

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 prefijado, 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 hiciere 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.

casuales: otras potestativas: otras mixtas: otras causales: otras modales: otras necesarias; y otras tácitas. Contra derecho v. gr. Mando á Juan mil reales, si no diere de comer á su padre. Contra naturaleza v. gr. Mando á Pedro tanta cantidad si llegáre al cielo con la mano. Estas dos condiciones no valen, y se tienen por no escritas, ni puestas en el testamento. Lo mismo sucede con las que son contra buenas costumbres, obras pias y honestidad de aquel á quien se ponen, pues se reputan por imposibles, y por esta razon no deben cumplirse, y vale el legado (1) (a).

(1) Ley 3. tit. 4. P. 6.

(a) El Autor procedió en la division de las condiciones que pueden ponerse en los legados y herencias con arreglo en un todo á las leyes de Partida, que la tomaron del derecho civil. El anotador del Febrero Reformado en la nota 1 y 2 del cap. 1. dice que esta division es tan defectuosa como otras muchas que hacen nuestros intérpretes, y para probarlo se vale de unos argumentos metafísicos, que nada producen sino obscuridad y confusion. Los imposibles de hecho asegura que son imposibles por naturaleza, y que asi deben omitirse del todo, diciendo solamente que las condiciones son imposibles por derecho y por naturaleza. No pensaron con tan poco fundamento los AA. de un código tan sabio como las Partidas. Ellos sabian que hay imposibles de hecho, esto es, de cosas que el hombre no puede hacer, como por exemplo un monte de oro; que los hay de derecho, esto es, de cosas que son contra el derecho positivo ó natural, como el no sacar un hijo á un padre de cautiverio, ó no alimentarle, y que los hay por naturaleza esto es, de cosas, que envuelven contradiccion con la naturaleza, cómo seria el llegar un hombre con la mano al cielo. Podráse segun esto decir que no hay imposibles de hecho? Que la division es defectuosa? Dice tambien el anotador que la condicion imposible por derecho ó por naturaleza vicia los contratos, y de este principio deduce esta consecuencia, ¿y por qué no la institucion de heredero ó los legados? Pero para deducirla legitimamente era indispensable que hubiese identidad de razon, ó alguna analogía entre una institucion y un contrato, quando estan muy distantes por su naturaleza misma. Un contrato es un acto por el qual dos hombres se imponen obligaciones reciprocas, y una institucion es un acto puramente gracioso respecto de los extraños, ó por mejor decir una manifestacion del amor, y de la voluntad del hombre hacia otro hombre, y quando es entre hijos, respecto de los quales la sucesion en los bienes nace del orden y conveniencia de la sociedad, es una declaracion de que aquellos que instituye son sus hijos, y de consiguiente sus sucesores ó representantes. Tiene esto alguna analogía, alguna identidad con un contrato? Dígase pues, que si los contratos tienen condiciones que no puedan cumplirse, porque no esté en la mano del hombre el hacerlo, ó porque sean contra derecho, ó contra naturaleza, no deben ser subsistentes, pero si las instituciones ó legados donde se pusiesen únicamente por error, porque no es presumible que quando la intencion del testador

203 Las imposibles de hecho son: v. gr. Establezco á Pedro por mi heredero, si diere á Antonio un monte de oro. Este establecimiento no vale.

204 Las dudosas (que por otro nombre llaman *Perplexas*) son, v. gr. *Instituyo á Pedro por mi heredero, si Juan fuere mi heredero.* Esta institucion tampoco vale, porque ninguno de los dos puede empezar á ser heredero antes que el otro, y asi no llevarán la herencia (1). Las casuales, ó contingentes dependen regularmente de la omnipotencia: llamanse casuales, porque pueden suceder, ó no, v. gr. *Instituyo á Juan por mi heredero, si mañana lloviera, ó hiciera sol, y dia claro sin nublarse.* Si la condicion se verifica, percibirá la herencia; pero hasta entonces ningun derecho tiene á ella: y lo mismo sucede en los legados (2).

205 Las potestativas son las que dependen de la voluntad humana, v. gr. *Instituyo á Juan por mi heredero, si Diego subiere á la torre.* Si la condicion se cumple, llevará la herencia ó legado, y no de otra suerte. Las mixtas de casuales y potestativas son aquellas, cuyo suceso depende del hombre y de la casualidad, v. gr. *Instituyo á Pedro por mi heredero, si volviere de las Indias.* Depende del hombre, porque puede, ó no volver; y de la casualidad, porque puede, ó no haber navio para venir, y aunque lo haya, naufragar; y asi para que el heredero, ó legatario perciban la herencia ó legado, es preciso que se verifique la condicion (3).

206 Las casuales son las que miran al tiempo pasado, y se llaman asi, porque se expresa la causa ó motivo que impele á hacer el legado, ó institucion de heredero, v. gr. *Mando á Pedro cien reales, porque me hizo tal cosa que le encargué.* En cuyo caso aunque la causa sea falsa, vale el legado, debe haberlo el legatario (4), y el heredero del Testador entregárselo, sin inspeccionar la verdad ó falsedad del motivo porque se hizo (5).

