mi pariente mas pobre y virtuoso que hubiere entre los pretendientes; pero los extraños nunca sean preferidos á mis parientes, aun en el caso de que estos sean presbíteros y aquellos no. Y si no hubiere estudiantes parientes ni extraños, elegirán los patronos por capellan cumplidor interino hasta que los haya capaces de ordenarse de prima tonsura á título de ella, al sacerdote mas pobre y virtuoso, el cual ha de ser precisamente confesor, y percibir íntegramente su renta, y despues que haya estudiante ordenado, continuar cumpliendo sus cargas, mientras este no sea presbítero, y percibir únicamente en este caso la renta á ellas correspondiente, y no mas ni ménos, y el sobrante sirva al capellan para que prosiga sus estudios: y para que se tenga por estudiante

baste que esté estudiando con cualquier maestro de latinidad, aunque no vaya á universidad, ni en ella se matricule.

Esta capellanía se ha de entablar entre las de dicha iglesia parroquial, para que el ordinario eclesiástico la visite, y compela al capellan al cumplimiento de sus cargas y conservacion de sus bienes, el cual ha de pagar los derechos de visita y subsidio, y los que por la sinodal de este obispado estan señalados y señalaren á la fábrica y sacristan por suministrar los ornamentos, cera, oblata, asistencia de este á su celebracion y demas que sean de su cargo; y no estando señalados, mando que los consigne el señor visitador que primero la visite, y que despues no se aumenten ni minore; y asimismo que los títulos de sus fincas y una copia de esta fundacion se archiven en el ayuntamiento de esta villa, y no se saquen de él sin intervencion de los patronos, sino para cosa indispensable, volviéndose luego á él, ni paren en poder de estos ni del capellan con ningun pretexto.

Para hacer los nombramientos de capellanías elijo por patronos á los alcaldes y regidores constitucionales que por tiempo fueren de esta villa, y si al de la vacante no hubiere mas que un alcalde y un regidor puedan estos hacerlo; y les confiero amplio poder y facultad para que en todas las vacantes que sucedan, los ejecuten sin otro respeto ni atencion mas que al cumplimiento de mi voluntad, ni cometan simonía, pues si esta se verificare, los privo y excluyo de volver á nombrar por aquella vez, y al capellan de obtener la capellanía, aunque esté hecha la colacion, y quiero que pase al que nombre el ordinario con arreglo á esta fundacion, y que los patronos en pena de la simonía restituyan las propinas que hubieren percibido, y las entreguen al párroco de la referida iglesia para que las distribuya entre los demas pobres de su parroquia, y no habiéndolas percibido, no puedan pretenderlas, ni el capellan que elija el ordinario esté obligado á dárselas. Y para que con mas acierto y conocimientos los hagan, se han de juntar los patronos en casa del alcalde mayor en edad, y enterarse por menor de esta fundacion, la que les leerá el escribano de ayuntamiento, ante quien ha de pasar, y los edictos con todo lo demas que ocurra, y por el trabajo de esta eleccion ha de dar el capellan tantos reales, por una vez, á cada patrono, y tantos al escribano; y no mas; y si estuvieren discordes sea tercero el párroco, á quien deberán entregar tanta parte de propina como cada uno lleve; de modo que las que habian de percibir los cuatro, se repartan igualmente entre los cinco, sin que el capellan sea por esto mas gravado, ni el escribano perjudicado en la suya, observando lo mismo en caso que no haya mas que un alcalde y un regidor; y tambien confiero amplio poder y facultad á

los capellanes para que con el nombramiento de los patronos, y á mis dos sobrinos y demas que elija, con este, obtengan y gocen esta capellanía, se ordenen á título de ella, y cumplan sus cargas, á cuyo fin desde ahora les hago gracia y donacion pura, perfecta é irrevocable en sanidad con las firmezas y requisitos legales de los bienes con que queda dotada; me desapodero, quito y aparto del derecho que á allos me toca, y lo cedo, renuncio y traspaso en ellos con las acciones reales, personales, útiles, mixtas, directas y ejecutivas. Asimismo se lo confiero para que tomen la real tenencia y posesion que por virtud de esta fundacion y respectivos nombramientos les correspondan, y por posesion real, otorgo á su favor esta escritura, y pido al presente escribano que de ella saque dos copias autorizadas, una para los capellanes que entregará al primer llamado, y todos deberán conservar, y otra para archivarla con los títulos de propiedad de los mencionados bienes que estoy pronto á entregar, con la cual sin otro acto de aprension ni aceptacion ha de ser visto haberla tomado y trasferidoselas, y en el interin me constituyo su inquilino y precario poseedor; y quiero y consiento que desde hoy se erijan y conviertan, como los doy por convertidos, en eclesiásticos, y suplico al ilustrisimo señor obispo de esta diócesi, su provisor y vicario general, y á sus sucesores hayan y tengan por erigida y fundada con las estabilidades y solemnidades necesarias esta capellanía, supliendo, como doy por suplido, cualquier sustancial defecto que contenga, y á los prenotados capellanes por legítimos; y en su consecuencia que les hagan la colacion y canónica institucion que se requiere, aprobando ó confirmando esta fundacion, é interponiendo á ella su autoridad y judicial decreto en forma; y me obligo á no revocarla con pretexto alguno, y si lo hiciere, sea nulo y visto haberla aprobado y ratificado. Y declaro, y siendo necesario juro en solemne forma, que no necesito los bienes de su dotacion, y que me quedan los suficientes para mantenerme con decencia segun mi calidad y esfera; pero no quedo obligado á eviccion. Y al cumplimiento de todo lo expuesto obligo mis bienes &c. *(Aquí se pondrán las cláusulas generales, y si se quiere, la aceptacion del primer capellan, y la toma de razon en la oficina de hipotecas.)*

NOMBRAMIENTO DE CAPELLAN.

En tal parte, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, D. N., vecino de ella, poseedor del mayorazgo que erigió N., y como tal patrono único de la capellanía colativa que instituyó en la parroquial de Santa Maria de tal lugar, dijo: que la referida capellanía está vacante por fallecimiento de D. N., su último poseedor, que acaeció en tantos de este mes: y para que haya persona que cum-

pla sus cargas, usando de las facultades que el fundador le confirió, en la via y forma que mejor lugar haya en derecho—Elige y nombra por capellan de la mencionada capellanía á D. N., natural del mismo lugar, presbítero benemérito, en quien concurren todas las circunstancias apetecidas por el fundador; y le confiere poder irrevocable, con libre, franca y general administracion para que la obtenga y goce, cumpla sus cargas desde el dia siguiente al de la vacante, y comparezca ante el ilustrísimo señor obispo de esta diócesis ó su vicario general, pretendiendo le haga la colacion y canónica institucion, mande dar la posesion real, actual, corporal, vel cuasi, en forma de ella con recudimiento de frutos, y obligacion á cumplir las cargas á que estan afectos sus bienes desde el citado dia, pues el otorgante se lo pide y suplica: la da por tomadã en nombre del fundador con la solemnidad legal: jura por Dios nuestro Señor y una señal de cruz, en forma de derecho, que para hacer este nombramiento y presentacion no ha intervenido, interviene, ni intervendrá directa ni indirectamente dolo, dádiva ni otra especie de simonia ni pacto ilícito reprobado por los cánones y disposiciones pontificias: y se obliga á no revocarlo ni variarlo, á ménos que el señor provisor no quiera hacer la colacion al nombrado por justas y legítimas causas que tenga y el otorgante ignora, pues en este caso se reserva la facultad de nombrar, luego que se las haga saber, al que sea digno, y en el interin protesta no le corra término, ni sea perjudicado en el derecho de presentar, mediante no constarle que en el nombrado haya defectos para no ser admitido á la obtencion de esta capellanía. Y á haber por firme este nombramiento en los términos propuestos, obliga sus bienes muebles, raices, derechos y acciones presentes y futuros &c.

