

puesto respecto de esta que al punto se le ha de restituir, y se ha de esperar respecto de los demas bienes; bien que hoy seria nulo el testamento en el presente caso, por no dejarse la legítima con el título de institucion (núm. 24. ley 17. tit. 1. y ley 1. tit. 4. part. 6).

20. Asimismo en atencion á que todo gravámen se tiene por no puesto *ipso jure* en la legítima, instituyendo el padre al hijo por heredero universal con el cargo de que despues de su muerte si falleciese sin hijos, restituya á otro todos sus bienes, no obstante que muera sin hijos, podrá disponer de la legítima, aunque sea en favor de un estraño, y los demas bienes deberán dejarse al fideicomisario, sin que pueda perjudicar al hijo gravado que ada ó se mezele llanamente en los bienes del padre, que calle perpetuamente y no lo contradiga, ó que haga en favor del fideicomisario liberacion de lo que ha recibido, á no ser que prometa especialmente cumplir el gravámen así en orden á la legítima como en orden á los demas bienes: todo lo cual procede en el ascendiente que sin facultad real gravase al descendiente en que tenga ciertos bienes que componen la legítima por derecho de mayorazgo, para que despues de su muerte como indivisibles é inalienables sucedan en ellos perpetuamente todos los que fuesen llamados, si no es que los hijos y descendientes poseyesen los dichos bienes unidos y vinculados por tiempo inmemorial (núm. 25. ley 41. de Toro).

21. Tambien con arreglo á lo espuesto si el padre instituye al hijo por heredero universal, dejando el usufructo de todos los bienes á su muger ó á un estraño por el tiempo de su vida, valdrá únicamente el legado del usufructo en los bienes que escedan la legítima (núm. 26). Y finalmente de tal modo se ha de despreciar el gravámen con que se deje la legítima, que aunque sea favorable al hijo no ha de tenerse en consideracion (núm. 72).

22. No es propio de la legítima necesaria el que se tenga por no puesto el gravámen con que se deje, si no es tambien de la voluntaria por suceder en lugar de aquella: en cuya atencion instituyendo el padre en alguna cosa ó cantidad al hijo que renunció de la sucesion paterna con juramento, ó al hijo espurio que impetró del Príncipe la legitimacion para suceder solamente en lo que el padre ó madre quiera dejarle, se tiene por no puesto el gravámen que le imponga (núm. 28).¹

23. Lo que hemos dicho de la condicion bajo la cual se deje la legítima, debe estenderse á la potestativa y fácil de cumplirse por el hijo (núm. 29); esceptuando aquella facilísima *si quisiere*, porque de ningun modo estingue la suidad que ecsiste en el hijo, sino la necesidad precisa de mezclarse en los bienes segun dispuso el derecho pretorio, y de consiguiente ningun gravámen induce (núm. 30).

24. Si alguno se conviene con sus hermanos en que ha de percibir menor porcion que la que corresponde á su legítima, ó toda esta con algun gravámen, consintiendo el padre ó la madre de cuya sucesion se trata, y perseverando hasta su muerte, es válido el dicho convenio, bien se haga en el acto de testar, bien antes, bien despues (núm. 31. vers. *Secundò præterquam*).²

25. Cuando el hijo gravado en la legítima repudia y tiene sustituto ó coheredero, se trasfiere á estos el gravámen, porque la legítima repudiada no se dice mas *legítima*, y con la mutacion de la persona se muda la cualidad de la cosa (núm. 33).

26. Los mismos remedios que competen al hijo constituido en la patria potestad contra el testamento del padre, competen

¹ Véase al Suarez letra Q que lleva fundadamente lo contrario.

² Lo demas de este número es indudable y no necesita de espresarse por la doctrina contenida en el núm. 10 de este cap. y comp.

al hijo emancipado, de forma que en cuanto al efecto de suceder por testamento, abintestato y contra el testamento, ninguna diferencia hay entre ellos. En cuanto á otros particulares sí median entre uno y otro varias diferencias, y así (omitiendo otras diversidades que anteriormente quedan espuestas) el hijo constituido en la patria potestad no puede comparecer en juicio sin licencia de su padre, y le adquiere el usufructo de los bienes adventicios á este, en quien reside la administracion legítima de la persona del hijo y de sus bienes, de lo cual nada se verifica en el hijo emancipado (núm. 34).

27. Si el hijo es preterido ó desheredado sin causa por la madre ó algun ascendiente de su línea, no subsiste la disposicion, y si lo fué con causa le compete la *querella*, segun dijimos cuando la pretericion ó desheredacion es por el padre ó ascendiente paterno (núm. 35). Y esto mismo acontece en favor del padre, madre ó ascendientes de ambas líneas (que pueden desheredarse por ocho causas contenidas en la *ley 11. tit. 7. part. 6.*) siendo preteridos ó desheredados por sus descendientes, los cuales por la *ley 5. de Toro* aun constituidos en la patria potestad pueden hacer testamento teniendo la edad legítima. Esta doctrina se confirma con la *ley 6. de Toro* (hoy la *1. tit. 8. lib. 5. de la Recop.*), de la cual se infiere no tan solo que los emancipados é hijos que están en la potestad suceden sin diferencia á sus ascendientes contra sus testamentos, sino es tambien por el contrario los ascendientes á sus descendientes con los mismos remedios de que gozan los descendientes que no se hallan en la potestad: debiendo estenderse esta doctrina al caso de que el hijo haga testamento de los bienes castrenses y cuasicastrenses, por hallarse hoy sujetos á la *querella* como lo acredita la citada ley 6. por aquellas palabras: *en todos sus bienes de cualquier calidad que sean* (núm. 36).

