

INDICE

DE LO CONTENIDO EN EL TOMO II.

Tít. VIII. Quien puede enagenar ó no,	. 140
Tít. IX. Por que personas se puede adquirir,	146
Tít. X. De los testamentos, 154
Adicion, 164
Tít. XI. Del testamento militar, 166
Adicion, 171
Tít. XII. De los que no pueden hacer testamento, id.
Tít. XIII. De la desheredacion, 177
Adicion, 184
Tít. XIV. Quienes pueden ó no ser instituidos por herederos, 185

la seducción y el engaño valiendose de los pretestos mas sagrados, pongan en la ultima miseria á los imbéciles, que con la mejor intencion y dejandose deslumbrar, abandonan todos sus bienes.

TITULO VIII.

Quien puede enagenar ó no.

En este título se debe notar una regla general y dos escepciones que padece. La regla es esta: *el señor puede enagenar su cosa*: la cual nace de la naturaleza y definicion del dominio, que segun dijimos es el derecho en una cosa corporal del cual nace la facultad de disponer de ella y de vindicarla. Pero esta regla padece como hemos dicho dos escepciones de las cuales se trata en este título. La 1. es que *algunas veces sucede que uno sea señor y con todo no pueda enagenar.* 2. *Otras veces el que no es señor tiene derecho de enagenar.*

La 1. escepcion reducida á que algunas veces el señor no puede enagenar,

se prueba con el ejemplo del marido, que siendo señor de la dote no puede enagenarla;* pero esto se entiende no habiendosele entregado apreciada, pues si así se entrega podrá enagenarla quedando obligado á restituir la misma cantidad que recibió cuando se separe el matrimonio.†

Otro ejemplo de un señor que no puede enagenar, nos presenta el pupilo. Este en realidad de verdad es padre de familias, como tambien un menor, y con todo ninguno de los dos puede enagenar, porque estan bajo de tutela ó curatela, y no tienen la libre administracion de sus cosas.‡ La diferencia que hay entre uno y otro consiste en que la enagenacion hecha por el pupilo es *ipso jure nulla* y de ningun valor,§ y la que hace el menor vale si jurare sostenerla.|| No pudiendo pues el pupilo enagenar, se sigue que no puede dar á mútuo,

* L. 7. tit. 11. P. 4.

† Vease hasta el fin la dicha ley.

‡ L. 17. tit. 16. P. 6. y la 4. tit. 11. P. 5.

§ Dicha ley 17.

|| L. 6. tit. 19. V. Esso mismo sería P. 6.

142

pues por este contrato se hace una verdadera enagenacion; y así, si el pupilo llegó á entregar el dinero y todavia existe en poder del que lo recibió, se puede vindicar, pues el pupilo en tal enagenacion, no ha trasferido dominio, y si no lo ha trasferido permanece señor, y por consiguiente puede vindicarlo. Pero si el dinero ha sido consumido con buena fé por el que lo recibió, aunque entónces no tiene lugar la *rei vindicacion*, pero se dá al pupilo accion personal contra él para que restituya todo lo recibido. Lo mismo sería si el pupilo pagase sin autoridad del tutor, pues esta tambien es enagenacion.*

Siguese la 2. escepcion, y es que uno que no es señor pueda enagenar. De esta se pueden proponer dos ejemplos. El primero es del acreedor á quien ha dado su deudor alguna cosa en prenda, el cual no se hace señor de ella, sino que tiene un derecho en la cosa muy distinto del dominio, y con todo, no pagando el deudor puede venderla, y del

* Vease la ley 4. tit. 14. P. 5.

precio que saque de ella satisfacerse.*
Esta enagenacion no la puede impedir el deudor, si no es que ecsiba toda la deuda, pues de otra manera sería inútil la prenda y ninguna seguridad prestaria si nunca se pudiese enagenar.

Mas aunque esta regla es verdadera, con todo por razon del modo con que se hace la distraccion de la prenda, es menester distinguir tres casos. Primero; si se pactó poder venderla si hasta un cierto dia no se hubiese pagado. Segundo: si se pactó que no se vendería. Tercero: cuando nada trataron acerca de esto el acreedor y el deudor.

En el primer caso, esto es, cuando se pactó vender la prenda, no se puede realizar la venta aunque se haya prefijado dia para la paga y tratado que si esta no se hiciere en el dia señalado se pueda vender la cosa sin otro requisito, porque aun en este caso es necesaria la denunciacion ú aviso al deudor, la cual se ha de hacer en su persona, si está presente en el lugar, y si no á los de su

* L. 41. tit. 13. P. 5.

casa.* Mas si por alguna causa no se pudiere dar aviso al deudor, entónces se podrá vender la cosa; pero en pública almoneda.†

Cuando al tiempo de la convencion pactaron los contrayentes de nunca vender la prenda, no obstante, si pasados dos años y amonestado por tres veces el deudor no pagare, se podrá vender sin hacer caso del pacto precedente,‡ pero en almoneda.

Finalmente si nada se trató al tiempo de la convencion sobre vender ó no la prenda, no se podrá verificar la venta antes de que pasen doce dias siendo la prenda de cosa mueble, y treinta si fuere de cosa raiz: los cuales terminos se han de contar desde el dia en que el acreedor amonestó al deudor ante testigos.§

El 2. ejemplo con que se prueba que uno que no es señor, puede muchas veces enagenar, es el del tutor, el cual no siendo señor de las cosas pupilares, sino un

* L. 41. tit. 13. P. 6.

† La misma ley al medio.

‡ L. 42. tit. 13. P. 5. V. *otro si decimos* en el med.
§ D. L. 42.

puro administrador, con todo puede por lo regular enagenarlas.* Dije por lo regular, porque se debe distinguir de bienes muebles, y raíces. Las cosas muebles comunes, ó que no se pueden guardar, las puede enagenar por sí; mas las preciosas y todas las raíces no las puede enagenar, si no es por utilidad conocida ó por necesidad, como para dotar alguna de las hermanas del pupilo, ó para pagar alguna deuda de consideracion que si se demora, aumentará las usuras: y en estos casos lo debe hacer con decreto del juez, quien en vista de las causas, dará licencia para la enagenacion.†

Aunque el recibir uno lo que se le debe no sea enagenacion, con todo, hasta esto se halla prohibido al pupilo sin autoridad de su tutor, y decreto del juez, de tal suerte que si alguno le paga algo sin estos requisitos, y el pupilo ó menor pierde ó juega el dinero recibido, tendrá el deudor que pagar de nuevo

* Arg. de las leyes 17. y 18. tit. 16. P. 6.

† Ll. 18. tit. 16. P. 5. y 60. tit. 18. P. 3.

segun lo dispone el derecho para evitar los muchos inconvenientes que resultan de hacer los pagos á los pupilos y menores.*

TITULO IX.

Por que personas se puede adquirir.

Para entender mas claramente las personas por medio de las cuales adquirimos, se debe establecer ante todas cosas el siguiente acsioma. *Adquirimos no solamente por nosotros mismos, sino tambien por medio de nuestras cosas*; ninguno duda que sea mio el dinero que resulte del alquiler de mis caballos; que sea mia una ave que ha cazado mi halcon &c. Supuesto lo que hemos dicho ya de que lo accesorio sigue á lo principal, es nuestro todo aquello que se aumenta á nuestra cosa, ó por beneficio del arte ó de la naturaleza.

De aquí podíamos inferir como se inferia antiguamente, que todo lo que el

* L. 4. tit. 14. P. 5.

siervo adquiere, lo adquiere para su señor;* pero las disposiciones novísimas de nuestro derecho mirando con mas conmisericordia á los siervos, y deseando proporcionarles con que se puedan hacer libres, disponen que puedan tener peculio propio trabajando dos horas cada dia para sí, con tal que el demas tiempo que hay de sol á sol lo empleen en servicio de sus señores.† A que se agrega que en el dia adquieren para sí cuanto se les dá, y sus señores les permiten ganar cuanto se les proporciona en sus manufacturas, no haciendo falta en las ocupaciones á que los destinan.