207 Las modales, ó hechas baxo de cierto modo, pare-

es hacer un bien ú uno, quisiese estorvarselo poniendole semejantes condiciones. Sin duda que nuestros legisladores que lo han determinado asi, han sido mas sabios que nuestro Reformador.

(1) Ley 5. tit. 4. P. 6. (2) Ley 8. tit. 4. P. 6. (3) Ley 9. tit. 4. P. 6. (4) Ley 21. tit. 9. P. 6. (5) Ley 20. tit. 9. P. 6.

cen causales, mas no lo son, porque miran al tiempo futuro, y el *por qué* de ellas equivale á *para*, v. gr. *Maando á Juana cien ducados, porque case con Antonio, o porque haga tal cosa.* Esta manda es válida, y debe entregarse al legatario, dando previamente la caucion, (que los Legistas llaman *Muciana*) de cumplir lo que el Testador le mandó, pues cumpliéndolo, gana el señorío de ella; y tambien lo ganará, aunque no lo cumpla si practica las conducentes diligencias para ello, y no de otra suerte (1). En quanto á la diferencia que hay entre la *condicion*, el *modo*, y la *demonstracion*, y cuándo se entenderán hechos los legados, ó contratos con modo ó condicion; vease á *Parlador. different.* 147. que lo explica claramente en los cinco §§. que trae, y dá la regla para conocer quando el legado, ó institucion es modal, ó condicional, y lo que digo en el lib. 2. cap. 6. de mi segunda parte.

208 Las necesarias son las que tienen apariencia de causales, y no lo son, pues se han de verificar precisamente, v. gr. *Mando á Pedro mil reales, ó le instituyo por mi heredero, si se muriere*, no señalando hasta qué tiempo, ó *si mañana naciere el sol.* En este caso vale el legado, ó institucion, y puede pedirse aquel, ó la herencia luego que muera el Testador, porque es preciso que Pedro se muera, y el que el sol nazca (2).

209 Y las tácitas son las que se entienden puestas por derecho, aunque no se pongan, v. gr. un padre tiene dos hijos legítimos, y los instituye por sus herederos, mandando que el que sobreviva herede al que primero fallezca; en cuyo caso si el que muere antes, dexa hijo ó descendientes, le heredarán, y no el hermano, pues se entiende que la voluntad del padre fue que heredasen los hijos de su hijo, y que si el hermano de éste llegaba á heredar, fuese en el caso de que el muerto no dexase sucesion; y así aunque el Testamento no contenga expresamente esta condicion, debe cumplirse, porque se entiende tácitamente puesta. Pero si con ella establece á dos estraños por herederos, no heredarán los hijos del muerto, sino los del otro instituido, á quiénes se acrecerá la herencia (3), á menos que lo mande expresamente.

(1) Ley 21. tit. 9. P. 6. (2) Ley 8. tit. 4. P. 6. (3) Ley 10. tit. 4. P. 6.

210 Algunas veces suelen los Testadores poner en sus testamentos muchas condiciones juntas, y otras veces apartadas: *Juntas*, v. gr. *Mando á Pedro tal alhaja, ó le instituyo por mi heredero, si hiciere tal cosa, diere tanto á pobres, y fuere en romería á tal parte.* En este caso para que pueda percibir la herencia, ó legado, es preciso que todas se cumplan. *Apartadas*, v. gr. *Mando á Pedro tales tierras, si diere tanto á pobres, ó fuere á tal romería.* En este caso basta que cumpla qualquiera de ellas para poder percibir el legado, porque están puestas con modo disyuntivo: y las otras con el copulativo (1).

211 Otras veces ponen una condicion que comprende á muchas personas, v. gr. *Establezco por mis herederos á Pedro, Diego y Juan mis siervos, si fueren míos al tiempo de mi muerte.* En este caso, aunque al tiempo de la muerte del Testador no sean todos sus esclavos, llevará la herencia ó legado el que lo sea (2). Y otros ponen condiciones á uno ó mas, y á los restantes no, v. gr. *Instituyo por mis herederos á Pedro y Juan, pero á Pedro con la precisa condicion de que haga tal cosa, y no de otra suerte.* En este caso Juan percibirá inmediatamente su parte de herencia, por haber sido instituido pura ó simplemente; y Pedro no la llevará hasta que cumpla lo que el Testador le ordenó, á menos que su cumplimiento no dependa de culpa suya, pues basta que practique las diligencias correspondientes para conseguirlo (3).

212 Por regla general se previene al Escribano para su instruccion, que los legatarios y herederos estraños para que puedan llevar la herencia ó legado, deben cumplir todas las condiciones posibles y honestas que el Testador les imponga, ó practicar las diligencias concernientes á su consecucion; y de lo contrario nada llevarán, á menos que habiendo hecho de su parte lo que puedan, se frustre por algun acaecimiento, que entonces no por eso dexarán de percibirla. Siendo prohibitivas, v. gr. *Mando á Pedro mil reales, si no hiciere tal cosa, si lo que se prohíbe, puede cumplirse, y no es contra derecho, naturaleza, buenas costumbres, obras pías, ú*

(1) Ley 13. tit. 4. P. 6. (2) Dicha ley 13. (3) Leyes 12. y 14. tit. 4. P. 6.

honestidad del legatario ó heredero, debe hacerla; y en este caso para la percepción del legado ha de dar caucion, y si no quiere darla, no se le debe entregar, ni tampoco la herencia (1).