28. El hermano preterido ó desheredado sin causa ó con ella, aunque es heredero abintestato, no tiene remedio alguno contra el testamento, porque la obligacion de instituir ó desheredar se versa únicamente respecto de los descendientes y ascendientes; bien que esto no puede correr cuando el hermano instituye una persona torpe, pues entonces el hermano, germano ó consanguíneo (y no el uterino, hijo de hermano ú otro cualquiera consanguíneo) puede romper el testamento mediante la *querella* en un todo y no solamente en parte á no ser que la tal persona torpe hubiera de suceder abintestato faltando testamento, ó el dicho hermano hubiese cometido contra su hermano alguna de las tres causas de ingratitud que espresa la *ley 12. tit. 7. part. 6. vers. Pero*, y no es necesario inserir en el testamento, sino es que se pruebe por la persona torpe instituida. Tambien tiene lugar la ruptura del testamento en un todo, siendo instituido el hermano en su legítima que era y es hoy la cuarta parte de los bienes, como la persona torpe sea instituida en lo demas.¹ Y en el caso de que sean muchos los instituidos de los cuales uno es persona torpe, podrá el hermano rescindir el testamento con respecto á la parte de aquella, si no es que repudia, en cuyo caso acrecerá á los coherederos y nada pertenecerá al hermano: sin que sea de omitir que muriendo alguno abintestato podrá sucederle el hermano, no obstante que hubiese cometido contra él alguna de las tres causas de ingratitud (núm. 37. *ley 12. tit. 7. y ley 2. tit. 8. part. 6.*).

¹ A los hermanos y consanguíneos no se debe legítima, pues si se hace testamento, no hay obligacion de dejarles cosa alguna, y si suceden abintestato, percibirán todos los bienes con la carga del funeral y sufragios correspondientes al pais, calidad, caudal y circunstancias del difunto (*ley 16. tit. 4. lib. 5. de la Novis. Recop.*).

29. Por persona torpe se entiende cualquiera infame de derecho; v. gr. el condenado por sentencia á causa de haber cometido algun delito público, ó privado, como fuese de injuria, de hurto y arrebatamiento de bienes, ó por haber cometido dolo en los cuatro contratos de sociedad, depósito, tutela y mandato; el usurero público ú oculto, y el que tenga dos mugeres, dos esposas, ó muger y concubina. Tambien se dice persona torpe en nuestra materia el infame con infamia de hecho, cuya opinion por razon de su oficio, vida ó costumbres se halla manchada entre las personas graves y honestas: la propia meretriz ó concubina, el hijo espurio de algun sacerdote (no otro cualquiera simplemente natural, por no ser tan odioso ni reprobado), el jugador, el borracho, el alcahuete, el ganapan,¹ el representante ó persona que por el interes hace ostencion al pueblo de alguna habilidad suya ó espectáculo, y otros cuya designacion queda al arbitrio del juez (núm. 38): siendo digno de notar que en el fuero de la conciencia puede cualquiera instituir á un extraño persona honesta y de buena opinion, y preterir al hermano y consanguíneo pobre, porque segun la ley ninguna legítima se le debe (núm. 39).²

1 En atencion á que S. M. ha declarado por su Real Cédula de 18 de Marzo de 1783, que el oficio de curtidor, de sastre, de zapatero y otros á este modo son honestos y honrados, y que su uso no envilece al que los ejerza ni á su familia, con otras varias declaraciones favorables á dichos oficios, no se tendrán por infames ni en la presente materia ni en otra alguna los mozos de cordel, los ganapanes y cualesquiera otros que aunque ejerzan mecanismo en grado superior, se ocupen en cosa por sí inocente y beneficiosa al Estado (Véase al Señor Elizondo en el 4. tom. de su Práct. univ. for. pág. 193. núm. 76. y pág. 208. núm. 98).

2 La contraria opinion lleva el Autor en la ley 8. de Toro núm. 4. (núm. 38).

CAPITULO XII.

De los legados.

1. Explicada la materia universal de las últimas voluntades se ha de hablar finalmente de los legados. Por derecho antiguo se diferenciaban estos de los fideicomisos así en la forma como en el efecto; y aunque subsiste la diferencia en cuanto á lo primero, porque el legado se deja inmediatamente dirigiendo las palabras al mismo legatario; v. gr. *lego á Francisco ciento*; y el fideicomiso se deja con palabras oblicuas dirigiéndolas al heredero y gravándolo á dar alguna cosa á otro; se derogó la diferencia en cuanto á lo segundo, por haberse igualado los legados y fideicomisos, de suerte que cuanto tenga lugar en los unos, ha de tenerlo en los otros (núm. 1).

2. El legado es cierta donacion que se deja por el testador y ha de prestarse por el heredero (núm. 3.) la cual puede hacerse solamente con señales que manifiesten la voluntad de aquel, como por ejemplo el movimiento de la cabeza ó de los hombros: debiendo el escribano ó notario escribirlas para que despues se pueda probar y colegir el ánimo del difunto (núm. 2).

3. Si el testador entrega el legado al legatario sin expresar que lo hace por causa de haberlo antes dejado en su testamento, se convierte en una donacion pura y por todos conceptos se reputa tal; pero si lo entrega con expresion de la causa referida permanece legado, teniendo lugar en él cuanto se halla dispuesto sobre este, aunque el dominio pasa al legatario que lo recibe por el título general *pro suo* á causa de haberse dejado anteriormente, como cuando el deudor bajo condicion paga antes de verificarse esta; asimismo en el medio tiempo antes de la muerte del testador lucra los frutos (núm. 4).