Lo dicho hasta aquí pertenece á los verdaderos siervos que en realidad estan en nuestro dominio. Mas algunas veces sucede que no tenemos el siervo como señores, sino como usufructuarios, esto es, la propiedad del siervo no nos pertenece, sino el usufructo. Otras veces un hombre nos sirve, ó lo tenemos por siervo con buena fé aunque injustamente haya sido reducido á la servidumbre, v.

* Vease la ley 7. tit. 21. P. 4.

† Cédula de 31 de mayo de 1789. Cap. 3.

g. el patriarca José que fue esclavo de Putifar. Este á la verdad no es siervo, aunque viva en servidumbre, sino hombre libre. Veamos pues, que se adquiere por medio de estos siervos fructuarios, ó poseidos con buena fé. Para esto se ha de distinguir si adquieren algo por sus obras, ó por nuestra cosa, ó si de otra parte les viene alguna adquisicion. En el primero y segundo caso adquieren para el usufructuario ó poseedor de buena fé. En el tercer caso el siervo fructuario adquiere para el señor de la propiedad, y el hombre libre poseido con buena fé, adquiere para sí.* Los ejemplos en esta materia son claros, y no necesitan de especificarse.

Los hijos de familia á mas de los siervos han sido otro medio de adquirir; mas para su inteligencia esplicaremos que cosa sea peculio, como se divide, y que utilidad corresponde al padre en estos bienes. Esta palabra peculio parece derivarse de *pecude* por razon de que en ganados consistia la principal

* L. 23. tit. 31. P. 3.

riqueza de los antiguos. Así, el que tenía mucho ganado se llamaba rico, y el que lo contaba con prontitud y facilidad era pobre. Se inventó después la moneda; pero retuvo el nombre de pecunia que había tenido antes. De aquí nació, que como lo que daban los padres á sus hijos para que girasen consistía en algún número de ganados, se le llamó peculio. Este hasta el día, ahora consista en dinero, ahora en efectos, no es otra cosa que un caudal que el hijo de familias, ó el siervo maneja separado de los bienes del padre, ó del señor. De donde se infiere, que un hombre que ni es hijo de familias, ni siervo no puede tener peculio. El peculio de los hijos de familia se divide en militar y pagano; el militar en castrense y cuasi castrense; y el pagano en profecticio y adventicio.*

El peculio militar es aquel que se adquiere por medio, ó con ocasion de la milicia. Esta ó es armada como cuando uno se emplea en las armas; ó togada

* Ll. 5. 6. y 7. tit. 17. P. 4.

como cuando se ejercita en las letras, ó en la judicatura : de aquí nace que un peculio se llama castrense, y otro cuasi castrense. El primero se adquiere en la milicia armada : y el segundo en la togada, á la cual se refiere todo lo que se adquiere no solo enseñando jurisprudencia, sino tambien teologia, medicina &c. y cualesquiera artes liberales ; ó ejerciendo los oficios de consejeros, oidores, &c.* Hemos dicho en la definicion, que no solo es peculio castrense lo que se adquiere por medio, sino tambien lo que con ocasion de calquiera de dichas dos milicias percibe el hijo de familias ; por lo cual pertenece al peculio castrense no solo la renta, que se le dé por militar, sino las donaciones que el padre le haya hecho al partirse á la milicia para su ajuar, caballos, ó armas &c. pues todo esto lo ha adquirido con accion de la milicia armada á que se ha dedicado.† Por la misma razon al peculio cuasi castrense no solo pertenece todo lo que el hijo adquiere por las

* Ll. 6. y 7. tit. 17. P. 4.

† L. 3. tit. 4. P. 5.

ciencias v. g. los honorarios que como abogado, catedrático, médico &c. recibe, sino tambien los gastos que su padre hace en sus estudios, en libros &c. porque todo esto le viene con ocasion de la milicia togada.*

Tal es el peculio militar. Mas todo aquello que el hijo adquiere fuera de esta carrera, pertenece al pagano. En este; todo lo que viene al hijo de los bienes del padre, ó por contemplacion de este, se llama *profecticio*; si le viene de otra parte v. g. de la madre, ó de un extraño, será *adventicio*, al cual se reduce todo lo que el hijo gana por su propio trabajo, v. g. por las artes mecánicas como por sastre, carpintero &c. y todo lo que adquiriera por fortuna como tesoro &c.

Hasta aquí solo hemos dado las definiciones del peculio castrense, y cuasi castrense; profecticio, y adventicio. Veamos ahora que derecho tiene el hijo en ellos, y cual el padre. Esto se explica muy bien con varias reglas.

* D. L. 3. en el fin.

1. *El peculio castrense, y cuasi castrense con pleno derecho pertenece al hijo.** De esta regla se infiere, que el padre en estos peculios no tiene ni el dominio, ni el usufructo, ni aun la administración, sino que el hijo tiene todos estos derechos.† Que el hijo en este peculio se tiene como padre de familias; y así, puede de estos bienes hacer testamento, donar, vender, y enagenar de cualquiera manera.‡

2. Regla: *el peculio profecticio con pleno derecho es del padre, y el hijo no tiene en él otra cosa mas que la administración para ejercitar su industria.§* La razón consiste en que el hijo se reputa como una misma persona con su padre, y esto impide que puedan pactar ó contraer: no pudiendo pactar, no puede donar el padre al hijo, ni de consiguiente transferirle el dominio de las cosas donadas, pues permaneciendo señor del peculio profecticio, y no teniendo el hijo

* Ll. 6. y 7. tit. 17. P. 4.

† L. 6. ya citada.

‡ L. 3. en el princ. tit. 4. P. 5.

§ L. 5. en el princ. tit. 17. P. 4.

ningun derecho sobre este, siempre vendrian á quedar en poder de aquel.

Todavía es mas útil al hijo el peculio adventicio del cual se establece esta :

3. Regla: *la propiedad del peculio adventicio ordinariamente está en el hijo ; el usufructo y la administracion en el padre**. Aquí pues, ordinariamente tiene algo el padre, esto es, el usufructo y la administracion, y algo el hijo, conviene á saber, la propiedad. Esto es lo regular ; pero hay varios casos en que sucede de otra manera, y de aquí es que este peculio se divide en ordinario ó regular cuando el hijo tiene la propiedad y el padre el usufructo ; extraordinario ó irregular cuando el hijo lo tiene todo y el padre nada. Esto acontece en tres casos. 1. Si el hijo acepta una herencia contra la voluntad de su padre. 2. Si se dona, ó se lega algo al hijo con la condicion de que nada perciba el padre. 3. Si el padre se maneja dolosamente en los bienes de su hijo, pues entonces en pena pierde el usufructo. Lo dicho no impide

* L. 5. d. tit. y P,

154

qua haya muy grande diferencia entre el peculio castrense y cuasi castrense, y el adventicio irregular, pues en el castrense y cuasi, el hijo se halla como padre de familias, y puede disponer con entera libertad de él; no así en el adventicio, aunque puede testar de ambos habiendo llegado á la pubertad.*

TITULO X.

De los testamentos.

Síguese ya la materia de testamentos que es utilísima, y cuyo enlace con los títulos anteriores es fácil de descubrirse. Comenzamos arriba á tratar de los modos de adquirir el dominio: los dividimos en naturales y civiles. Los naturales eran tres, *ocupacion, accesion y tradicion*, de los cuales se trató bastante. Dividimos los civiles en singulares cuando se adquiere una còsa singular, y universales cuando se ad-

* Arg. de la L. 4. tit. 4. lib. 5. de la Rec.

155

quiere todo el derecho que otro tenía en sus bienes: v. g. porque al comprador no pasan todos los derechos y obligaciones del vendedor, se llama sucesor singular; pues solo sucede á otro en una cosa: por el contrario, un heredero es sucesor universal, porque todos los derechos y obligaciones del difunto pasan á él. Los singulares dijimos eran cuatro: *prescripcion*, de la que ya se trató; *donacion* que impropiamente se podrá llamar en el dia modo de adquirir; *legado y fideicomiso*, de los cuales se debia ya tratar; pero el órden de las instituciones de Justiniano que nos hemos propuesto seguir, pide, que se trate primero de los testamentos y despues de los legados y fideicomisos.

La herencia que segun hemos dicho es el único modo de adquirir universal, no es otra cosa que la *sucesion en todo el derecho que el difunto tenia*. Es de dos maneras, ó por testamento cuando uno por el mismo difunto es llamado á la sucesion, ó *ab intestato* cuando la ley llama á alguno á la sucesion referida.