Nota. Si el nombramiento se hiciere á favor de algun lego para que se ordene á título de la capellanía, se expresará en él, y el patrono suplicará al ordinario diocesano que le ordene; y si la fundacion le prefiniere término, se mencionará en el nombramiento, previniendo que si en él no estuviere ordenado *in sacris*, procederá el patrono á elegir otro con arreglo á la fundacion. En las presentaciones de beneficios, prebendas y otras dignidades eclesiásticas se requiere la misma forma que en las de capellanías colativas, alterando lo que sea del caso. Se previene que si el fundador deja á la capellanía algun capital de censo redimible, se ha de poner en la escritura de su institucion: *que cuando se redima no entre en poder del capellan ni patrono, sino que se deposite por la justicia á quien competa su conocimiento, y con su intervencion y la de aquellos, se vuelva á imponer ó emplear en fincas seguras.*

FUNDACION DE ESCUELAS DE PRIMERAS LETRAS.

Don Juan de tal, natural de tal parte, y vecino de esta villa de

tal, digo: que por cuanto en el expresado lugar de mi naturaleza, y en estos contiguos á su término, como aldeas pobres, no hay escuela de primeras letras; por cuya razon los hijos de sus vecinos se crian y viven sumergidos en la ignorancia, y no pueden ser útiles á Dios á la república, á sus parientes ni aun á sí propios: por tanto, para evitar cuanto está de mi parte los daños que padecen, y manifestar de algun modo mi gratitud á este pueblo, he determinado fundar una escuela, á cuyo efecto construí una casa de cal y canto, firme y muy capaz, en el citado lugar con una huerta que la agregué y cerqué, que ha de disfrutar y habitar el maestro que fuere de ella; y para que tenga efecto, en la via y forma que mas haya lugar en derecho, erijo, fundo y constituyo para despues de mi fallecimiento una escuela perpetua de primeras letras en el mencionado lugar de tal con las condiciones y dotacion siguiente.

El que hubiere de regentar la mencionada escuela ha de tener precisamente título de maestro de la autoridad competente; cuyo título, sin otro documento alguno, baste para ser admitido al uso y ejercicio de su ministerio por los patronos que elegiré, respecto deber hacer constar su idoneidad y suficiencia á estos para su admision.

Ha de admitir en su escuela á todos los niños y adultos, así del referido lugar como de sus inmediaciones, y de otras partes que vayan á ella, sin excusa alguna, y enseñarles con amor y perfeccion la doctrina cristiana, y á leer, escribir y contar, y el ayudar á misa; y en su enseñanza ocuparse indispensablemente seis horas cada dia de trabajo de los meses desde 1.º de octubre hasta fin de abril, las cuatro por la mañana de ocho á doce, por la tarde de dos á cuatro; y ocho horas desde 1.º de mayo hasta fin de septiembre de cada año, las cinco por la mañana de siete á doce, y las tres por la tarde de tres á seis: á fin de que de esta suerte los discípulos de los lugares vecinos puedan tener una hora de dia á lo ménos para volverse á sus casas, y se eviten las funestas resultas que de lo contrario pueda haber.

Podrá tener pupilos en su casa, y tambien labranza, y todo lo demas que cualquiera vecino del pueblo, con tal que por cuidar de esta no falte al cumplimiento de su ministerio, pues si se le impidiere, le han de privar de tenerla los patronos, sin que de la providencia que en este particular den, tenga recurso ni apelacion á juez alguno, por ser puramente económica y gubernativa, y es mi deliberada voluntad que lo que acerca de esto ordenen, ó el que haya de ellos en el pueblo, si los demas estuvieren ausentes, se ejecute inviolablemente, y no otra cosa; á cuyo fin prohibo á todo juez que tome conocimiento, y se mezcle en ello: y los discípulos han de poder ir á la escuela todo el tiempo que quieran sus padres, tios, tutores ó personas bajo cuyo dominio existan, sin que el maestro pueda opo-

nerse, ni deje de admitirlos á pretexto de que tardan en aprender; respecto no dar Dios á todos iguales talentos.

A mas de lo referido ha de rezar con sus discípulos de rodillas todos los dias por las tardes en la escuela el tercio del rosario, la letanía de la Virgen, un credo al Espíritu Santo, una salve y un padre nuestro al Señor, y aplicarlo por mi alma, las de mi obligacion y purgatorio; pero en los meses desde 1.º de noviembre hasta fin de febrero anticipará el rezo media hora, para que los niños de las otras parroquias puedan regresar á sus casas con tiempo suficiente, y no se priven de esta devoción cristiana tan útil que conviene se les infunda y radique diariamente en el alma, á fin de que adquiriendo el hábito desde su infancia no lo pierdan jamas.

Todos los sábados y vísperas de las principales fiestas de nuestra Señora, no siendo lluviosos ó frios, ha de ir á rezar con sus discípulos las referidas devociones á la iglesia parroquial, tocando un cuarto de hora ántes la campana, por si algun devoto quiere ir á rezarlo en su compañía. Y en dichos sábados en lugar de leccion por la tarde les ha de enseñar solamente la doctrina cristiana ántes del rezo, y admitir indistintamente á cualquiera persona que quiera ir á oirla y aprenderla, y disolverles con amor y agrado todas las dudas que les ocurran y le pregunten, sin que á ello se pueda excusar, ni pretender le den estipendio ni gratificacion por esta razon.

Ha de enseñar graciosamente á todos los hijos de los vecinos del referido lugar de tal, sin que aunque sean ricos pueda pedirles ni demandarles judicial ni extrajudicialmente por su enseñanza cosa ni cantidad alguna, pues debe contentarse con la asignacion anual que por esta razon le hago, y no ocuparlos, servirse de ellos, ni dejar de poner para que aprendan, la misma aplicacion, cuidado y vigilancia que con los que mensualmente le paguen. Pero á todos los de las otras parroquias pueda pedir y llevar el estipendio correspondiente á su trabajo con arreglo al estilo del pais, ó segun con sus padres ó tutores se convenga; y si no se lo satisfacen puntualmente, no esté obligado ni pueda ser compelido por título alguno á admitirlos en su escuela ni á enseñarlos; ni tampoco lo esté á dar graciosamente á unos ni á otros papel, tinta ni plumas, pues deberán traerlo todo de sus casas, ó comprarlo, como igualmente los libros y procesos en que han de leer y aprender. Y le ruego y encargo encarecidamente que siendo verdaderos pobres y especialmente hijos de viudas miserables los de las otras parroquias, use francamente con ellos de caridad, y no les prive del beneficio de la enseñanza por no pagarle, pues bastante trabajo tienen en serlo, y Dios se lo premiará como de veras se lo pido.

Por quanto es justo dar á los maestros algun alivio y desaho-

go de la fatiga que causa la enseñanza, especialmente á niños, quiero que no haya escuela en las vacaciones de Navidad y Pascua de Resurreccion, á saber: desde la vispera de la Navidad exclusive hasta el dia de la Adoracion de los Santos Reyes inclusive, que son trece dias; y desde el miércoles santo hasta el dia siguiente al domingo de Quasimodo, que son once dias: ni los tres de carnaval y ceniza. Y concedo facultad al cura párroco y demas patronos para que en el discurso de cada año le dispensen por via de recreo quince dias mas, juntos ó separados, segun quiera elegir y le acomode, y no mas; y mando que si los pidiere, no se le denieguen, por ser mi ánimo que en ellos se recré, y que nada se le descuenta de su asignacion para que en el resto del año trabaje con mayor esmero y aplicacion; pero le prohibo tomarlos y usar de ellos de autoridad propia sin pedirlos, y si lo hiciere, se le descuenta lo que en la cláusula siguiente se dirá; previniendo que por no pedirlos ni disfrutarlos en un año no ha de tener accion á que se le concedan duplicados en el siguiente, ni aunque los pretenda se los han de poder conceder; y todos los demas dias de trabajo del año los ha de emplear indispensablemente en la escuela las horas prefinidas, sin que en ninguno, aunque sea en el del santo de su nombre, haya dispensacion con pretexto ni motivo por urgente que sea, á fin de que los discípulos no se atrasen, pierdan el tiempo, ni malgasten sus padres el caudal con ellos, ni los patronos tengan facultad de concedérsela, pues se lo prohibo.