213 Tambien se le previene que si el Testador hace algun legado ó institucion contra derecho, ó de tal modo, ó cosa que no debe, aunque mande que se cumpla, y que de lo contrario no perciba el heredero ó legatario la herencia ó legado, no valdrá, ni se cumplirá, y no por eso dexará de tener efecto la institucion ó manda. Lo mismo procederá, si manda hacer de su cuerpo, ó de sus huesos, ó en su sepultura alguna cosa que sea contra ley ó costumbre de su tierra, ó contra su fama, ú honor de sus parientes, pues no debe ser obedecido tal precepto, sino antes bien tenerse por no escrito, ni puesto en el testamento (2). El que quisiere mayor instruccion, vea los títulos 4. y 9. de la Part. 6. á Antonio Gom. lib. 1. Var. cap. 12. y especialmente desde el núm. 57. hasta el fin, y á su adicionador Ayllon.

214 El Testador puede revocar siempre que quiera, todas ó parte de las mandas que ha hecho; y aunque no las revoque expresamente, se entienden revocadas quando cancela, ó manda á otro que cancele la escritura en que las hizo; pero no si éste lo hace sin su orden (3); ó si despues da las cosas legadas á otro; mas no si las vende ó empeña: y así en este caso llevará el legatario su estimacion, á menos que el heredero pruebe que la voluntad del Testador fué revocar las mandas (4). Tambien se entienden revocadas quando despues de hechas se pierden las cosas, en cuyo caso tampoco está obligado el heredero á entregárselas, ni su valor, excepto que haya tenido culpa en su pérdida (5). Lo propio milita si lega lana, madera, ó cosa semejante, y despues hace de la lana paño, y de la madera casa ó nave (6), porque muda su forma, y dexa de ser la cosa legada.

215 Aunque el testamento se rompa por pertericion ó desheredamiento, valen las mandas y libertades de esclavos

(1) Leyes 7. y 14. tit. 4. y 22. tit. 9. P. 6. (2) Leyes 32. tit. 9. P. 6. y Nemo potest 55. ff. de Leg. 1. (3) Ley 39. tit. 9. P. 6. (4) Leyes 17. y 40. tit. 9. P. 6. (5) Ley 41. tit. 9. P. 6. (6) Ley 42. tit. 9. P. 6.

que contenga (1). Lo mismo procede quando el heredero no quiere aceptar la herencia, ó por qualquiera causa no entrar en ella; pero debe constar de la solemnidad prescripta por derecho (2). Se previene que las Religiones de la Santísima Trinidad y Merced no pueden llevar mandas inciertas, ni quintos de los que mueren *ab intestato* (3). En quanto á si el testamento solemne será ó no ejecutivo por la deuda, legado ó fideicomiso, y qué cosas son necesarias para que lo sea, véase lo que explicaré en el cap. 2. lib. 3. de mi segunda parte.

§. XIII.

De la quarta Falcidia.

216 Una ley de las doce tablas permitia á los Testadores que distribuyesen sus bienes en legados: y acontecia que muchas veces nada les quedaba á los herederos, por cuya causa no querian aceptar las herencias. Con este motivo se promulgó la ley *Furia*, que prohibió dexar á cada legatario mas que mil auros; y despues la ley *Voconia*, que tambien prohibió dexar á otro mas que al heredero. Pero como ninguna de estas leyes fuese bastante para obligar á los herederos á admitir las herencias, se estableció la ley *Falcidia*, llamada así de Cayo Falcidio, Tribuno del pueblo Romano, que la propuso, por la qual se ordenó que estando tan gravada la herencia con legados, que nada quedase al heredero que percibir, ó le quedase menos que la quarta parte de ella, pudiese sacar y retener para sí esta quarta parte de cada legado ó fideicomiso (4). Pero aunque la ley Falcidia y el Senado consulto Trebeliano tienen tal relacion y semejanza entre sí, que muchas veces se entiende uno por otro (5); se diferencian no obstante, en que la Falcidia solo tiene lugar respecto de los legados y fideicomisos singulares ó particulares; pero el Senado consulto se extiende á toda ó parte de la

(1) Ley 7. tit. 8. P. 6. (2) Ley 1. tit. 18. lib. 10. N. R. 1. tit. 4. lib. 5. Recop. (3) Ley 3. tit. 20. lib. 10. N. R. (4) Instit. de lege Falcidia, el tit. Cod. ad leg. Falcidiam, cap. Quædam 6. distinct. 2. Ferr. Biblioth. verb. Falcid. n. 1. al 3. (5) Bart in leg. 3. ff. ad legem Falcid.