Testamento es *una legítima determi-*

156

*nacion de nuestra voluntad por medio de la cual disponemos para despues de nuestra muerte de la hacienda, bienes y derechos que nos competen, con institucion directa de heredero: ó en términos mas precisos: es una justa sentencia de nuestra voluntad que espresa lo que quiere se haga despues de la muerte.** Se dice que es una sentencia ó *determinacion de la voluntad*, porque los que no pueden tener voluntad de disponer de sus cosas como los que no han llegado á la pubertad, no pueden por esto testar: de la misma manera que los que no pueden declararla, como los sordos y mudos, ó fátuos. Debe ser *justa* esta determinacion, esto es, arreglada al derecho y con todas las solemnidades que este ecsige. Se añade: con *institucion directa de heredero*, pues no habiendola no valdrá como testamento, sino como última voluntad ó codicilo.†

Dijimos que el testamento es *una justa ó legitima determinacion de nuestra*

* L. 1. tit. 1. P. 6.

† L. 1. tit. 4. lib. 5. Rec. de Cast.

voluntad, y como esta se puede declarar ó por escritura ó por viva voz, si se hiciere del primer modo, se llamará *escrito* ó *cerrado*: si del segundo, será *nuncupativo* que tambien se llama *abierto*.* Veamos ahora algunos acsiomas que supuesto lo dicho serán claros.

1. *Cualquiera puede testar por escrito ó de palabra*, pues ambos modos son aprobados por nuestro derecho.†

2. *Se requiere entero juicio en el que hace testamento*.‡ Por este defecto no podrá declarar su voluntad el que está destituido de uso de razon y no sabe lo que piensa ni lo que quiere. De aquí se infiere que ni el infante, loco ó mentecato pueden hacer testamento, como veremos despues.

De la misma definicion dada, y en que se dice que el testamento debe ser una justa y legítima determinacion de nuestra voluntad, nace el acsioma siguiente.

3. *Todas las solemnidades que las le-*

* Ll. 1. y 2. tit. 1. P. 6.

† Arg. de las Ll. 1 y 2. del dicho tit. y P.

‡ L. 13. tit. 1. P. 6.

yes ecsijen, se deben guardar en el testamento, si una se omite, el testamento es injusto y nulo. Es la razon; porque estas solemnidades las introdujeron las leyes, y estas siendo de derecho público no pueden mudarse por la voluntad de los particulares. Por solemnidades entendemos aquí ciertos requisitos esenciales que las leyes de ninguna suerte quieren que se omitan en el testamento: y la razon por que las ecsigen está fundada en que no hay cosa que mas deseen los hombres que adquirir bienes por herencia, por cuya causa nada hay mas espuesto á fraudes y trampas que el testamento: impedir pues, estas maldades intenta el derecho con establecer tantas solemnidades, tantos testigos y tantos requisitos para que no sea facil fingir un testamento, falsificarlo ó corromperlo.

Veamos ahora estas solemnidades 1. es *la unidad de contesto*: se dice hacerse el testamento en un contesto, cuando todas las solemnidades se ponen á un mismo tiempo, de suerte que no se interrumpe el acto de testar, y cuando no

se mezcla otro acto extraño.* V. g. si el testador comenzando á declarar su última voluntad celebrase algun contrato con uno de los testigos, ó con otro y despues continuase el testamento, no valdria por falta de unidad de testamento. Pero esto se ha de entender razonablemente, pues si al testador ó al testigo les sobreviene algun impedimento breve, v. g. si al testador da un desmayo, ó al testigo se le ofrece alguna cosa urgente y necesaria, por estas interrupciones no dejaria de valer el testamento.†

2. La otra solemnidad esencial es *la presencia de los testigos*. Estos en el testamento nuncupativo (que comunmente se llama *abierto* porque en él declara el testador por palabra su voluntad) deben ser tres á lo menos, vecinos del lugar donde se hace el testamento, otorgandose ante escribano público, pues si se hiciera sin él, ha de haber por lo menos cinco testigos vecinos si fuese lugar donde los puede haber;

* L. 3. tit. 1. P. 6.

† La misma l. 3. cit.

160

y si no pudieren ser habidos cinco testigos ni escribano en el lugar, á lo menos ha de haber presentes tres testigos vecinos del tal lugar. Pero si el testamento fuere hecho ante siete testigos aunque no sean vecinos, ni pase ante escribano teniendo las demas calidades que el derecho requiere, vale el testamento.* En el testamento *in scriptis* que comunmente se llama *cerrado*, se requiere para su valor que intervengan en él siete testigos y un escribano, y que así el testador como los testigos firmen sus nombres encima de él, y si el testador ó alguno de los testigos no supieren firmar, pueden los unos firmar por los otros de manera que sean nueve firmas por todas con el signo del escribano.†

Es comun opinion en el dia que no es necesario que los testigos sean rogados.‡ Pero está prohibido ser testigos en los testamentos á los condenados por algun delito grave, como homicidio, hurto, y

* L. 1. tit. 4. lib. 5. Rec. de Cast.

† L. 2. tit. 4. lib. 5. Rec. de Cast.

‡ Vease sobre este punto á Gomez en la ley 3. de Toro núm. 29.

otros semejantes ; á los apóstatas de la fe ; á las mugeres ; á los menores de 14 años ; á los siervos, mudos y sordos ; á los locos y pródigos á quienes se ha prohibido la administracion de sus bienes.* Tampoco puede ser testigo el padre en el testamento de su hijo, y al contrario ; ni los que sean establecidos por herederos, ni sus parientes hasta el cuarto grado ;† en lo cual se encuentra bastante razon, pues si el padre al hacer su testamento llamase á sus hijos para testigos, ó si un testador hiciese que atestiguasen los hijos de su heredero estos serian testigos en su propia causa ; á que se añade para el primer caso, que el padre y el hijo se reputan por una misma persona. Mas no hay prohibicion para que los legatarios sean testigos, ni resultaria inconveniente de que lo fuesen, como tampoco lo hay en que los testigos sean parientes entre sí, no siendolo ni con el testador ni con el heredero.

Otra solemnidad necesaria en los tes-

* L. 9. tit. 1. P. 6.

† Vease la L. 11. tit. 1. P. 6 y la 14. y 16. tit. 16. P. 3. de las que se infiere lo dicho.

162

tamentos es, que sean escritos en el papel sellado correspondiente.* Para el testamento abierto ó nuncupativo en que haya mejora de tercio y quinto, vínculo ó mayorazgo, fundacion, dotacion ó memoria perpetua, se requiere que sea escrito en papel del sello primero : y los testamentos en que no haya ninguna de las cosas referidas, se deben escribir en el del sello tercero.†

Los testamentos cerrados de cualquier género ó calidad que sean, se deben escribir en papel del sello cuarto enteramente sin quedar ninguno que no lo esté, porque ha de servir de protocolo, y los originales y testimonios que se han de dar á las partes despues de abierto dicho testamento, se deben escribir en la misma calidad de papel que está mandado para los testamentos abiertos‡ Pero si algun testador quisiese escribir su testamento cerrado en papel comun,

* Vease la L. 44. en el medio título 25. lib. 4. Rec. de Cast. que anula todos los instrumentos á que falte esta solemnidad.

† Real instruc. de 28. de jun. inserta en ced. de 23. de jul. de 1794 art. 50.

‡ Dicha Real instruccion art. 51.

lo podrá hacer con tal que despues de abierto el escribano saque una copia para el protocolo escrita en pliegos todos del sello cuarto, y habiendola testificado la ponga en el registro con el original, y todos los traslados que diere signados se escribirán segun lo que queda dicho de los testamentos abiertos.