Si el maestro necesitare hacer ausencia del pueblo por mas tiempo que el de ocho dias continuados, á mas de los quince de recreo, ya sea para negocio propio, recobrar su salud, ó para otro efecto, tenga obligacion de dejar á sus expensas sustituto idóneo, hábil y de buenas propiedades, que evacue su encargo á satisfaccion de los patronos, y no de otro modo; y no dejándolo, se le descuenten de su asignacion todo el tiempo que estuviere ausente del pueblo por cada dia de los que haya de trabajo en su intermedio seis reales de vellon, y no por los de fiesta, respecto á que en ellos no ha de haber escuela; cuyo descuento ceda á beneficio privativo de la fábrica de la iglesia parroquial del citado lugar; pero no excediendo de ocho dias una vez al año, ningun descuento se le haga, deje ó no sustituto. Previniendo que no ha de poder salir del pueblo, ni estar ausente este tiempo ni otro menor útil, sin pedir y obtener licencia por escrito de los patronos ó del que esté en él, y manifestarles la urgencia; y si sin este previo requisito se ausentare, se le haga el descuento de todos los dias que falte, aunque sean colendos, y deje sustituto, pues quiero que esté sujeto á ellos, y que de su propia autoridad no se tome licencia que no le den, excepto

en los dias de vacaciones y carnaval, que no necesita pedírsela.

Si cayero enfermo de enfermedad aguda, no se le haga descuento aunque no haya escuela en un mes, pues mediante ser bastante grave este trabajo, no quiero se le aumente, ántes sí que goce íntegramente la asignacion, y le sirva de algun alivio para ayuda á su curacion: y le relevo y dispense hasta el tiempo del mes en que la enfermedad pueda quitarle la vida, ó ceder enteramente y estar libre, pasado el cual, si no estuviere perfectamente convallecido, tenga obligacion de poner sustituto como queda prevenido; pero en el año en que sucediere lo expresado, no pueda pretender los quince dias de recreo, pues quiero que se entiendan incluso en el mes: bien que si los pretendiere ó mas, para convalecer, no se lo denieguen los patronos, con tal que deje el sustituto, y no en otros términos, pues desde ahora le concedo los que necesite sin limitacion para el recobro de su salud con dicha condicion.

Si por ceguera, accidente ó enfermedad crónica perpetua se imposibilitare algun maestro de continuar para siempre en la enseñanza, pueda sustituirle un pasante propuesto por los patronos, aprobado como el maestro precisamente, y de iguales circunstancias y suficiencia en su ministerio, vida y costumbres, pagándole el maestro la cantidad en que se convengan; y no conviniéndose los dos, puedan los patronos señalar al pasante lo que estimen correspondiente á su trabajo, mirando siempre á que quede al maestro con que alimentarse, con cuyo señalamiento si el sustituto no se conformare, prohibo que sea propuesto jamas para maestro en vacante alguna; pero si se aquietare y conviniere, mediante ser justo, sea atendido y remunerado: quiero y mando que cumpliendo con su obligacion en todo, sea admitido por maestro en propiedad, y no otro alguno, por fallecimiento del propietario, y se le expida el competente título, pues desde ahora le nombro y prohibo que haya oposicion, y á los patronos el que hagan propuesta de otro, y excluyo á cualquiera pretendiente, sin excepcion, mientras viva y cumpla, sin que esto se pueda alterar, interpretar, ni con pretexto alguno hacer lo contrario, por ser el sustituto acreedor de justicia, atento su mérito, y mi voluntad deliberada el que así se ejecute.

Ningun maestro pueda ser despojado ni removido de la escuela, excepto por abandonar y no cuidar de sus discípulos, ó por no practicar lo que queda expresado: ó aunque lo practique y cumpla en esta parte con su obligacion, por embriagarse, ser blasfemo ó incontinente; ó tener otro vicio capital que cause nota y escándalo público, y dé mal ejemplo á los niños y personas timoratas, por cuyas causas ó cualquiera de ellas le han de poder remover, quitar y despojar de la escuela los patronos, ó el que de estos exista

en el pueblo; pero para ello han de preceder cuatro amonestaciones que deberán hacerle, la primera sigilosamente, y las restantes á presencia de tres personas vecinas del pueblo cada una; y si con la cuarta amonestacion y conminacion persistiere obstinado en sus excesos y abandonos, ó en cualquiera de ellos, les concedo amplia potestad para que le echen de la casa y despojen de la escuela por medio de la justicia, y mando que no se le permita volver á ella ni enseñar, y que no se le oiga ni admita recurso, pues constituyo á los patronos jueces privativos y únicos, sin apelacion, ni superior que les mande en este caso, como puramente económico, gubernativo y que tiene su tendencia al bien comun, para lo cual aunque sea sacerdote le remuevo, y hé por removido y despojado desde ahora, y le privo y excluyo entera y absolutamente de volver á regentar jamas la escuela, en atencion á las perjudicialísimas resultas que de su tolerancia y conservacion se pueden irrogar, y á que por su pertinacia y obstinacion él mismo se quita el crédito y empleo. Sobre todo lo cual encargo la conciencia á los patronos, y especialmente á los curas párrocos que fueren del expresado lugar, como verdaderos pastores de aquella grey, por lo que interesa al bien público y al honor del maestro, el que todo se practique con arreglo á lo que en esta cláusula queda prevenido, y no en otros términos.

Para regentar la escuela puedan los patronos proponer clérigos *in sacris*, ó secular casado ó soltero, sin que aunque concurren de las tres clases á pretenderla, haya predileccion por razon del estado ó carácter, pues solo se ha de atender á que sea cristiano, de prudencia, vida y costumbres arregladas, y de esto informarse ántes de proponerlo, y que sepa la doctrina cristiana, leer letra antigua y moderna manuscrita y de molde, escribir y contar perfectamente, y no una cosa sin la otra; pero si alguno de los pretendientes fuere pariente mio en cualquier grado, por remoto que sea, obtenga la preferencia á todos, concurriendo en él copulativamente las circunstancias y aptitud especificadas, y no en otros términos, y los patronos tengan obligacion de admitirlo y proponerlo, expresando serlo en la propuesta que hagan al señor alcalde mayor, sin embargo de que no conste sino por fama pública á los vecinos del enunciado lugar, para que estando adornado de las nominadas cualidades, le expida el título; y si no lo propusiere, pueda hacer el competente recurso al señor alcalde mayor, á fin de que le admita con prelacion á todos los extraños en idénticas circunstancias, y no por solo ser pariente mio.

Elijo y nombro por patrono de esta memoria y obra pia, patronato real de legos, al señor cura párroco que es y fuere del expresado lugar de tal, al pariente mio ó extraño que poseyere el mayó-

razgo que tengo fundado, y al regidor mayor en edad que hubiere al tiempo de las vacantes en el citado lugar, y si fuere pariente mio y poseyere el expresado mayorazgo, tenga dos votos por los dos respectos de regidor y poseedor; y les confiero amplio poder y facultad para que juntándose en casa del señor cura, por ser persona mas digna por su ministerio y carácter, acuerden hacer las proposiciones de maestro y sustituto en dos ó mas sujetos de las calidades expuestas, á fin de que el alcalde mayor referido los remita á exámen, si no tuviesen título de maestros, y siendo todos idóneos, elija al que le parezca sin prelación, excepto que sea pariente mio, pues este debe preceder á todos los extraños en iguales méritos ó circunstancias, no habiendo el sustituto que haya regentado la escuela por enfermedad ó imposibilidad del maestro, como queda expuesto en la cláusula undécima, porque si lo hay ha de entrar inmediatamente á ejercer el ministerio de maestro, y no haber proposición, exámen ni elección. Y si todos salieren reprobados, ó despues de propuestos se descubriese en ellos algun vicio ó defecto capital, vuelvan los patronos á proponer todas las veces necesarias hasta que alguno de los propuestos sea aprobado (pues ninguno ha de poder ser admitido sino á proposición suya, ni el alcalde mayor elegir de autoridad propia jamas), y al que lo sea de los propuestos, expida el título competente el referido alcalde mayor, ó quien su lugar ocupe en caso de no haberlo ó estar ausente ó enfermo, y desde el dia que tome posesion inclusive, perciba su asignacion y emolumentos, y los en que estuviere vacante la escuela por no haber sustituto, queden á beneficio de la fábrica de la iglesia parroquial del mencionado lugar; pero habiendo el sustituto referido, en este caso, como que es y debe ser conceptuado por maestro, los ha de percibir desde el siguiente al de la vacante sin desfalco, y con el título del alcalde mayor han de poner en posesion los patronos al maestro de la escuela y casa en que han de vivir, sin otro requisito.

