

sa en su testamento, así como casa ó viña, ú otra cosa señalada, no está obligado su heredero á darla al legatario mas que una vez; pero si mandase cierta quantia de maravedís, ú otra cosa qualquiera que se pudiese contar, pesar ó medir, y en aquel mismo testamento le mandase tanta quantia cierta muchas veces, y el legatario pudiese probar que la intencion del Testador fue de legarle aquellas cosas tantas quantas veces las nombró, tiene derecho á todas, pero sino puidere probarlo, no debe recibir mas que una quantia de ellas. Si el Testador mandase en testamento á uno cierta cantidad de maravedís, y en codicilo le mandase la misma cantidad, debe entenderse que le hizo dos legados, á no ser que el heredero pruebe que la intencion del Testador fue de no hacerle mas que uno (1).

192 En los primeros tiempos no era conocida la esclavitud, pero despues con motivo de las guerras y discordias que entre las gentes se encendieron, se estableció para castigo recíproco que se cautivasen, y no se matasen (2). No me detengo en explicar quantas clases hay de siervos, ni otras cosas concernientes á esta materia, y solo paso á definir la libertad, y expresar cómo puede el Testador darla á los suyos por testamento; y digo que la libertad es un poder ó potestad natural que el hombre tiene para hacer lo que quiere, si por ley, ó fuero no le está prohibido (3).

193 Qualquier Señor tiene facultad de darla á sus esclavos en todos lugares sagrados, y profanos, en presencia, ó ausencia del Juez, por testamento, contrato, ó ante cinco testigos, con tal que se la dé por sí mismo, y no por apoderado; bien que puede mandar á sus ascendientes y descendientes que los manumitan. Si quiere darsela por testamento, ha de tener 14 años, edad precisa para testar (4); pero si tiene muchos siervos y deudas, y carece de otros bienes para la sa-

gatario adquirió la alhaja por su dinero; pues como la intencion del testador que la legó, fué que la tuviese de valde, queda sin cumplir su voluntad, y solamente lo estará, dándole lo que costó. La sabiduria y la justicia, abundan en esta regla del derecho romano, declaratoria del las últimas voluntades; y fueron muy discretos los legisladores y los intérpretes en admitirla.

(1) Ley 45. tit. 9. P. 6. (2) Ley 1. tit. 21. P. 4. (3) Ley 1. tit. 22. P. 4. (4) Dicha ley 1. tit. 22.

tisfaccion de éstas, solo puede manumitir algunos (1). Y por quanto el Señor tiene potestad de volver á su dominio al esclavo que manumitió, por varias causas prefinidas por derecho, y siempre le queda sobre él una raiz de naturaleza ó modo de Señorío, que las leyes llaman Patronazgo, para que nada le quede, ha de remitir, y quitar en la escritura de libertad el derecho de Patronazgo que tiene sobre él, como lo previene una de dichas leyes (2). Pero es de advertir, que si el Testador lega su siervo á alguno para que le sirva, no es visto legarle la propiedad y señorío de él, sino su servicio, por lo que muerto el legatario volverá al heredero del Testador (3).

194 Si el Testador hace algun legado á hombre muerto, creyendo que está vivo; ó aunque entonces lo esté, si fallece, ó es desterrado para siempre antes de la muerte del Testador, no está obligado su heredero á entregarle al del legatario, porque éste no adquirió derecho á él (4).

195 No puede legar lo que es propio de los Reyes sin su real permiso: ni los bienes de las Iglesias: ni las plazas, exidos, ni otras cosas comunes de las Ciudades, Villas y Lugares: ni los marmoles, 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 siervo Cristiano á Judío, Moro ó Herege, ni la de cosa, que aunque puede ser legada quando se manda, muda despues de estado ó condicion, v. gr. lo laical, que puede ser legado, y pasa luego á poder de la Iglesia, sin culpa del heredero, pues no tiene obligacion de entregarlo, ni su valor (5).