El testamento que tenga las dichas solemnidades aunque en él no haya institucion de heredero, vale segun nuestro derecho en cuanto á las mandas y otras cosas que en él se contienen, y heredará aquel que segun derecho ó costumbre de la tierra habia de heredar en caso que el testador no hubiese hecho testamento. Y si el heredero instituido no quisiese heredar, vale tambien el testamento en las mandas y otras cosas que en él se contienen.*

En América hay otras disposiciones acerca del papel sellado, y así en los testamentos nuncupativos el primer pliego ha de ser del sello segundo, y las demas hojas en los protocolos y registros

* L. 1. tit. 4. lib. 5. Rec. de Cast.

han de ser selladas con el sello tercero,* y los testimonios que se dieren no han de llevar mas que el primer pliego sellado con el sello segundo, y los demas en papel comun.†

Como para los testamentos cerrados no hay disposicion en las leyes de Indias, se deberá estar á las de Castilla en lo que hace á poderse escribir en papel comun, aunque al tiempo de ponerlo en el protocolo se deberá arreglar el escribano á lo mandado en la ley citada acerca de que todos los protocolos deben estar en papel del sello tercero.‡

Hay tambien otras cosas necesarias en los testamentos, así de parte del testador, como del heredero, por cuyo defecto se pueden viciar, de lo cual se tratará en los títulos siguientes.

ADICION.

1. *Sobre ab intestatos, albaceas, y quien deba conocer sobre la validacion de*

* L. 18. tit. 23. lib. 8. Rec. de Ind.

† La misma ley 18. al párrafo siguiente.

‡ Vease toda la ley 18.

los testamentos, se pueden ver en los autos acordados de esta audiencia recopilados por Montemayor y Beleña, los números 8, 9, 23 y 727 del último foliage.

2. *Cita el autor dos leyes, una de la Recopilacion de Castilla, y otra de la de Indias (que es la 18. tit. 23. lib. 8.) sobre la necesidad que hay de usar el papel sellado en los testamentos; y esta ley trae el reglamento de dicho papel.*

En el dia está derogada por un decreto del primer congreso de 6 de octubre de 1823 en el que se da un nuevo reglamento de papel sellado. Allí se dice espresamente que se usará del sello primero (que está en un pliego y su valor es seis pesos) en los testamentos en que los herederos no sean ni descendientes ni ascendientes sino colaterales ó estraños. Se usará del sello tercero (que está en medio pliego y su valor es dos reales,) en los protocolos y registros de los escribanos ó jueces receptores en que se escriban las diversas clases de instrumentos públicos que otorguen las partes por sus contratos ó negocios; y finalmente se usará del sello cuarto (que tambien está en medio pliego y es su valor

una cuartilla) en los testamentos de los notoriamente pobres.

En el artículo 10. cap. 3. de dicho decreto, se dice que no hará fe en juicio cualquiera documento que no estuviere estendido en el referido papel.

TITULO XI.

Del testamento militar.

No hay cosa mas conforme al buen método que despues de considerada una regla, se propongan sus excepciones. Hemos visto las reglas que se deben observar en los testamentos : veamos ahora las excepciones que padecen. Los testamentos, ó son solemnes en los cuales no se debe omitir alguna de las solemnidades esplicadas ; ó ménos solemnes, es decir, privilegiados cuando por privilegio se dispensan, ó todas, ó algunas solemnidades. De todas está ecsento el testamento de los soldados ; y de algunas el hecho *ad pias causas*.

Por lo que hace á los soldados, estos por derecho de Partidas, aunque estan-

167

do en su casa debian ordenar su testamento del mismo modo que los demas hombres, pero hallandose en campaña podian hacerlo con dos testigos: y estando en peligro de muerte por salir heridos de alguna funcion bélica, ó ir á entrar en ella, como quisiesen ó pudiesen, por escrito ó de palabra, escribiendolo con su sangre en escudo, armas, ó en donde les parezca, y de cualquier suerte era válido pudiendo probarse con dos testigos presenciales, y no de otra manera. Todo lo cual se les ha concedido en atencion á la crítica situacion en que estan y peligro á que se esponen por defensa de la pátria.*

Por las reales ordenanzas del ejercito impresas el año de 1768, se declara: que todo individuo que gozare fuero militar, le gozará tambien en punto de testamentos en cualquiera parte que teste dentro ó fuera de la campaña.† Que en el conflicto de un combate, ó sobre el inmediato caso de empezarle, ó en nau-

* L. 4. tit. 1. P. 6.

† Ord. del Ejerc. de 1768. trat. 8. tit. 11. de testamentos art. 1.

frágio, ú otro inminente riesgo militar en que se halle, pueda testar como quisiere ó pudiere, por escrito sin testigos, y que sea válida la declaracion de su voluntad como conste ser suya la letra : ó de palabra ante dos testigos que conformes depongan haberles manifestado su última voluntad.* Que será válida la disposicion del militar escrita de su letra en cualquier papel que la haya ejecutado, ya sea en guarnicion, cuartel ó marcha, y que siempre que pudiere testar en parage donde haya escribano lo haga con él segun costumbre.†

Pero por haber ocurrido algunas dudas sobre la inteligencia de este artículo, se espidió una cédula‡ en la que á consulta del supremo consejo de guerra se declara por punto general que todos los individuos del fuero de guerra pueden en fuerza de sus privilegios otorgar por sí su testamento en papel simple firmado de su mano, ó de otro cualquier modo en que conste su voluntad, ó hacerlo

* Art. 2. y 3. del mismo tít.

† Art. 4.

‡ Real cédula de 24 de octubre de 1778.

ante escribano con las fórmulas y cláusulas de estilo; y que en la parte dispositiva puedan usar á su arbitrio del privilegio y facultades que les dá la misma ley militar, la civil ó municipal. En virtud de esta real cédula hoy no solo los militares, sino todos los que gozan del fuero de guerra por sus destinos ó empleos pueden testar sin las solemnidades prescritas por derecho comun. De suerte que si hacen por sí su testamento no son necesarios los dos testigos que antes se requerian, respecto á no mandar que presencien ni hablar de solemnidad alguna, aunque algunos autores opinan que por este silencio no se deroga la establecida, por ser necesaria derogacion especial. Pero si lo otorgan ante escribano deben concurrir los testigos que la ley manda* respecto á usar de ella y no del fuero de guerra. Algunos tambien juzgan que la disposicion de esta cédula no debe ampliarse á los hijos de los soldados y demas, por no gozar del fuero por razon de sus personas: por lo cual

* L. 1. tit. 4. lib. 5. Rec. de Cast.

para quitar dudas seria conveniente nueva declaracion.

Los testamentos en que se hallan dispensadas muchas de las solemnidades pueden ser el que se hace en presencia del rey y el hecho *ad pias causas*. En el primer caso está dispuesto,* que si algun caballero ú otro noble pidiere al rey la merced de que presencie el otorgamiento de su testamento, concediendoselo el rey, y estando presente cuando se otorgase, será válido aunque no haya otro testigo.

Aunque no hay disposicion alguna por derecho civil sobre el testamento hecho *ad pias causas*; por derecho canónico basta para que sea válido el que se otorgue ante dos testigos,† y esto segun muchos autores se debe observar no solo en el fuero eclesiástico, sino tambien en el secular.‡

* L. 5. tit. 1. P. 6.

† Cap. 11. de Test.

‡ Covarrub. en el cap. 11. de Test. Molina de *just. et jure* tr. 2. disp. 134. Gonzalez en el cap. 10. y 11. de test.

ADICION.

Hay varias cédulas y disposiciones sobre los testamentos de los militares: veanse los numeros 728, 729, 730, 731, y 732 del último foliage del primer tomo de los Autos acordados recopilados por Montemayor y Beleña.

TITULO XII.

De los que no pueden hacer testamento.

En los títulos anteriores se ha explicado el modo de hacer los testamentos así solemnes como privilegiados: veamos ahora que personas pueden ó no hacerlo. Por lo que hace á las personas de los testadores se puede dar esta regla general: *pueden hacer testamento todos aquellos á quienes no está espresamente prohibido.* Pero para no hacer un círculo vicioso, enumeraremos los que estan prohibidos de testar por nuestras leyes.

Con solo atender á la definicion que

hemos dado arriba del testamento, se viene facilmente en conocimiento de la mayor parte de los que no pueden hacerlo. Dijimos que el testamento es *una legítima disposicion de nuestra voluntad*. De donde se deduce claramente que no pueden testar 1. los furiosos y mentecatos, pues no saben ni entienden lo que quieren.* Pero no solo vale el testamento que hizo el loco antes de su demencia, sino tambien el que hace durante sus lucidos intervalos, si los tiene, perfeccionandolo en ellos, pues si antes de concluirlo le vuelve el frenesí no valdrá;† y así, para anular el testamento del loco que tiene lucidos intervalos, es necesario probar concluyentemente con el escribano y testigos instrumentales, que al tiempo de su otorgamiento estaba demente.