Si al tiempo de la vacante no hubiere patrono de sangre en el pueblo, ni apoderado suyo, ni se esperare su pronta venida, puedan el cura párroco, y por su defecto el ecónomo ó interino, y el regidor hacer la proposición, sin que por ausencia ni otro motivo se suspenda mas de un mes; pero si viviere en parage en donde puedan notificarle la vacante, y enviar su poder ó venir ántes del mes, esten obligados á participársela inmediatamente, para que acuda ó lo remita, y al apoderado se estime por persona legítima, como el patrono mismo.

En remuneracion y paga del trabajo que el maestro ha de tener en enseñar graciosamente y sin el menor interes á los niños del expresado lugar, le señalo y mando se le den todos los años doscientos ducados de vellon en dinero, que se le han de satisfacer íntegros por

tercios ó medios años, segun los pida, por el que cuide de los caudales de la fábrica de la iglesia, y á ello poder ser apremiado ejecutivamente no pagándose los con puntualidad; cuya satisfaccion ha de hacer con órden por escrito de los patronos, ó del que allí hubiere, y no de otra suerte. Y á mas de dicha asignacion anual quiero que viva en la casa que tengo construida; y prohibo que otro alguno pueda habitarla ni disfrutar la huerta sino él, y en vacante el interino ó sustituto: y asimismo que se pueda destinar para taberna, meson, posada, ni para otro ministerio, uso ni persona la expresada casa.

La fábrica de la citada iglesia, y no los maestros, ha de tener obligacion de hacer los reparos necesarios en la casa y cerca de la huerta del sobrante de la renta que señalaré para todo; y los patronos cuidar de que á tiempo oportuno se hagan, sin dar lugar á que por su retardacion venga tal vez alguna ruina, y se frustren mis justas ideas: y asimismo de que el maestro la tenga limpia, y de que por su culpa ú omision no padezca detrimento ni deterioro, amonestándole sobre ello y aperebiéndole será de su cuenta cualquier quebranto que por dichas razones suceda en ella.

Si en la expresada casa ó cerca, ó en ambas sucediere ruina ó incendio por caso fortuito, mando que la fábrica de la iglesia las reedifique y levante incontinenti con intervencion de los patronos; y para que no falte á la escuela y enseñanza, se acomodará el maestro, mientras dure la obra y se seca, en la casa mas cómoda que haya en la parroquia, sin que se le suspenda el pago anual de los doscientos ducados por este acaso; y la fábrica pagará tambien el alquiler que en el interin devengue, y todo con acuerdo é intervencion de los patronos, pues el sobrante de la renta es para este efecto, y no otro.

Mediante á que anualmente sobran de la renta que actualmente producen los bienes de esta fundacion ochocientos pesos, y que la casa y cerca de la huerta por estar construidas á toda costa, no necesitarán reparos de consideracion en muchos años, por lo que habrá caudal que poder imponer, mando que el sobrante anual se deposite en un arca con tres llaves que tengo hecha, de las cuales tenga una el párroco, otra el regidor y la otra el patrono de sangre ó su apoderado: que todos los años dé su cuenta á los patronos el que los administre, con apronto efectivo del alcance, sin que en esto haya disimulo, pues los hago responsables, y á cada uno solamente, de cualquier desfalco que por su tolerancia, culpa ó negligencia padezcan las rentas y bienes de esta fundacion: y que el arca se coloque en la iglesia en la pieza en que estan las que tienen los caudales de esta. Y asimismo mando que en la propia arca se pongan los títulos y papeles que la correspondan; y que cada diez años ó ántes se emplee el líquido sobrante en bienes raices, ó se imponga á censo á beneficio y au-

mento de esta obra pia. Y prohibo que el referido caudal se preste, ni de él se haga otro uso alguno mas que el referido, y que en este se pueda dispensar sobre todo lo cual encargo la conciencia á los patronos.

Atendiendo á que los patronos que dejo nombrados y el que administre los bienes de esta fundacion, que será el administrador de los de la fábrica, son dignos de recompensa por su trabajo, señalo á este el cinco por ciento de los que anualmente cobre, y á cada patrono sesenta reales annos, que deberán percibir al tiempo que tomen la cuenta al administrador, y este datárselos en ella, para que el sobrante se deposite en el propio acto con la cuenta en el arca, pues de ningun modo permito se quede en poder del administrador, al cual han de poder apremiar á darla, y á aprontarlo para dicho efecto por todo rigor de derecho y via ejecutiva; y de su omision en esto los constituyo responsables.

Por quanto puedan ocurrir algunas cosas que yo no haya tenido presentes, ni por consiguiente prevenido, concedo amplio poder y facultad á los patronos para que sobre ellas resuelvan, como fieles intérpretes de mi voluntad, lo que yo resolveria, y sea mas conforme al honor de Dios, aumento y estabilidad de esta obra pia y sus bienes, y utilidad de los parroquianos del mencionado lugar y sus confinantes, tomando consejo de hombres doctos y timoratos en lo que el suyo no baste, y procediendo con su acuerdo: pero acerca de lo aquí expuesto y prevenido especificamente, les prohibo toda alteracion, interpretacion y tergiversacion.

Con estas calidades, condiciones y dotacion anual, erijo y fundo la enunciada escuela de primeras letras en dicho lugar de tal, y para su dotacion aplico tales bienes (*se especificarán por menor con sus títulos y linderos*), de cuyo producto, que actualmente *es tanto* cada año, se han de satisfacer los docientos ducados de vellon al maestro, los ciento ochenta reales á los patronos, y al administrador su trabajo, y asimismo ejecutar los reparos en la casa y cerca. Y desde hoy en adelante para siempre jamas me desapodero, desisto y aparto, como tambien á mis herederos y sucesores, del dominio, posesion, título, voz, recurso y demas derechos que á los referidos bienes me competen; y todo con las acciones reales, personales, útiles, mixtas, directas y ejecutivas lo cedo, renuncio y traspaso en la enunciada memoria y fundacion, para que sean suyos propios, á cuyo fin le hago de ellos donacion pura, perfecta é irrevocable en sanidad con insinuacion y demas firmezas legales. Declaro que los relacionados bienes son libres, y estan exentos de toda carga perpetua y redimible; y prohibo que se puedan dividir, gravar, trocar, hipotecar, ni enagenar por ninguna via ni especie de enagenacion, y si lo contrario se hiciere,

aunque sea con título de mejora y aumento de esta fundacion, sea título, como hecho contra esta prohibicion, y por personas que carecen de facultades para ello; y asimismo prohibo que sus rentas se empleen en otros usos que los referidos. Concedo amplio poder á los patronos para que tomen posesion de este patronato, y empiecen desde hoy á ejercer las funciones de su ministerio sin mi intervencion, á fin de que en mi vida logre la satisfaccion de ver sus progresos, y puestas en ejecucion mis piadosas ideas é intenciones; reservándome, como me reservo, declararles y disolverles las dudas que les ocurran y me propongan sobre su contenido, y añadir, corregir, mudar, quitar, y alterar las condiciones con que queda erigida, y poner otras á mi arbitrio en contrato ó en última voluntad: asimismo me obligo á no revocarla, y si lo hiciere no valga, y sea visto por lo mismo haberla aprobado y ratificado nuevamente, mediante no ser inmensa ó ilimitada, ni por consiguiente reprobada por derecho, y quedarme bienes superabundantes para alimentarme. Pido y suplico á cualquiera señor juez real la apruebe, supla, como doy por suplido, cualquier sustancial defecto que contenga, y á ella interponga su judicial autoridad para su mayor validacion y estabilidad; y quiero que de esta escritura se ponga una copia en el arca de tres llaves, otra en el archivo de papeles del ayuntamiento del citado pueblo, y que tengan los patronos otra para observar lo ordenado en ella segun ocurra el caso. Y á la observancia de lo expuesto obligo mis bienes &c. *Aquí las generales, y la toma de razon en la oficina de hipotecas.*

FUNDACION DE MEMORIA PARA CASAR HUERFANAS.