196 Asimismo no puede legar Castillo, Villa, Aldea, ni heredamiento que el Rey le dió por haberle hecho algun servicio militar, al que es inepto para hacerlo; pero si sabiendo su ineptitud, le lega el heredamiento, debe su heredero darle su estimacion: y si ignora si es, ó no idoneo, nada debe entregarle (6). Tampoco puede legar al siervo de su heredero

(1) Ley 25. tit. 9. P. 6. (2) Leyes 90. tit. 18. P. 3. y 5. tit. 16. y 8. 9. y 10. tit. 22. P. 4. (3) Ley 46. tit. 9. P. 6. (4) Ley 35. tit. 9. P. 6. (5) Ley 13. tit. 9. P. 6. (6) Ley 14. tit. 9. P. 6.

ro cosa alguna sino con la condicion de que le manumita, pues solo en este caso valdrá el legado (1).

197 No debe dexar á arbitrio de otro las mandas, sino hacerlas por sí mismo con pálabras, y señales tan claras y ciertas, que se conozca claramente su voluntad, y no se dude del legatorio, ni de la cosa legada (2); ni tampoco la eleccion de la persona del legatario, porque seria voluntad captatoria; pero puede dexar 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 dexa á la voluntad de otro la subsistencia del legado, sino la qualidad, ó eleccion de la persona, que es una cosa accesoria (3). Para que sean válidas, se han de hacer en testamento, en poder para testar, ó codicilo (4); 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 todo lo demás, excepto la institucion de heredero, y siendo escrita ó firmada de mano del Testador, y citandose en el testamento, ó en poder para testar, se estima por parte del testamento. 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 le pídán. 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 habersela 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 preceder tambien 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 quando se saque

(1) Ley 8. tit. 9. P. 6. (2) Leyes 11. tit. 3. y 9. 28. y 29. tit. 9. P. 6. (3) Ley Cum quidam ita 24. ff. de Legat. 2. Gom. en la ley 40. de Toro n. 48. (4) Ley 44. al principio tit. 9. P. 6.

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 en esta Corte por los inteligentes. El que quiera instruirse del concepto que merecen estas memorias ó disposiciones privadas, vea los AA. que se citan (1). Entretanto manifestaré mi opinion acerca de este punto. Dixe que estaba en práctica el admitir estas memorias, y tenerlas por parte de los testamentos una vez que fueren escritas ó firmadas de mano de los Testadores; pero aunque esta práctica sea conforme con la legislacion Romana, nuestras leyes pátrias no la han autorizado. Si la institucion de heredero, que es el acto esencial y constitutivo del testamento, no puede hacerse en memoria, tampoco las demás disposiciones testamentarias. Si la intencion del Testador es que ni el Escribano ni los testigos sepan lo que dispone, la ley en este caso le ha proporcionado un medio para que se mantenga oculta su voluntad hasta despues de su muerte, concediendole facultad de hacer su testamento ó codicilo cerrado, una vez que observe en ellos las formalidades que ha prescripto con el fin de que nunca se dude de la identidad de estas escrituras. Pero el testamento y codicilo que se remiten á memoria, ni son nuncupativos ó abiertos, ni escritos ó cerrados, únicos modos de testar autorizados y reconocidos. La ley 34. tit. 9. Partid. 6. dice: *En acabado testamento puede ser fecha toda manda. Otro si en otra manera de escrito que se face ante cinco testigos, á que llaman en latin codicillum: é la manda que fuese fecha en otra manera qualquier si non en alguna de estas dos sobredichas non valdria.* Antes que se introduxere la práctica de las memorias testamentarias, se hacian comunmente las mandas en los codicilos, que fueron unas escrituras inventadas para que los Testadores supliesen lo que habian dexado de expresar en los restamento, y para ellas la ley 3. de Toro pide las mismas

(1) Card. de Luca tract. de Testam. disc. 1. y 2. n. 2. 3. y 5. disc. 6. n. 6. disc. 14. n. 4. y disc. 15. y 78. Menochio consil. 94. n. 24. Julio Caponio discept. 202. n. penult. Ciriac. controv. 444. n. 7. 23. y 55. versic. In proposito: y n. 82. y 88. Mantic. de Conject. ult. volunt. lib. 1. tit. 7. n. 7. Ant. Fab. de Errorib. Pramm. part. 3. decad. 69. Error. 3. Gracian tom. 5. discept. forens. cap. 973. n. 44. 48 y 49. Cart. lib. 4. Controv. capit. 27. n. 72. Covar. cap. Cum tibi de Testam. n. 6.

solemnidades que para el testamento nuncupativo; es decir, que nuestras leyes en la manifestacion de las últimas voluntades exigen la misma solemnidad para instituir heredero que para dexar mandas, legados y fideicomisos.