Lo que se debe practicar cuando un loco que tiene lucidos intervalos quiere hacer testamento para evitar dudas es, que algun hijo suyo ó pariente acuda al

* L. 13. en el med. tit. 1. P. 6.

† Dicha L. 13.

juez, relacionando la enfermedad del paciente, y que suele estar en su acuerdo, y pidiendo dé facultad al escribano para que del mejor modo que pueda explore su voluntad con asistencia de médico y cirujano, que previamente declare con juramento, si está ó no capaz; y estando, ordene su testamento ante ellos y el competente número de testigos; y obtenida la facultad del juez, declararán el médico y cirujano si está ó no en su juicio, y constando estarlo, y pareciendo lo mismo al escribano, á su presencia, y á la de los testigos prevenidos por la ley, preguntará al testador todo lo concerniente á su última disposicion, y especialmente al nombramiento de heredero y otras cosas concernientes, aunque sean contrarias á sus mismas respuestas para cerciorarse de la sanidad actual de su entendimiento, é irá estendiendo lo que le responda, y las declaraciones del médico y cirujano á continuation de la providencia judicial, sin pasar á estender otra clausula antes de satisfacer á la anterior. Si sabe y puede firmar, lo firmará con todos los testigos

que supieren, y autorizado por el escribano y evacuado todo, se presentará al juez á fin de que lo apruebe para su mayor validacion.*

De la misma condicion son 2. los *pródigos*, porque en todo el derecho se equiparan á los dementes:† lo cual se ha de entender cuando ya por el juez se les ha prohibido la administracion de sus bienes. 3. Los infantes y todos los que no han llegado á la pubertad, esto es, los hombres á los catorce años y las mugeres á los doce;‡ por que carecen del uso competente de la razon para declarar su voluntad. Pero cumplida dicha edad, pueden testar sin licencia de sus ascendientes del tercio de sus bienes adventicios, castrenses y cuasi castrenses aunque estén bajo la patria potestad.§ 4. Tambien el sordo y mudo á *nativitate* está impedido de testar; pero si fuere por enfermedad y sabe escribir, podrá hacer-

* Febrero Libr. de escr. part. 1. cap. 1. § 1. núm. 10.

† L. 13. tit. 1. P. 6.

‡ D. L. 13. cit.

§ L. 4. tit. 4. lib. 5. Rec. de Cast. y es la 5. de Toro.

lo, y tambien el sordo total si es habil para ello lo escribirá por sí mismo y valdrá publicandolo á presencia del escribano y testigos.* Al ciego no se debe impedir la facultad de testar ; pero para que valga su testamento ha de ser hecho por escribano real y cinco testigos.† Para que lo sea tambien el del condenado á muerte, se requiere precisamente que sus bienes no hayan sido confiscados ni comprendidos en la sentencia de su condenacion.‡

Hay algunos á quienes no se permite hacer testamento por razon de que los bienes que gozan no son suyos sino de la iglesia y de los pobres : tales son los obispos, quienes de los bienes adquiridos por sus obispados, dignidades y demas beneficios eclesiásticos, á los cuales llaman profecticios, no pueden testar, aunque sí se les permite en vida donar á sus parientes pobres, amigos, criados y á otros que los hayan servido.§ A los

* L. 13. citada.

† L. 2. tit. 4. lib. 5. Rec.

‡ L. 3. tit. 4. lib. 5. Recop. de Cast.

§ L. 8. tit. 21. P. 1.

176

clérigos seculares aunque por derecho canónico solo les es permitido testar en favor de la iglesia de los bienes adquiridos *intuitu ecclesiae*, en España por la costumbre muy antigua que ha habido de disponer libremente aun de estos bienes, se sostiene el testamento que hicieren.*

Los canónigos reglares, y demas religiosos profesos están privados tambien de testar, porque para este efecto, y el de contraer se les tiene por muertos.†

Finalmente hay otros á quienes por algun delito en pena se les prohíbe hacer testamento: tales son los condenados por libelos infamatorios, los apóstatas y hereges declarados tales por sentencia;‡ pero no estan impedidos los que por otros cualesquier delitos son condenados á muerte civil ó natural, si no es que se les hayan confiscado los bienes por el tal delito, pues entonces no podran testar.§

* L. 13. tit. 8. lib. 5. Rec. de C. y 6. tit. 12. lib. 1. Rec. de Ind.

† Ll. 8. tit. 21. Part. 1. y 17. tit. 1. Part. 6.

‡ L. 16. dicho tit. y P.

§ L. 3. tit. 4. lib. 5. Rec. de Cast.

Tampoco los siervos se deben tener en el día por incapaces de testar como lo eran antiguamente, pues permitiendoles nuestro derecho trabajar para sí algunas horas,* y tener peculio, se infiere que pueden disponer de él por testamento; fuera de que en todo se les trata como á criados asalariados. Por lo que hace á los peregrinos ó extranjeros, lejos de serles entre nosotros prohibido el testar, está mandado que se les permita con toda libertad, imponiendo penas á los que se lo impidan.†

TITULO XIII.

De la desheredacion.

Habiendo visto ya quien puede hacer testamento é instituir heredero, se sigue ver quien puede desheredar, á quien, y por que causa.

* Real ced. de 31. de mayo de 1789. art. 3.

† Ll. 30. tit. 1. P. 6. y 2. tit. 12. lib. 1. Rec. de Cast.

La desheredacion es *un acto por el cual les descendientes ó ascendientes son privados del derecho que tienen á ser herederos.** Solo aquel que es capaz de testar y á mas de esto tiene herederos forzosos, esto es, descendientes ó ascendientes, puede desheredarlos teniendo causas para ello.† Debe pues, hacerse la desheredacion nombrando ó señalando al desheredado por su nombre, ó dando de él otra señal cierta que no deje duda de su persona ; sin condicion, y del total de sus bienes,‡ pues no siendo así no valdrá.

Las causas para que sea válida la desheredacion de los descendientes legítimos son. Primera : por poner en ellos las manos airadas, ó maquinando su muerte de cualquier modo, ó procurar que pierdan ó se les menoscabe gran parte de su hacienda, ó acusarlos de delito porque deben morir ó ser desterrados ; pero si el crimen es de lesa magestad,

* L. 1. tit. 7. P. 6.

† L. 2. del mismo tit. y P.

‡ L. 3. de dicho tit.

y los descendientes lo prueban, entonces no deben ser desheredados.*

La segunda por infamarlos de modo que valgan menos, ó tener acceso con su madrastra ó con amiga sabiendo que lo es de sus ascendientes. Tercera: por ser hechiceros ó encantadores, ó vivir con los que lo son.†

La cuarta por no fiarlos pudiendo para que salgan de la prision; pero esta causa no comprende á las mugeres, porque estas no pueden ser fiadoras.‡ La quinta por impedirles que testen. La sexta, por lidiar por dinero con hombre ó con bestia contra la voluntad de su padre, ó hacerse juglares ó representantes de profesion no siendolo este. La séptima, cuando la hija resiste casarse queriendo su padre, y despues se hace ramera; pero si intentó casarse y su padre se lo difiere hasta la edad de veinte y cinco años, pasados estos, aunque se prostituya ó case contra su voluntad, no puede desheredarla.§

* L. 4. tit. 7. P. 6.

† Dicha ley 4.

‡ La misma ley 4.

§ L. 5. tit. 7. P. 6.

180

La octava, cuando los descendientes no cuidan de recoger y alimentar á su ascendiente que perdió el juicio y anda vagando, pues si el ascendiente muere intestado, debe llevar el estraño que lo haya recogido, todos sus bienes; y si recobra su juicio puede desheredarlos, y aunque antes de la demencia tenga hecho testamento instituyendolos por herederos, si estando loco muere en casa del estraño, no vale la institucion de heredero.* La nona, por no redimir, pudiendo á sus ascendientes cautivos : pero para incurrir el heredero en esta pena ha de ser mayor de diez y ocho años.†

La décima, si los descendientes cristianos se pervierten volviendose judios, moros ó hereges, siendo sus ascendientes católicos.‡ La undécima, por contraer matrimonio que la iglesia declare clandestino :§ aunque hoy se duda de esta causa por ser nulo el matrimonio

* Dicha ley 5.