Don Alejandro de tal, natural y vecino de esta villa, digo: que mi hermano Don Pedro me instituyó por su único universal heredero en el testamento que otorgó en esta villa á tantos de tal mes y año ante el escribano, bajo del cual falleció. Y por quanto para mi congrua y decente sustentacion no necesito su herencia, pues la infinita misericordia y liberalidad del Omnipotente me ha colmado de bienes temporales y de otros beneficios; y en esta villa y lugares de su jurisdiccion hay muchas doncellas huérfanas, hijas de padres honrados y pobres, que por falta de dote no toman estado, y se hallan expuestas á los peligros que trae consigo la miseria: por tanto, considerando que con el establecimiento de una memoria para ayuda de dotacion, se evitarán muchas ofensas á Dios, se disminuirá su infelicidad, y se fomentará la poblacion en que tanto interesa el estado, y que esta obra pia será mas grata y acepta á los divinos ojos que otra alguna por las mayores utilidades espirituales y temporales que de ella resultarán; he deliberado con maduro acuerdo y sano consejo (mediante carecer de herederos forzosos) desprenderme entera-

mente de todos los bienes raíces que dejó mi hermano, emplearlos en la fundacion de dicha memoria; y poniéndolo en ejecucion, en la via y forma que mas haya lugar en derecho, cerciorado del que me compete—Otorgo que desde hoy para siempre jamas erijo, fundo ó instituyo á título de patronato real de legos una memoria y obra pia puramente laical para dotar doncellas huérfanas pobres, hijas de padres honrados, vecinos de esta villa y lugares de su jurisdiccion: y para su dotacion consigno y aplico los bienes raíces que dejó mi hermano, y son los siguientes.

Aquí se especificarán los bienes, como la fundacion de capellanía.

Cuyos bienes son los que dejó el referido mi hermano, y como su único heredero me pertenecen en posesion y propiedad; y declaro estan libres de toda carga, responsabilidad y gravámen, y producen tantos mil reales al año, y de ellos hago la expresada fundacion; prohibo que se puedan acensuar, gravar, hipotecar, trocar, dividir, donar, vender ni enagenar por ninguna via ni especie de enagenacion, ni con motivo ni pretexto alguno por grave y urgente que sea; y mando que esten unidos ó incorporados perpetuamente, y que su renta se distribuya en los términos que contendrán las siguientes condiciones. *(Siguen las condiciones, que pueden ser por ejemplo las que iré apuntando.)*

Las huérfanas que pretendan ser nombradas á la obtencion de estas prebendas ó dotaciones, han de acreditar á los patronos que elegiré, ser hijas de vecinos de esta villa, ó de alguno de los lugares de su jurisdiccion, ya hayan nacido ó no en ellos; que su padre ha fallecido; que tienen quince años á lo ménos de edad; que estan solteras; y careciendo de alguna de estas cualidades, prohibo que se las nombre. Y para hacer constar su edad, libertad y horfandad, han de presentar con el memorial en que soliciten el nombramiento las certificaciones ó documentos respectivos, sin cuya presentacion mando que no sean admitidas; pero á las que sean mis parientas en cualquier grado de consanguinidad, dispenso la cualidad de hijas de vecino, mas no la de edad, horfandad ni libertad.

En la eleccion de todas, jamas se gobiernen ni dejen llevar los patronos de empeños, distinciones aéreas, ni respetos mundanos: por lo que si concurrieren á un tiempo huérfanas nobles, plebeyas, y la renta de aquel año no alcanzare para dotar á todas, mando que echen suertes, y nombren á aquellas á quienes toque la suerte, sean de la clase que fueren, sin predileccion, pues lo prohibo expresamente, les encargo la conciencia, y los hago responsables en el fuero interno. Y si de las dos clases concurrieren de varias edades, insaculen

ó entresaquen de ambas las mayores en edad, y entre estas sorteen las prebendas que por aquella vez haya, segun la renta líquida que exista y no esté aplicada.

En concurso de muchas pretendientas sean preferidas las mayores en edad, como mas cercanas á tomar estado, y las que pretenden ser religiosas á las que quieran casarse. Pero siendo parientas mias han de preferir á todas las extrañas indistintamente, ya quieran entrar en religion ó casarse, y entre ellas se observará tambien la prelacion de edad y estado que respectivamente queda prevenida entre las extrañas, sin diferencia.

Si varias hermanas, hijas de vecino ó vecinos de esta villa, ó de alguno de los lugares de su jurisdiccion, huérfanas y pobres, pretendieren ser nombradas al goce de estas prebendas, mando que se admita á todas, ya ocurran á un tiempo ó en diversos, y lo mismo se practique con mis parientas; pero si alguna falleciere sin tomar estado, prohibo que se aplique su dotacion á sus hermanas ni á ninguna de ellas, pues mi ánimo es que ninguna parienta ni extraña obtenga mas prebenda que una.

Aunque algunas pretendan la dotacion para ayuda de tomar estado determinado, y luego por haberlo meditado y reflexionado mejor, ó por otro motivo, elijan y tomen otro, no por eso há de dejar de pagárseles una vez nombradas, como si para ambos la hubieran pretendido indistintamente.

Cuando por la concurrencia de muchas pretendientes en un año quedaren algunas de esta villa, ya sean ó no parientas mias, sin ser nombradas á causa de faltar caudal para todas, guardará el secretario de esta obra pia sus memoriales y papeles para el siguiente, expresándose así y sus nombres en el acuerdo, y en la primera junta que celebre en él, se las nombrará con preferencia á otras; y si en el intermedio tomasen estado, se las paguen sus prebendas, y estimen como efectivamente nombradas, respecto haber acudido en tiempo hábil á pretenderlas; de cuyo privilegio no han de gozar las hijas de los pueblos confinantes, á quienes no tocara la suerte en el caso que se expresará en la cláusula y condicion que de ellas tratará; pero á las casadas, viudas y profesas al tiempo de pretender no se admita, aunque sean parientas mias.

Porque dudarán los patronos cuáles huérfanas se han de reputar pobres para tener derecho á las prebendas de esta memoria, deseando evitarles todo escrúpulo, quiero y mando se graduen y estimen por tales todas las que en bienes raíces, ó en censos, efectos, alhajas ó dinero, no tengan tanto cuanto importe la prebenda que soliciten, aunque el valor de la ropa de su casa y uso le importe; pues no obstante que las mas pobres deben ser preferidas siempre á las mé-

nos, no limito tan estrechamente á los patronos las facultades; y aunque en esta parte no procedan con rigoroso exámen, siempre que las mas pobres sean atendidas primero, les relevo en cuanto á las demas fuera de este caso de toda responsabilidad, por preponderar mas el acomodo de las huérfanas, que el que se den las prebendas á las que no son tan necesitadas, sin perjuicio de las mas pobres.

Si en algun año ó años no acudieren hijas de vecinos de esta villa y pueblos de su jurisdiccion huérfanas y pobres, ni parientas mias á solicitar nombramientos, y los patronos dudaren lo que han de hacer del caudal que en él hayan producido los bienes de esta memoria, quiero que siempre que este caso se verifique se invierta en su reparo ó aumento, y no habiendo reparos que hacer, puedan nombrar huérfanas pobres, hijas de los otros pueblos confinantes á los de esta jurisdiccion, y no á otras, excepto que en ellos no las haya; para lo cual el secretario de esta memoria, precedido acuerdo de los patronos é informe del administrador, en cuanto á si hay ó no reparos que hacer, y no de autoridad propia, deberá pasar papeles de aviso á los curas párrocos de ellos, encargándoles lo hagan saber á las huérfanas de sus feligreses, prefiniéndolas el término de un mes porentorio, y que por su mano, con certificaciones de pobreza, y partidas de bautismo, horfandad y libertad, acudan á pretender las prebendas. Siendo tantas las pretendientas que no haya caudal para todas, harán los nombramientos en las mayores en edad; y si ni aun para estas hubiere, las sortearán, y aquellas á quienes toque la suerte serán nombradas, y las restantes queden excluidas, y se las devuelvan sus papeles, pues no las concedo el privilegio de que sean atendidas para el año siguiente, como las hijas de vecino y parientas mias; y para proceder á este nombramiento elegirán el dia que les acomode despues de pasado el mes siguiente á la junta que por Pentecostés ó en su octava han de celebrar indispensablemente para el de las hijas de vecino y parientas mias, como se dirá.