198 Algunas veces no pudiendo los Testadores manifestar su voluntad con palabras, quieren executarlas por señas; pero ni la institucion de heredero se puede hacer de esta manera, aunque el Testador haya perdido la facultad de hablar, ni tampoco las mandas, legados, ni qualquiera otra disposicion. Este modo de explicarse no es conciliable con nuestras leyes de Partida, las quales no tuvieron por bien admitir la ley Romana que aprueba para casos semejantes estos 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 AA., 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 que señas contextó. Véase acerca de este punto á Gomez en la ley 3. de Toro nn. 112. y 113. á Mat. en la 1. tit. 4. lib. 5. R. glos. 16. y á los que éste cita.

### §. XII.

#### *De las condiciones de los legados y herencias.*

199. El Testador puede hacer los legados puramente, á dia ó tiempo cierto ó incierto, y con condicion (1); y se deben observar las honestas y posibles condiciones que imponga, porque es dueño y árbitro de sus bienes (2). De los que hace puramente siendo suyo lo que lega, pasa el dominio á su legatario inmediatamente que fallece, y aunque éste muera antes que tome posesion del legado, ó que el heredero del Testador entre en la herencia, ó la acepte, no dexarán por eso de llevarlo los que sean sus herederos, y el del Testador

(1) Ley 31. tit. 9. P. 6. (2) Ley In conditionibus 19. ff. de Conditionib. & demonstrationib. y Authent. De nuptiis, ibi: *Disponat unusquisque de suis, ut dignum est, & erit lex ejus voluntas.*

estará obligado á entregárselo con los frutos que le corresponden, y haya producido la cosa legada desde el dia en que aceptó la herencia, ó entró en ella, segun queda expuesto. Si lo que lega el Testador no es suyo, debe su heredero comprarlo, y entregarlo al legatario, y no queriendo comprarlo, darle su importe con el de los frutos que produjo desde el dia que se le mandó (1); pero si el legado es de usufructo, no le gozará el legatario hasta que el heredero entre en la herencia, y lo mismo debe executarse con el siervo si el Señor le diese libertad, ó le hiciese alguna manda (2).

200 Los que hace á dia cierto, v. gr. *Mando á Pedro cien reales para el dia de la próxima Natividad*, valen y se pueden entregar incontinenti al legatario, y aunque éste fallezca antes que llegue el dia prefijido, los habrá su heredero (3), pero de los que hace con condicion á tiempo incierto, v. gr. *Mando á Pedro cien reales, para quando cumpla 14. años*, no se trasfiere el dominio al legatario hasta que se cumpla el dia señalado, porque puede morir, y no verificarse; y es lo mismo que si el Testador le pusiera la condicion de que habia de cumplir precisamente la edad para poder percibir el legado (4).

201 Y de los que hace con condicion, ya sea de presente v. gr. *Mando á Pedro tanta cantidad, si está haciendo tal cosa que le encargué*. O de preterito, v. gr. *Si la hizo*; ó de futuro, v. gr. *Si la hiciere*, tampoco pasa el dominio al legatario, por lo que hasta que se verifique la condicion no llevará el legado; y si muere antes que se cumpla, no tendrán sus herederos derecho á pedirlo (5). Pero si lo hace á dos juntos, v. gr. *Mando á Pedro, y á Juan cien reales, si hicieren tal cosa*, ó hubiese substituto en ella, no lo llevará el heredero del Testador, sino el compañero ó substituto del legatario, verificandose la condicion despues de la muerte de este (6), pues la que se pone en la institucion, se entiende repetida en la substitution, no constando lo contrario de la voluntad del Testador.

202 Las condiciones unas son *contra derecho*: otras *contra naturaleza*: otras *imposibles de hecho*: otras *dudosas*: otras

(1) Leyes 34. 35. y 37. tit. 9. P. 6. (2) Ley 35. tit. 9. P. 6. (3) Ley 34. tit. 9. P. 6. (4) Ley 31. tit. 9. P. 6. (5) Ley 21. tit. 9. P. 6. (6) Ley 34. tit. 9. P. 6.