† L. 6. del mismo tit.

‡ L. 7. tit. 7. P. 6.

§ L. 1. tit. 1. lib. 5. Rec. de Cast.

despues del Concilio de Trento cuando se contrae sin presencia del propio párroco y testigos.

Para que valga la desheredacion de los descendientes no solo se ha de espresar la causa, sino que debe probarla el testador ó el heredero instituido, y de otra suerte no vale.* Pero si el desheredado consiente en la desheredacion tácita ó espresamente, no puede reclamarla despues, ni debe ser oido en juicio.† Y si el testamento en que se hizo, se rompe ó lo revoca el testador, no vale la desheredacion hecha en él.‡

Los descendientes pueden desheredar á sus ascendientes legítimos por ocho causas. La primera por acusarlos de delito porque deben morir ó perder algun miembro, escepto que el delito sea de lesa magestad. La segunda por maquinarse su muerte con yerbas, veneno, &c. La tercera por tener acceso carnal con su muger ó amiga. La cuarta

* Ll. 1. tit. 9. lib. 3. del Fuero Real 10. tit. 7. y 7. tit. 8. P. 6.

† L. 6. tit. 8. P. 6.

‡ L. 2. tit. 7. P. 6.

por impedirles disponer de sus bienes conforme á derecho. La quinta por solicitar el marido la muerte de su muger ó esta la de su marido. La sesta por no querer dar á sus descendientes locos lo necesario para su conservacion. La séptima por no redimirlos de cautiverio pudiendo. La octava cuando el ascendiente es herege y el descendiente es católico. Por cuyas ocho causas siendo probada alguna de ellas, pueden los descendientes desheredar á sus ascendientes y valdrá la desheredacion.*

Aunque los hermanos no son herederos forzosos, y por consiguiente no cae en ellos la desheredacion, con todo tienen accion para anular la institucion de heredero que ha hecho su hermano cuando les ha antepuesto una persona torpe ó infame. De esta accion se les priva en tres casos. 1. Por procurar la muerte de su hermano. 2. Por acusarle de delito por el cual merezca pena de muerte ó mutilacion. 3. Si le han causado la pérdida de todos ó de la

* L. 11. tit. 7. P. 6.

183

mayor parte de sus bienes. En estos casos, aunque una persona de mala vida ó infame sea instituida por heredero, no podrán los hermanos demandar cosa alguna del testamento de su hermano.*

Finalmente el heredero extraño pierde la herencia del que le instituyó por tal, en seis casos. 1. Cuando el testador fue muerto por obra ó consejo de alguno de su compañía, y el heredero sabiendolo entra en la herencia antes de quejarse al juez para que lo castigue; pero si otros le mataron puede entrar en ella, y despues querellarse hasta cinco años: y si en este termino no lo hace, debe perderla y llevarla el rey. 2. Si abre el testamento antes de acusar á los delincuentes estando cerciorado de los que lo son. 3. Si el testador ha sido muerto por obra, culpa ó consejo del heredero. 4. Por haber tenido este acceso carnal con la muger de aquel: 5. Por decir de nulidad del testamento, pues si se declarare legítimo perderá la herencia. El 6. y último es si á ruego

* L. 12. del mism. tit.

ó mandato del testador entrega la herencia al que por derecho es incapaz de heredar, constandole de su incapacidad. Por cuyas causas debe perder la herencia y pasar al rey, y por las mismas causas perderan los legatarios sus mandas.*

ADICION.

Es muy extraño que el autor sencillamente y sin ninguna observacion, ponga entre las causas justas para la desheredacion el ser hechicero ó encantador.

El que escribe en un pais verdaderamente libre, fuera del temor de las hogueras y calabozos, y que usando de su razon detesta y abomina los monstruosos absurdos inventados por la mas horrorosa supersticion, se compadece de los infelices que crédulos y temerosos han recibido y sostienen semejantes barbaridades, hace votos ardientes y sinceros por la completa y pronta ilustracion de las naciones, y de

* Leyes 13. tit. 7. P. 6. y 11 tit. 8. lib. 5. Rec de Cast.

sea vivamente que su amada patria se vea dichosamente dirigida por códigos en los que la razon, la prudencia, las luces del siglo, y finalmente, la verdadera utilidad de los pueblos, sean las únicas bases que se consulten para su estable y verdadera felicidad.

TITULO XIV.

Quienes pueden ó no ser instituidos por herederos.

Llamamos heredero á aquel que despues de la muerte de alguno le ha de suceder en todos sus bienes, derechos y acciones disponiendo de todo á su arbitrio.* Puede serlo no solo el rey y las ciudades, villas, y comunidades, sino tambien generalmente todo hombre ó muger sea libre ó siervo, como no le esté prohibido por derecho.†

No pueden ser herederos por nuestro derecho los apóstatas y hereges siendo

* L. 1. t. 3. P. 6.

† L. 2. del. d. tit.

186

declarados tales por sentencia: el que á sabiendas se hace bautizar dos veces; y los colegios, cofradías ó ayuntamientos erigidos contra derecho, ó contra la voluntad del rey.* Tampoco debe serlo el traidor declarado ni sus hijos varones, y estos no solo están privados de heredar á sus padres, sino tambien á otro cualquiera pariente ó estraño, y de ser legatarios; pero las hijas pueden heredar la cuarta parte de los bienes de sus madres.† En la misma pena incurren los que dan consejo ó ayudan á hacer la traicion, pues todos sus bienes recaen en el fisco.‡ Finalmente está prohibido de ser instituido por heredero el confesor que asiste al enfermo en su última enfermedad, ni puede haber manda, fideicomiso, ni otra cosa suya, ni su Iglesia, convento ni deudo, pues nada vale de lo que en este estado les deja.§

De lo dicho se infiere que algunos

* Ll. 4. tit. 3. P. 6. y 6. y 7. tit. 8. lib. 5. Rec.

† Ll. 2. t. 2. P. 7. y 2. 3. y 4. t. 18. lib. 8. Rec. de Cas.

‡ Veanse las dichas leyes.

§ Aut. acord 3. tit. 10. lib. 5. Rec. y Cédul. de 18 de agosto de 1771. y 13. de Febrere de 1783.

están absolutamente prohibidos de ser herederos, y son los que hemos dicho hasta aquí, los cuales por ninguno y en ningun caso pueden ser instituidos, pero otros hay que solo son incapaces respectivamente ó en ciertos casos, fuera de los cuales no se les prohíbe heredar: tales son los hijos ilegítimos, y se llaman así porque no son nacidos de matrimonio que por las disposiciones de derecho canónico y civil sea legítimo, y por lo mismo no gozan regularmente hablando, de las honras y bienes de sus padres y demas ascendientes.*

Los hijos ilegítimos se dividen en dos clases, á saber: en naturales y espurios. Los naturales son aquellos que nacen de hombre y muger libres de estado de suerte que cuando los engendraron, ó al tiempo de su nacimiento se podian ambos casar justamente, y sin dispensa alguna. A estos hijos deben criar y dar alimentos, no solo sus padres y madres, sino tambien sus abuelos y demas ascendientes por ambas líneas.†

* Prolog. y Ll. 1. y 3. tit. 15. P. 4.

† Ll. 1. y 2. tit. 15. y 5. tit. 19. P. 4. 11. al fin tit. 13. P. 6.

Pero para que estos hijos se estimen por naturales, se requiere tambien que sus padres los reconozcan por tales, en caso que no haya tenido en su casa, ni sido una sola la muger con quien las hubo; pues si la tuvo en ella, ó fué sola, si reconoció á uno, no necesitan los demas de ser reconocidos.*

A estos hijos pueden sus padres instituir por herederos y dejarles cuanto quieran aunque tengan ascendientes legítimos, con tal que no tengan descendientes legítimos.† Pero si el padre no hiciere mencion de estos hijos en su testamento, deben sus herederos darles lo necesario para sus alimentos á arbitrio de hombres buenos.‡ Mas en el caso de tener descendientes legítimos, solo podrán haber el quinto de los bienes, sea en vida ó en muerte, pues de este tienen los padres libre disposicion,§ lo cual se les deja por razon de sus alimentos en caso que sus padres esten obligados á darselos.