En ningun año han de poder nombrar los patronos mas huérfanas que las que correspondan á la renta líquida que en él hayan producido los bienes de esta memoria, y esté existente, pues lo prohibo expresamente; y si las nombraren, queden nulos y sin efecto los nombramientos excesivos, sin embargo de que en el arca exista caudal tocante á otras nombrallas anteriormente que todavía no hayan tomado estado, ni despues de su nombramiento pasados diez años; pero si alguna de las pretendientas, á quienes no quepa, estuvieren próximas á tomarlo, permito se las nombre, y á su tiempo haga pago del referido caudal depositado, reemplazándolo ó reintegrándolo en el año siguiente, y dejando de nombrar otras hasta que se verifique el reintegro total del extraido del arca ó depósito, pues las que

estén próximas á casarse ó á profesar, han de ser preferidas no solo en el nombramiento sino en el pago de sus dotaciones á las otras. Y si hubieren pasado los diez años, podrán nombrar tantas cuantas sean las que en ellas no tomaren estado, y á quienes á haberlo tomado toca el caudal depositado, sin calidad de reintegro, mediante estar excluidas por no haberlo tomado dentro de ellos, como se dirá adelante.

La renta líquida que en cada año produzcan los bienes de esta memoria, deducidas las propinas de los patronos y secretario, el salario del administrador, y demas gastos y derechos que se expresarán, se ha de convertir indispensablemente en prebendas ó dotaciones de á doscientos pesos por una vez, y no ménos, para cada huérfana soltera, hija de vecino de esta villa ó de alguno de los pueblos de su jurisdiccion; y si fueren parientas mias, se dé á cada una trescientos pesos por una vez, y nada ménos á unas ni otras; pero á cada hija de los pueblos confinantes en ningun tiempo se dé mas que á cien pesos; cuya respectiva cantidad se les deberá entregar en dinero efectivo, y no en otra especie, sin demora alguna, otorgando quien su accion tenga, ante el secretario de esta memoria, carta de pago á favor de ella y de su administrador, y entregando el nombramiento y certificacion del estado que eligieron, sin otro documento, mediante á que al tiempo que fueron nombradas presentaron los demas. Y para que se les mande pagar, han de presentar memorial á los patronos con la certificacion del estado que tomaron, solicitando el pago, al que deferirán incontinenti, sin cuyo previo requisito no deberá hacerlo el administrador, aunque tenga caudal en su poder.

Si en algun año ó años despues de bajados los derechos, propinas, prebendas y demas gastos que ocurran, quedase algun residuo que no llegue á cien pesos, se distribuya la mitad en misas por mi alma, las de mi hermano, obligacion y purgatorio, las que incontinenti mandarán celebrar los patronos á sacerdotes pobres seculares de esta villa, dándoles por la limosna de cada una doble estipendio que el asignado por la sinodal ó costumbre; y la otra mitad se dará al hospital de ella, recogiendo el administrador los correspondientes recibos de todos, y expresando su distribucion en el libro de acuerdo; pero si el sobrante llegare á cien pesos, se guardará para la mitad de una dotacion en el año siguiente, y no se dará á hija de vecino de algun pueblo confinante, pues estas solo han de tener accion á ser dotadas de las rentas de esta obra pia en el único caso de que ninguna de esta villa, ni de las de su jurisdiccion, ni parienta mia ocurra á pretender la dotacion.

Por quanto los bienes de esta fundacion producen actualmente tantos mil pesos ánuos, y con arreglo á este producto quedan hechas

las dotaciones respectivas de cien pesos, doscientos y trescientos, quiero que si se menoscabare su renta, se bajen á proporcion en el solo caso de que por acudir varias pretendientas á un tiempo no haya para todas, pues si hubiere para las que ocurran, nada se les ha de descontar, no obstante la minoracion de renta, á cuyo efecto ántes de hacer los nombramientos, se verá por la cuenta del administrador que debe precederlos, qué caudal hay existente y vencido sin cobrar, y sin este previo requisito no procedan á hacerlos.

Para que el caudal distribuido no esté detenido infructuosamente sin servir de utilidad á las huérfanas, ni la tardanza de las nombradas en tomar estado perjudique a las que tal vez por no haberlo cuando pretendieron su dotacion no lo fueron, mando que si dentro de diez años siguientes al dia de su nombramiento no se hubieren casado ó entrado en religion, se tengan por excluidas, como las excluyo, ya sean ó no parientas mias, y que aunque soliciten reeleccion, no se las reelija, excepto que entónces acrediten estar tratadas de casarse y con quién, ó novicias en algun convento, en cuyo caso ya hayan trascurrido pocos ó muchos años, no solo se las ha de reelegir, sino pagar sus dotaciones con preferencia á otras posteriores indistintamente, y retrotraerse la reeleccion al dia del nombramiento, como si no hubieran pasado los diez años ni los posteriores á ellos. Y para que no sean perjudicadas ni aleguen ignorancia, deberá el secretario expresarlo así en los nombramientos ó acuerdos, y tambien en las certificaciones que las dé; y si lo omitiere, le constituyo responsable á reintegrarlas con su propio caudal del importe de las prebendas á que fueron nombradas, á lo que se le pueda apremiar por todo rigor; y sin hacer dicha prevencion en los acuerdos, no los firmen los patronos. Y á efecto de evitar confusion y dudas, y de que se sepa cuáles han tomado ó no estado, ó muerto sin tomarlo, pondrá el secretario en su libro de acuerdos al margen del nombramiento de cada una la competente nota de las que lo tomaron, ó se sepa que fallecieron solteras.

Para hacer el nombramiento de huérfanas se han de juntar los patronos una vez á lo ménos al año en la celda del reverendo Prior que fuere de tal convento, ó de tal santo de esta villa, en uno de los dias de pascua de Pentecostés, ó dentro de su octava precisamente, á ménos de que por enfermedad, ausencia ú otro motivo grave no pueda ser, pues entónces deberán practicarlo al instante que cese; y la eleccion ó nombramiento ha de ser hecha indispensablemente por todos en junta, y no por uno ó dos solos, ni fuera de ella, y examinarse entónces los papeles de las pretendientas, que deberá llevar inspeccionados el secretario de esta memoria, y dar cuenta á los patronos de lo que de ellos resulte, sin añadir,

quitar, omitir ni disimular cosa alguna; pues quiero que en todo se proceda con pureza y justificacion, y que á nada mas se atienda que al cumplimiento literal de mi voluntad, de lo que hago responsables á los patronos y al secretario en la parte que respectivamente les toca. Y en caso de ocurrir duda acerca del derecho de las pretendientas y sus papeles, mando que de los patronos que elegiré, se ejecute lo que dos voten, atendiendo siempre á la piedad y socorro de su miseria mas que al rigor en esta parte.

Ademas de la junta referida deberán los patronos celebrar las que se ofrezcan para tomar cuentas al administrador, y otras cosas que ocurran, segun lo exijan la necesidad, utilidad, conservacion y aumento de esta obra pia; y si á algunas no pudiere concurrir uno de los patronos por sí ni por su apoderado, valga lo que los otros dos resuelvan y no el uno solo; cuyas juntas podrán hacer cuanto estimen oportuno, con tal que en cada año se tome cuenta al administrador, el cual la presente dos meses ántes que se celebre la de dotar huérfanas al secretario, á fin de que este, como fiscal que le constituyo suyo, tenga tiempo de examinarla, instruya á los patronos de lo que de ella resulte, oponiéndola los reparos que advierta, y se sepa qué caudal existe y se puede distribuir á las huérfanas.

Los nombramientos de huérfanas que se hagan se sentarán en un libro de á folio empergaminado y foliado que ha de haber á este único objeto, con expresion de sus nombres y apellidos, los de sus padres, su edad y vecindario, que resulten por los documentos que al tiempo de pretender deberán presentar para su admision, como queda prevenido, cuyos nombramientos, juntas y acuerdos que se celebren para ellos y para los demas que se ofrezca, deberán firmar los patronos, y autorizar el secretario; y para la aprobacion de cuentas del administrador y otras resoluciones que acerca de lo que ocurra convenga tomar, habrá otro igual en que se extenderán del mismo modo, á fin de evitar confusiones; cuyos libros han de existir en poder del secretario, el cual siempre que los patronos ó cualquiera de ellos quieran verlos, se los entregará, recogidos luego que se cercioren de lo que intentan saber; y lo mismo practicará con las cuentas del administrador y con otros papeles que al propio efecto le pidan, y á su manifestacion no deberá excusarse con pretexto alguno.

Como es indispensable que haya persona que administre, arriende y cuide de los bienes de esta fundacion, cobre sus productos y siga los pleitos que ocurran, concedo amplia facultad á los patronos para que elijan administrador que sea precisamente vecino de esta villa, lego, llano y abonado, y no clérigo, muger, ni otro que goce fuero, ni pariente por afinidad ni consanguinidad de ellos ni

del secretario de esta memoria, pues á todos excluyo y se lo prohibo, y para todo lo referido le conferirán poder bastante ante el expresado secretario; pero ántes de conferírsele ha de asegurar la administracion con los bienes raices, libres de toda carga y gravámen, que se hipotequen especialmente á su responsabilidad, y cuantiosos hasta en tantos mil ducados, y acreditar este valor en venta ante la justicia real de ella, que con su anuencia apruebe la fianza: precedida esta aprobacion que les ha de hacer constar, y no ántes ni de otra suerte, procederán á conferírsele; y por su trabajo le señalarán el diez por ciento de lo que en cada año cobre de sus rentas; pues desde ahora lo señalo, y no mas, y prohibo se le dé salario fijo.

En el nombramiento de administrador mando se uniformen los patronos, y si discordaren, concedo facultad al de sangre ó á su apoderado para que proponga tres de las calidades expresadas, de los cuales esten obligados los compártonos á elegir uno, y la justicia á admitirlo, dando la referida fianza á su satisfaccion; y si por carecer de dichas cualidades se los excluyeren, proponga otros, lo cual practique siempre que haya vacante y discordia. Una vez electo y probada su fianza, no podrán removerlo sino por mala versacion de caudales, negligencia ó malicia en la cobranza ó en el cuidado de la conservacion de los bienes de esta fundacion, ó por resistirse á dar su cuenta al tiempo prefinido, ó no aprontar el alcance para depositarlo en el arca al tiempo de su aprobacion.

El administrador no puede hacer pagos algunos sin estrecha orden de los patronos acordada en junta que celebren, ni tampoco reparos mayores que excedan de cien reales, y si los hiciere, no se le abonen; y aunque preceda, tampoco se le abonarán á ménos que presente los documentos justificativos. Si por estar corriente su cuenta se la aprobaren, mandarán al secretario le dé la correspondiente certificacion de solvencia en cada año, y siempre que los patronos le llamen á junta para instruirse de alguna cosa, deberá asistir sin excusa y dar razon de lo que se le pregunte, é informar por escrito si se lo mandaren; y si no lo hiciere no estando enfermo ó impedido, puedan removerlo tambien por esta causa.

Si los patronos no quieren tomar la cuenta al administrador, ó aprobarla estando arreglada, podrá presentarla para su aprobacion á la justicia real de esta villa, la cual, y no la eclesiástica, ha de conocer de todos los negocios de esta memoria, como puramente laical.

El caudal liquido que cada año produzcan las rentas de esta memoria, no ha de existir en poder del administrador, ántes bien este lo ha de aprontar, y depositarse en el arca que dejaré hecha con cuatro llaves para que lo tengan pronto las dotadas, y no se las

detenga su entrega, ni cause perjuicio en la dilacion; de cuyas llaves tendrán tres los patronos, y otra el secretario, y siempre se juntarán para guardarlo ó sacarlo; todo lo cual se notará y pondrá por acuerdo, y solo permito dejen en su poder lo que sea preciso para emplear inmediatamente en algunos reparos, ó en pagos de prebendas que se deban y esten mandadas pagar, dando salida justificada de ello en la cuenta primera del año siguiente, en la que se deberá cargar, y de lo que sea dar resguardo separado en el mismo acto, para que se le haga cargo de su importe.

Si se redimiere algun censo de los pertenecientes á esta memoria, se depositará su capital, con intervencion de la justicia y de los patronos, en el arca referida, hasta que con la misma se vuelva á imponer ó emplear en la compra de fincas raices útiles que se subroguen en su lugar; y los patronos, y no el administrador, otorgarán la redencion de él, y de ningun modo entrarán en poder de ellos ni del secretario, ni se podrá prestar á intereses ni sin ellos, pues lo prohibo expresamente; cuya arca esté siempre en el archivo del citado convento de tal, á quien se dará anualmente por tenerla custodiada tanta cantidad. Y para la seguridad de la nueva imposicion del censo se han de bajar todas las cargas perpetuas y al quitar, á que esten afectos los bienes que se han de hipotecar, como tambien diez años de sus réditos, el capital del censo referido, y otros diez años de los de este; y si hechas estas deducciones hubiere de sobrate la mitad, ó á lo ménos la tercera parte del valor junto de sus bienes, se dará el censo, y si no, de ningun modo; y si los patronos lo dieren y pereciere, los hago responsables á la memoria, y á cada uno por todo el importe de su capital, réditos y daños que se la sigan por este hecho y condescendencia indebida.

Como mi intencion es que esta memoria sea perpetua, y que sus bienes no solo no se deterioren, sino que ántes bien se conserven y aumenten, quiero y mando que si necesitaren reparos, se ejecuten de sus productos, y no de su capital: que si por los gastos que en ellos se hagan no hubiere caudal para dotar las huérfanas, no se nombren hasta que lo haya, ya sean ó no parientas mías, aunque esten próximas á tomar estado, y que en este caso sea visto y se entienda no haber tal memoria. Y mando asimismo que en el de no comparecer huérfanas algunas, ni haber reparos que hacer, se emplee el producto que rindan en los años en que no ocurran, en fincas raices para su incremento con las propias cualidades, como agregadas á las de su ereccion y dotacion.

Para nombrar huérfanas, elegir administrador, tomarle cuentas, y para todo lo demas que se ofrezca, me nombro por patrono único durante mi vida, ó por el tiempo de mi voluntad, y me reservo

administrar los bienes de esta fundacion; y para despues de mis dias nombro por patrono perpetuo al pariente mio que sucediere en tal mayorazgo, ya sea varon ó hembra; y si por extincion de los llamados á su goce quedaren libres sus bienes, entre al de este patronato con las mismas prerogativas el párroco que por el tiempo fuere de esta villa; y por compatronos por sus empleos elijo al prior que fuere del citado convento, y al regidor por el estado noble, y no habiéndolo, al del estado general de ella; y habiendo dos de este, al mayor en edad; y si lo fuere el que posea dicho mayorazgo, tenga por los dos respectos dos votos. Para secretario perpetuo nombro al presente escribano del número, y á los que le suceda en su oficio, en el que mando subsista para siempre radicada esta memoria: que los nombramientos, acuerdos, imposiciones, fianzas del administrador, aprobacion de sus cuentas, y todo lo demas que ocurra perteneciente á esta memoria, pase ante ellos y no ante otros; y que sus libros y papeles esten juntos, archivados y custodiados con seguridad, para que no se pierdan ni deterioren, y para que cuando se ofrezca, se hallen las razones que se necesiten, y se evite toda confusion.

Por el trabajo, celo y cuidado que los patronos y el secretario han de tener en todo lo expresado, y en procurar la conservacion y aumento de los bienes de esta memoria, señalo de sus rentas á cada patrono *tanta* cantidad anual, y al secretario *tanta*, y ademas de esto mando se paguen á este de dichas rentas *tantos* pesos por cada certificacion que dé á las huérfanas nombradas, y que nada perciba ni pueda pedir ni tomar de estas por ellas; pero si las perdieren y pidieren otras, deberán pagarle los derechos de las que les dé al propio respecto cada una, y no mas, y asimismo deberán satisfacerle con arreglo al real arancel los de las cartas de pago que otorguen las que tomen estado, y no otra cosa: y sin embargo de que por la caducidad de los bienes terrenos ó por algun otro motivo se minoren las rentas de esta fundacion, quiero que los patronos y el secretario no dejen de percibir íntegra la respectiva asignacion anual que les dejo hecha, mediante á que su trabajo ha de ser el mismo; pero si se aumentaren no han de poder percibir mas tampoco, de modo que en la asignacion no ha de haber incremento ni decremento jamas. Con cuyas condiciones erijo y fundo esta memoria y obra pia: y para que desde hoy empiece á tener efecto, y las huérfanas á experimentar beneficio, la hago gracia y donacion pura, perfecta é irrevocable en sanidad con asignacion y demas firmezas legales de todos los bienes que por menor quedan especificados; me desapodero, desisto y aparto, como tambien á mis herederos y sucesores, de todo el derecho que á ellos tengo, y lo cedo, renuncio y traspaso íntegramente á su