*** L. 9. tit. 8. lib. 5. de la Rec. de Cast.**

† L. 8. tit. 8. lib. 5. Rec. de Cast.

‡ L. 8. tit. 13. P. 6.

§ La misma L. 8. de la Rec.

189

Si la madre no tiene descendientes legítimos debe heredarla *ex testamento*, y *ab intestato* su hijo natural ó espurio (como no sea de los prohibidos que diremos despues) aun cuando tenga legítimos ascendientes, de suerte, que estan igualados los espurios respecto de la madre, con los solo naturales respecto del padre.*

Los espurios, aunque antiguamente se llamaron así solo aquellos que no tenían padrè conocido, ahora con este nombre se llaman todos los demas ilegítimos fuera de los naturales, desde luego porque nacen y son procreados contra la pureza del derecho natural y divino, ofendida con mas especialidad en esta suerte de hijos. Se dividen en varias especies: unos son *adulterinos ó notos*, y son los que nacen de hombre casado y muger libre ó soltera, ó de ambos casados con otros. Otros se llaman *sacrilegos*, y son los que nacen de fraile y monja profesos, ya sea por cópula entre ambos ó por cada uno con

* L. 7. tit. 8. lib. 5. Rec. de Cast.

190

otra persona: y los de clérigos ordenados *in sacris*, que igualmente se llaman *sacrílegos*. Todos estos son reputados por hijos de *dañado* ayuntamiento: y los de muger casada por de *dañado* y *punible*, porque por él incurre en pena de muerte.* También son espurios los que nacen de parientes dentro del cuarto grado canónico sabiendo ambos el impedimento, y á estos llaman *incestuosos*. Finalmente los *manceres* ó mancillados son los nacidos de mugeres ramera prostituidas á todo hombre, por cuya causa se ignora quien es su padre, y á todos está obligada su madre como conocida, á dar alimentos pudiendo y necesitando.†

A todos estos hijos espurios (escepto los que son procreados por clérigo ordenado *in sacris*, ó por fraile ó monja profesos) compete *ex testamento y ab intestato* el derecho solamente al quinto de los bienes de su padre ó madre, en el caso que estos los tengan legítimos: y

* L. 7. tit. 8. lib. 5. Rec. de Cast.

† Ll. 1. tit. 15. y 5. tit. 19. P. 4.

así, en virtud de la obligación de alimentarlos que les está impuesta,* no pueden mandarles mas en dicho caso.† De cuyo quinto tienen facultad de disponer á su arbitrio en el tiempo de su vida ó para despues de su muerte.

Pero los hijos de clerigos ordenados *in sacris*, ó de frailes ó monjas profesos nada pueden haber de ellos como espresamente lo dispone una ley de Recopilacion por estas palabras: “ordenamos y mandamos que los tales hijos de clérigos no hayan ni hereden, ni puedan haber ni heredar los bienes de sus padres clérigos, ni de otros parientes del padre, ni hayan ni puedan gozar de cualquier manda, donacion ó vendida que les sea hecha por los susodichos agora ni de aquí adelante.”‡ Por lo que hace á las madres, se debe tener presente la ley siguiente de la misma Recopilacion que dice así: “Los hijos bastardos ó ilegítimos de cualquier calidad que sean, no puedan heredar á sus madres *ex testa-*

* L. 2. tit. 19. P. 4.

† L. 8. tit. 8. lib. 5. Rec. de Cast.

‡ L. 6. tit. 8. lib. 5. Rec. de Cast.

mento ni ab intestato en caso que tengan sus madres hijo ó hijos ó descendientes legítimos ; pero bien permitimos que les puedan en vida ó muerte mandar hasta la quinta parte de sus bienes, de la cual podrian disponer por su anima, y no mas ni allende ; y en caso que no tenga la muger hijos ó descendientes legítimos aunque tenga padre ó madre ó ascendientes legítimos, mandamos que el hijo ó hijos ó descendientes que tuviese, naturales ó espurios por su orden y grado, le sean herederos legítimos *ex testamento y ab intestato*, salvo si los tales hijos fueren de dañado y punible ayuntamiento de parte de la madre, que en tal caso mandamos que no pueden heredar á sus madres *ex testamento ni ab intestato* ; pero bien permitimos que les puedan en vida, ó en muerte, mandar hasta la quinta parte de sus bienes, y no mas, de la cual podian disponer por su anima ; y de la tal parte despues que la tuvieren pueden disponer en su vida, ó al tiempo de su muerte los dichos hijos ilegítimos como quisieren ; y queremos y mandamos, que entonces se

entienda y diga dañado y punible ayuntamiento, cundo la madre por el tal ayuntamiento incurriere en pena de muerte natural, *salvo si fueren los hijos de clerigos, ó frailes ó monjas profesos, que en tal caso aunque por el tal ayuntamiento no incurre la madre en pena de muerte, mandamos que se guarde lo contenido en la ley que hizo el señor don Juan el primero en la ciudad de Soria que habla sobre la sucesion de los hijos de los clérigos supra prócsima.*”* De cuyas leyes se prueba, que los hijos espurios solo pueden heredar de sus padres no siendo clérigos ó frailes el quinto de sus bienes, y si lo son, nada; pero probablemente se juzga que aun en este caso no se entienden escludos los alimentos.† Que de sus madres son herederos forzosos en todos casos, excepto en tres. El primero, cuando la madre por haberlos procreado incurre en pena de muerte. El segundo, cuando tiene hijos legítimos. Y el tercero, cuando

* L. 7. tit. 8. lib. 5. Rec. de Cast.

† Arg. de la ley 5. tit. 19. P. 4. y de la ley 8. tit. 8. lib. 5. Rec. de Cast.

es monja profesa. De cuyos casos en los dos primeros aun les puede dejar el quinto y en el tercero nada.

Hemos visto ya quienes pueden ó no ser instituidos por herederos, que es lo que se contiene en la primera parte de este título. Veamos ahora como se divide la herencia y en qué partes. A esta llamaron los antiguos *As*, que significa un todo, y así á la masa total de la herencia decian *As hereditario*, y lo dividian en doce onzas que cada una tenia su nombre especial, y así el que tomaba una onza ó la duodecima parte de la herencia, le llamaban heredero *ex uncia*: si dos onzas *ex sextante*; y si finalmente era heredero del total, *ex asse*.* Estas onzas se dividian en onzas y medias; pero toda esta division es hoy inútil, pues todo testador si no tiene herederos forzosos divide sus bienes como quiere, y si los tiene, debe instituirlos en el total, sin que le quede libertad de disponer á su arbitrio mas que del remanente del quinto si fuere padre ó del tercio si fuere hijo.

* L. 16. tit. 3. P. 6.

Para lo que servia esta division de la herencia era para que no quedase cosa alguna sin partir á los herederos, pues tenian por cosa inadmisibile que alguno muriese parte testado, y parte intestado; pero por nuestro derecho está esto espresamente permitido.* Tampoco tendrá lugar en las herencias el derecho de acrecer, el cual no era otra cosa mas que un derecho por el cual un heredero instituido en cosa cierta, ó parte cierta v. g. dos onzas, se llevaba el total de la herencia, si el testador no señalaba heredero para lo restante.† Y la razon es la ya dicha, porque no hay prohibicion en el dia para morir parte testado y parte intestado; y así todo aquello de sus bienes de que no disponga el testador irá á sus herederos *ab intestato*, y el instituido en el testamento solo heredará aquella cosa ó parte que espresamente se le deja. Esto se entiende siempre que no se colija otra cosa de la voluntad del testador, pues como esta se debe guardar religiosamente, tendrá

* L. 1. t. 4. lib. 5. Rec. de Cast.

† L. 14. tit. 3. P. 6. derog. por la L. de R. cit.

196

lugar el derecho de acrecer siempre que así lo disponga. Otra cosa se debe decir en los legados como veremos despues.*

Siguiese la tercercera parte de este título, que trata de los modos con que se puede hacer la institucion de heredero. Esta se puede hacer ó puramente ó bajo condicion, y aun para cierto dia ó hasta cierto tiempo. Veamos ahora que cosa sea condicion y de cuantas maneras pueda ser.† Condicion se llama una circunstancia por la cual se suspende la cosa hasta realizarse un acontecimiento incierto.‡ De donde se infiere que la condicion que mira al tiempo pasado y se llama de pretérito,§ no es propiamente condicion, pues no puede

* Tit. 20. de este lib.

† Tit. 4. P. 6.

‡ L. 1. tit. 4. de la P. 6.

§ Aunque es bastante vulgar la division de las condiciones que suele hacerse en condiciones de futuro, de presente y de pretérito, ya se ha insinuado que estas, como tampoco las de presente, son propiamente condiciones, y lo confirma la ley 2. tit. 4. Partida 6. afirmando que solo la de futuro es rigurosa condicion. *Mas aquella es condicion propiamente que se face por palabras del tiempo que es por venir por que es dudosa si se cumplirá ó non.* Son palabras de dicha ley.

197

ser incierto lo que ya ha sucedido; pero se tiene como condicion respecto á nuestra noticia. Se divide comunmente la condicion en posible é imposible: posible se llama aquella que puede verificarse: imposible es la que nunca podrá ecsistir, y esta tambien se dice condicion con demasiada impropiedad; pero se conserva esta division porque no deja de tener algun uso.*

La condicion posible se suele tambien dividir en potestativa, casual y mista.† Potestativa se llama cuando está en potestad de los hombres su cumplimiento; casual es la que depende del acaso, y mista la que participa de ambas.

Las condiciones imposibles tambien son de varios modos. Unas son de derecho, y bajo este nombre se entienden todas aquellas que son contrarias á las leyes, á las buenas costumbres y á la piedad.‡ Otras son imposibles por naturaleza, porque repugnan las leyes de la naturaleza el que tales cosas se verifi-

* La misma L. 1. tit. 4. P. 6.

† Ll. 7. 8. y 9. tit. 4. P. 6.

‡ L. 3. tit. 4. P. 6.

quen v. g. tocar el cielo con las manos.*
Otras son imposibles de hecho, y son aquellas que aunque no hay repugnancia en la naturaleza para que ecsistan, con todo no pueden verificarse atendidas las facultades ordinarias de los hombres, por ejemplo: hacer un monte de oro.†
Finalmente otras se llaman perplejas ó dudosas, cuando no se puede entender su sentido porque las palabras repugnan y son contrarias entre sí: v. g. instituyo á Pedro por mi heredero si Juan fuere mi heredero.‡

Toda condicion puede ser afirmativa ó negativa, tácita ó espresa. Afirmativa será si su cumplimiento consistiese en hacer, v. g. Ticio sea mi heredero si se casare. Negativa si consistiere precisamente en no hacer, v. g. Cayo sea mi heredero si no mudare de religion. Esta ultima tiene de singular que no suspende la consecucion de la herencia siempre que el instituido por heredero dé caucion, que si en algun tiempo hiciere contra la condicion puesta restitui-

* Dicha L. 3.

† Vease la L. 4. tit. 3. P. 6.

‡ L. 5.

rá la herencia, la cual caucion se llama *Muciana**

Esplicadas ya las divisiones de las condiciones, siguese dar varias reglas para que se entienda qué efecto producirán en la institucion de heredero.

1. *Al heredero forzoso no se le puede poner condicion alguna bajo la cual haya de recibir su parte legitima.†* La razon es por que las leyes destinan la herencia precisamente para él, y así no está en arbitrio, v. g. del padre, dar ó no la herencia á su hijo como es necesario que estuviese para que lo pudiese gravar con alguna condicion.‡ 2. *En el quinto cuando mejora un padre á su hijo tiene facultad á su arbitrio de imponerle los gravámenes y condiciones que quisiere, con tal que le sean posibles y honestas.§* Y la razon es, porque el quinto es hacienda propia y privativa del padre á la cual ninguno tiene adquirido derecho, y por lo mismo puede hacer de ella lo que le parezca.||

* L. 7. tit. 4. y 21. tit. 9. P. 6.

† Ll. 11. t. 4. P. 6. y 17. t. 1. de la misma P. al fin.

‡ Arg. de las mismas leyes.

§ L. 11. del dho. tit. 4.

|| Arg. de las Ll. 10. tit. 5. y 7. t. 12. lib. 3. del Fuero Real.

3. *En el tercio por ser verdaderamente legítima de los descendientes, que se les debe por derecho natural, y positivo, tampoco pueden los padres poner condiciones; pero sí se les permite que puedan poner el gravamen que quisieren, así de restitucion como de fideicomiso, y hacer en el dicho tercio los vinculos, sumisiones y sustituciones que quisieren, con tanto que siempre lo hagan entre sus descendientes legítimos teniendolos, y si no entre sus descendientes ilegítimos, que hayan derecho de heredarlos; y á falta de descendientes que lo puedan hacer entre sus ascendientes; y no teniendolos, entre sus parientes, y finalmente á falta de todos entre estraños, por lo que de otra suerte no pueden poner gravamen en el tercio.**

4. *El heredero extraño debe cumplir cualesquiera condiciones posibles, y de lo contrario no adquirirá la herencia.†* La razon es por que el testador se tiene respecto de su heredero como un legislador, y así tiene facultad de obligarlo

* Vease la L. 11. t. 6. lib. 5. de la R. de C.

† Ley 7. tit. 4. Part. 6.

201

á todo lo posible. Pero se debe advertir que si se ponen muchas condiciones copulativamente al heredero, estará obligado á cumplirlas todas; pero si las pusiere disyuntivamente basta que se cumpla una v. g. si el testador dijere: Ticio sea mi heredero si fabricáre tal iglesia y diere mil pesos á los pobres, en este caso ambas cosas se deberían cumplir por el heredero. Por el contrario si uno instituye á su heredero de esta suerte: instituyo á Ticio por mi heredero si se casare con mi hermana, ó si estudiare derecho, bastará que cumpla una ú otra de las dos cosas.*

5. *Si la condicion puesta depende del arbitrio de un tercero, y por culpa ó no-licion de este no se puede cumplir, se tiene por cumplida.†* De esta suerte en el caso arriba puesto, en el cual el heredero estaba obligado á casarse con la hermana del testador, si esta no quisiere, recibirá el heredero su herencia como si se hubiera verificado el matrimonio, pues

* L. 13. tit. 4. P. 6.

† L. 14. del dicho tit..

202

no estuvo por él que la condicion no se cumpliese.

6. *La condicion imposible ya sea de naturaleza, de hecho ó de derecho, se tiene por no puesta.** Notese que de otra suerte sucede en los contratos. En estos la condicion imposible lejos de tenerse por no puesta los vicia. Pero la razon es clara; el testamento es un acto unilateral, y así el heredero nunca consintió en la condicion imposible. Mas los contratos como son actos bilaterales requieren el consentimiento de ambos; y así el que consiente en la condicion imposible, ó no está en su juicio, ó está jugando y burlándose: por lo que en ninguno de los dos casos debe valer el contrato.

7. *La condicion perpleja á que llamamos dudosa hace inútil la institucion de heredero.†* La razon es clara: ya hemos dicho que por repugnar entre sí las sentencias en esta condicion, no puede cumplirse, pero ni aun conocerse la voluntad del testador.

* L. 3. tit. 4. P. 6.

† L. 5. tit. 4. P. 6.

8. *El heredero antes de cumplir la condicion no trasmite la herencia á sus herederos, pues ninguno puede trasferir una cosa á la cual todavia no tiene derecho.*

TITULO XV.

De la sustitucion vulgar.

Las sustituciones fueron antiguamente frecuentes por motivo de que no aceptando la herencia el heredero establecido, quedaban los testamentos destituidos y no producian efecto alguno. Mas ahora no siendo necesaria la aceptacion para el valor del testamento,* han perdido las sustituciones (que se reducen á la vulgar) esta utilidad.

La sustitucion en general se define que es *nombramiento de segundo ó tercero heredero para el caso de que falte ó no lo se el primero.*† Puede ser la sustitucion

* L. 1. tit. 4. lib. 5. Rec. de Cast.

† Prol. y ley 1. tit. 5. P. 6.