favor con las acciones reales, personales, útiles, mixtas, directas, ejecutivas y demas que me competen; y le confiero, y á quien la represente amplio poder, con libre, franca y general administracion, para que despues de mis dias tome en ellos la real tenencia y posesion que en virtud de esta escritura la corresponde; y para que no necesite tomarla, la tomo yo en su nombre, constituyéndome su inquilino, tenedor y precario poseedor de los referidos bienes, á cuya eviccion y saneamiento de ningun modo quedo ligado ni sujeto, ni los míos. Y reiterando la reserva que dejo hecha de usar de este patronato por mí solo durante mi vida, y haciéndola tambien de añadir, quitar, enmendar, alterar, variar, y mudar á mi arbitrio en contrato ó en última voluntad las condiciones con que queda formalizada esta fundacion, siempre que lo estime útil y oportuno (lo cual no han de poder practicar los patronos, pues se lo prohibo), me obligo á no revocarla, ni alegar contra ella excepcion favorable, y si lo hiciere no valga, y ántes bien sea visto por lo mismo haberla aprobado y ratificado con mayores vínculos y estabildades, respecto no ser donacion inmensa, ni por consiguiente reprobada por derecho, ni necesitar para mí congrua sustentacion, y testar los bienes de su dotacion. Pido y suplico á cualquier señor juez la apruebe y supla, como doy por suplido cualquier sustancial defecto que incluya, interponiendo su judicial autoridad para su mayor validacion y subsistencia. Y quiero y mando que en el arca de cuatro llaves se ponga una copia de esta escritura con los títulos de pertenencia de los expresados bienes, en donde subsistan perpetuamente, y que se saque otra, la cual se lleve y tenga presente siempre en las juntas para proceder con arreglo á su tenor, y cumplirlo literal y exactamente, como corresponde. Y á la observancia de lo expuesto obligo mis bienes muebles, raices &c.
Aquí las generales, y la toma de razon de la oficina de hipotecas.

FIN DEL TOMO SEGUNDO.

UNIVERSIDAD
INSTITUTO DE NUESTRO SEÑOR
DE BILBAO
BIBLIOTECA DE BILBAO
UNIVERSIDAD
INSTITUTO DE NUESTRO SEÑOR
DE BILBAO
BIBLIOTECA DE BILBAO
UNIVERSIDAD
INSTITUTO DE NUESTRO SEÑOR
DE BILBAO
BIBLIOTECA DE BILBAO



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA

DIRECCIÓN GENERAL DE

INDICE

DE LOS TITULOS, CAPITULOS Y ESCRITURAS QUE COMPRENDE EL TOMO
SEGUNDO.

CONTINUACION DEL LIBRO SEGUNDO.

TITULO II.

De las sucesiones hereditarias.

	PAG.
CAP. I. <i>Del testamento, de sus diversas especies y requisitos.....</i>	3
CAP. II. <i>De los herederos en general.....</i>	25
CAP. III. <i>De la sucesion de los descendientes legítimos á los bienes de sus ascendientes por testamento.....</i>	31
CAP. IV. <i>De las mejoras.....</i>	38
CAP. V. <i>De la revocacion de las mejoras.....</i>	55
CAP. VI. <i>De la sucesion de los descendientes legítimos, adoptivos é ilegítimos á los bienes de sus ascendientes y colaterales.....</i>	63
CAP. VII. <i>De la sucesion de los ascendientes legítimados á los bienes de sus descendientes por testamento.....</i>	72
CAP. VIII. <i>De los herederos extraños por testamento.....</i>	76
CAP. IX. <i>De los herederos abintestato.....</i>	88
CAP. X. <i>De las sustituciones de herederos.....</i>	104
CAP. XI. <i>De las aceptaciones y repudiaciones de herencia.....</i>	120
CAP. XII. <i>Del derecho de acrecer en las herencias.....</i>	124
CAP. XIII. <i>De los desheredamientos.....</i>	137
CAP. XIV. <i>De los que tienen prohibicion de heredar.....</i>	142
CAP. XV. <i>De la revocacion del testamento y de la queja de infancioso.....</i>	146
CAP. XVI. <i>Del poder para testar.....</i>	152
CAP. XVII. <i>De los testamentarios.....</i>	155
CAP. XVIII. <i>De las mandas ó legados.....</i>	163
Apéndice á este capítulo. <i>De las mandas forzosas.....</i>	191
CAP. XIX. <i>Del derecho de acrecer en los legados y de la revocacion de los mismos.....</i>	192
CAP. XX. <i>Del usufruto en las herencias y legados.....</i>	197
CAP. XXI. <i>De las cuartas trabelianica y falcidia.....</i>	210

CAP. XXII. De los codicilos.....	213
CAP. XXIII. De la cláusula codicilar.....	216
CAP. XXIV. De los bienes que deben reservar el viudo ó la viuda á los hijos del primer matrimonio.....	219
CAP. XXV. De las diligencias que deben practicarse para la apertura de los testamentos y codicilos cerrados, y para reducir á instrumento público los abiertos.....	232
CAP. XXVI. Prevenciones á los escribanos para el acierto en las materias de este título.....	295
CAP. XXVII. De las renunciaciones de legítimas y futuras sucesiones, y con especialidad de las que hacen los religiosos y religiosas..	248

TITULO III.

De los mayorazgos, patronatos, capellanías y sus agregaciones.

CAP. I. De los mayorazgos y sus diversas especies.....	291
CAP. II. Requisitos necesarios para fundar mayorazgos: personas que pueden hacerlo, ya por sí, ya por comision de otro; y reglas generales que se observan en los mayorazgos.....	303
CAP. III. De las líneas y grados de parentesco.....	316
CAP. IV. De las obligaciones del poseedor del mayorazgo, y de las causas por que puede perderle. De la facultad que tiene el fundador para revocar el mayorazgo.....	324
CAP. V. De la agregacion de bienes que suele hacerse al mayorazgo.....	328
CAP. VI. Del remedio posesorio sumario, que vulgarmente se llama tenuta.....	332
CAP. VII. De los patronatos.....	337
CAP. VIII. De las capellanías.....	343
CAP. IX. De las disposiciones novísimas acerca de las materias de este título.....	348

Escrituras contenidas en este segundo tomo.

Tratado primero de monjas.....	260
Escritura de recepcion.....	261
Renuncia de monja.....	263

Escrituras concernientes á la materia de testamentos.

Testamento regular.....	267
Declaracion de la dote que la muger llevó al matrimonio, y de lo que su marido la ofreció en arras.....	271
Declaracion del capital que llevó el marido.....	Id.
Otra de los hijos que el testador tiene, y de lo que dió á uno de	Id.

ellos en cuenta de su legítima.....	271
Legado del quinto por alimentos á un hijo natural.....	Id.
Institucion de heredero á un hijo natural por falta de descendientes legítimos.....	272
Mejora del tercio y quinto hecha á una hija que llevó dote cuando se casó.....	Id.
Mejora que hace el padre á un hijo á quien por contrato oneroso prometió mejorar.....	Id.
Legado de cosa empeñada en poder del testador.....	Id.
Revocacion ad cautelam con cláusulas derogatorias del testamento que otorga una muger.....	273
Cláusulas de exheredacion.....	Id.
Otorgamiento de testamento cerrado, y diligencias para su apertura.....	274
Pedimento para la apertura del testamento cerrado.....	Id.
Auto.....	275
Informacion.....	Id.
Auto.....	276
Diligencia de apertura.....	Id.
Auto.....	277
Diligencia para declarar por testamento nuncupativo el dispuesto de palabra ante testigos.....	Id.
Pedimento.....	Id.
Auto.....	278
Informacion.....	Id.
Auto.....	279
Codicilo abierto.....	280
Otorgamiento de codicilo cerrado.....	281
Poder para testar.....	282
Testamento en virtud de poder.....	283
Declaracion de pobre.....	285
Aceptacion de herencia.....	286
Repudiacion de herencia.....	Id.
Licencia para testar.....	287
Fórmula para nombrar testamentarios universales en el caso de que habla el párrafo 4, capítulo 17 de los testamentos.....	289
Fundacion de capellanía colativa.....	354
Nombramiento de capellan.....	359
Fundacion de escuela de primeras letras.....	360
Fundacion de memoria para casar huérfanas.....	369

FIN DEL INDICE.



U A N L

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS



