

CAPITULO OCTAVO.

De los herederos extraños por testamento.

- §. 1. Division de esta materia.
2. Son herederos extraños los parientes por linea transversal, y los que no tienen parentesco alguno con el testador.
 3. Caso único en que los hermanos del testador pueden anular su testamento.
 4. El testador que no tenga herederos forzosos puede instituir por tales á todos los que guste, sean ó no sus consanguíneos.
 5. El testador puede distribuir su herencia en cuantas partes quisiere, é instituir sus herederos de tres modos.
 6. Primero, cuando designa la porcion que ha de llevar cada uno.
 7. Instituyendo el testador á uno en cosa señalada, y no disponiendo del resto de sus bienes, se supone haberse los dejado.
 8. Si dividiendo la herencia en cuatro porciones, nombra herederos de las tres y no dispone de la cuarta, la partirán entre si.
 9. ¿Como se entenderán otras varias divisiones que haga el testador?
 10. Decision de un caso de institucion ambigua.
 11. Decision de otro caso igualmente dudoso.
 12. La regla general es la interpretacion mas racional y probable de la voluntad del tertador.
 13. Instituyendo el testador por heredero á uno en la parte que tiene designada en otro documento, si no hubiese tal designacion, es nula la institucion; pero si se refiere á señalamiento futuro, es válida, aunque no la hubiere.
 14. Los nombrados herederos en una finca sin otra disposicion dividiran entre si la herencia por igual, pero la finca segun dispuso el testador.
 15. ¿Que deberá hacerse cuando instituye á dos copulativamente en una cosa, y á un tercero en otra, sin mas institucion?
 16. Segundo modo de instituir, que es señalando la parte de unos y no las de otros.
 17. Caso resuelto en esta especie de institucion.
 18. Cuando el testador nombra heredero de todos sus bienes, y luego á otro en el resto de su hacienda, este no tendrá nada.
 19. Tercer modo de instituir, que es sin señalar partes á ninguno.
 20. ¿Como se entiende el lenguaje divisorio?
 21. ¿Cuándo los herederos han de suceder simultanea ó sucesivamente, y por cabe-

- zas ó ramas? [*incapita ó in stirpem*].
22. Catorce casos en que se sucede por igual y simultáneamente. Primer caso.
 23. Segundo y tercer caso.
 24. Cuarto, quinto y sexto caso.
 25. Séptimo caso.
 26. Octavo caso.
 27. Noveno caso.
 28. Décimo y undécimo caso.
 29. Duodécimo caso.
 30. Décimotercio y decimocuarto caso.
 31. Excepciones de la doctrina del párrafo 21.
 32. Segunda excepción de dicha doctrina.
 33. Tercera excepción.
 34. Cuarta y quinta excepción.
 35. Sexta excepción.
 36. Séptima excepción.
 37. Octava excepción.
 38. Nona excepción.
 39. Siendo uno instituido por su nombre, y otros de un modo colectivo, aquél tomará la mitad, y estos repartirán lo restante.
 40. Excepciones de esta doctrina.
 41. Si alguno instituye genéricamente á sus hermanos, quedan excluidos los medios hermanos.
 42. Pero si solo tiene un hermano entero, partirán la herencia todos.
 43. Si instituye á alguno por su nombre, y con él á otros que no han nacido, heredarán á partes iguales.
 44. Si es instituido un hermano y los hijos de otro, partirán todos la herencia con igualdad, como los haya nombrado uno por uno.
 45. Si alguno instituye por herederos á sus hermanos, no por eso se han de entender instituidos los hijos de otro hermano muerto.
 46. De los herederos usufructuarios.
 47. De los herederos fideicomisarios.
 48. Para que sea válida la institución de los herederos extraños, han de carecer de impedimento legal en tres tiempos.

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

2. Llámense herederos extraños los que no son descendientes ni ascendientes del testador: y así se comprenden bajo dicho nombre no solo aquellos que no tienen parentesco alguno con

éste, sino también los parientes transversales, incluso sus hermanos. No hay duda en que procederá mas justa y cristianamente el testador beneficiando en su testamento á sus parientes pobres, si los tuviere, con preferencia á otros que no lo sean; pero el derecho le da facultad para disponer de sus bienes en perjuicio suyo (1).

3. Como los extraños ningun otro derecho tienen á los bienes del testador que el que les da la voluntad del mismo, jamas pueden anular su testamento (2). Solo compete este derecho á los hermanos del testador, en el caso de que instituya por herederos á sujetos de mala vida ó infames, como son mugeres mundanas, ladrones, falsarios, hijos espurios, usureros, clérigos pública y continuamente amancebados, y otros cuya designacion es arbitraria en el juez. Entonces les compete la accion de querrela (*), y no vale la institucion, siendo probado el defecto del instituido (3), excepto que hayan maquinado contra su vida, ó acusádole de crimen que trajese consigo pena capital ó perdimiento de miembro, ó héchole perder la mayor parte de sus bienes, ó poniendo los medios para que los perdiese; pues por cualquiera de estas tres causas verificadas, no solo no pueden intentar la querrela, aunque el hermano haya instituido heredero á algun infame, sino que si murió abintestato serán repelidos, y nada podrán heredar de él (4).

4. Por lo respectivo al segundo digo: que careciendo el testador de herederos forzosos puede instituir á uno ó á muchos extraños, ya sean ó no parientes suyos, con tal que por derecho ni tengan prohibicion de heredar, é imponerles las posibles y honestas condiciones que guste, las que para entrar en la herencia deben cumplir, ó dar caucion y seguridad de que las cumplirán, ó practicarán para ello las competentes diligencias (5).

5. Advierto además que aunque el derecho romano dividia la herencia en doce onzas ó partes, puede dividirla el testador en

1 Leyes 1. tit. 6 lib. 3. Fuero Real. y 2. y 12. tit. 7. Part. 6.

2 Ley 2. verb. *El todos los otros*, y ley 12. tit. 7. Part. 6.

* Esta querrela es la que se llama *de inficioso testamento*, la cual tiene lugar cuando el preterido ó desheredado pretende ser falsa la causa de desheredación alegada por el testador, ó bien cuando esta ha sido hecha sin expresarse causa alguna. Probiendose la insinceridad de la causa en el rimercáso; ó el falso grado de parentesco que

constituye heredero forzoso al preterido sin ella, se rescinde el testamento como *inoficioso*, esto es, como hecho contra los officios de piedad que median entre padres é hijos.

3 Ley 2. verb. *Fueras ende*, tit. 8. Part. 6.

4 Dicha ley 12. verb. *Pero tres razones*, y ley 2. cit. verb. *Pero si este hermano* Cast. *Controv.* lib. 2. cap. 19.

5 Leyes 7 y 14. tit. 4. Part. 6.

las que quisiere, é instituir á sus herederos de tres maneras: 1.^a señalando á todos lo que han de percibir de sus bienes; 2.^a á unos sí, y á otros no; 3.^a á ninguno (1): y de cada una paso á tratar con orden, exponiendo varios casos para ilustracion de esta materia.

6. Primero, cuando el testador señaló á todos sus herederos las partes ó porciones que de su herencia han de percibir; en cuyo caso se debe repartir enteramente entre ellos, de modo que nada quede vacante, y todos le representen en el todo (2). Y si habiendo dividido parte de ella, dejó algo sin repartir, se ha de aplicar esto á los herederos instituidos á proporcion de lo que les señaló en la parte distribuida (3).

7. Instituyendo el testador á uno por su heredero en cosa señalada, y no disponiendo del resto de sus bienes en aquel testamento ni aunque despues haga otro nombra heredero en él, debe llevarlos todos el particular instituido, sin embargo de serlo solo en cosa determinada, porque se entiende universal; y asimismo cumplir los legados y pagar las deudas que dejare (4); pues de no heredarlos todos, se verificaría que el testador moria en parte testado y en parte intestado, lo cual es absurdo y repugna (*). Pero si en testamento posterior establece nuevo heredero, llevará solamente el anterior la cosa en que fué instituido, y el del segundo el resto de la herencia, con tal que este último no contenga revocacion del precedente, pues si la contiene ó el testador manda otra cosa, nada llevará el del primero (5).

8. Si el testador divide la herencia, v. gr. en cuatro porciones, instituyendo por iguales partes á tres herederos en las tres, y no haciendo mencion de la cuarta, deben llevar esta con

1 Leyes 16 y 18. tit. 3. Part. 6. Guerreir. de division. lib. 5. cap. fin. num. 2, 3 y 4.

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

3 Guerreir. de division. lib. 5. cap. fin. num. 38.

4 Ley 14. tit. 3. Part. 6.

* Esta doctrina de Febrero se apoya en el derecho romano, segun el cual nadie podia morir parte testado y parte intestado (ley 7 de divis. reg. jur.). de cuyo axioma procedia el derecho de acrecer que estableció la ley 1. t. 4. de hær. inst. y en lo que la siguió nuestra ley de Partida (14. tit. 3. Part. 6.). Pero muchos de nuestros juriscónsultos son de opinion, que ya no debe observarse por estar corregida por la ley 1. tit. 18. lib. 10. Nov. Rec., segun la

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

5 Ley 14. cit. y ley 21. tit. 1. Part. 6.

igualdad los instituidos en las tres; y si no los fueron igualmente, llevará cada uno de la vacante la que segun la institucion le corresponda proporcionalmente (1); y lo mismo se debe observar en los legados (2). Pero si el testador instituye cuatro herederos, á cada uno en cuatro partes de la herencia, se ha de dividir esta en diez y seis, y llevar cada uno las cuatro que dice el testamento (3).

9. Dividiendo el testador su herencia en mas de las doce onzas ó partes en que el derecho la divide, v. gr. instituyendo á uno en ellas y á otro en seis, llevará las dos terceras partes el instituido en las doce, y el de las seis la otra tercera parte, ya nombre primero á este que á quel, ó al contrario (4). Y si instituye á uno en las doce, y á otro en mas de las seis, v. gr. en ocho, diez &c., y consta que quiso dividir su herencia en mas de las doce partes, decrecerá para el de las doce, por ser visto haber querido que no percibiese las que dejó al otro, antes sí darlas á este; y asi en los casos propuestos se dividirá en veinte ó veinte y dos partes segun sea la institucion, de las cuales llevará las doce, y el otro las ocho ó las diez. Y si á cada uno dejase doce, partirán por mitad toda la herencia, porque por el hecho de no dividirla el derecho en mas de doce onzas ó partes, haber instituido el testador dos herederos, y dejado á cada uno las mismas doce que son su total, es visto haber querido que este decreciese para ambos con igualdad, y por consiguiente que le heredasen por mitad. Sin embargo la norma mas segura será el sujetarse en todo á la disposicion del testador, el cual puede dividir su herencia en cuantas partes quiera, sin sujetarse para esto á la ley de Partida.

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

11. Diciendo el testador en la institucion de esta suerte:

6. Ley 17. verb. *E aun decimos*. tit. 3. Part.

Var. cap. 2. num. 3. cap. 12. num. 20.

2 Ley 33. tit. 9. Part. 6. Gom. lib. 1.

3 Ley 18. tit. 3. Part. 6.

4 Ley 19. tit. 3. Part. 6.

nombro á Pedro, Diego y Juan por mis herederos, al primero, al segundo, al tercero, y á cualquiera y á cada uno de ellos en todos mis bienes y herencia; es visto que quiso instituirlos con igualdad, y que el nombrado primero no tuviese mas derecho que el segundo ni tercero; y asi percibirá cada uno la tercera parte de la herencia (1): por lo que si en caso de duda fueren preguntados los testigos instrumentales, y dijeren que fueron instituidos pero que no se acuerdan en cuantas partes, se debe interpretar que lo han sido igualmente (2).

12. Lo mismo procede y se debe practicar cuando alguno fue instituido heredero en alguna cuota ó porcion de la herencia, y se duda en cuanto por no estar especificada; pues entonces se han de dividir los bienes del instituyente segun la mas verocimil intencion de este, que debe investigar prudentemente el juez, regulando su arbitrio por la disposición de las leyes (3).

13. Instituyendo el testador por su heredero á uno en la parte que en su codicilo ó en su primer testamento le tiene señalada, si ningun señalamiento se encuentra en estos, se entiende excluido de su sucesion, y asi nada percibirá. Y lo mismo procede si le instituye en la que otro tiene nombrado al mismo testador, y se verifica que no hay tal institucion. Pero si este se refiere al tiempo futuro, v. gr. le instituye en la parte que le señalará en su codicilo ó en otra cosa ó instrumento, aunque se verifique que nada le señaló, llevará su herencia, porque se reputa instituido en todas; y si son muchos la dividirán igualmente como instituidos sin partes (4).

14. Si el testador nombra á algunos por herederos de ciertas fincas ó de otra cosa, ya sea en partes iguales ó desiguales, y omite nombrar heredero del residuo de sus bienes, se entienden instituidos tambien estos: y asi se han de dividir con igualdad entre ellos; pero en la finca ó cosa señalada llevarán las partes que les asignó. Lo mismo se ha de observar si instituye á dos al uno en una finca y al otro en otra, ó en cosa determinada, y no dispone del resto de la herencia entre ellos, ni elige otros; bien que cada uno llevará ademas la cosa en que fue instituido (5).

1 Ley 19. tit. 3. Part. 6. *E si acaesciese*. Greg. Lep. en dicha ley 19. glos. 4 y 5.

2 Decio cons. 252. num. 3. vers. *Nec obstat* Mantio. *de conject.* lib. 4. tit. 9. num.

4 Cravet. cons. 65. num. 4.

3 Mans. *de testam. valid et invalid.* tit. 6. quæst. 22. num. 1. Guerreir. *de division.*

lib 5 cap. fin. num. 50.

4 Rin. lib. 2. cons. 176. num. 4. vers. *Ad idem facit.* Menoch. lib. 4. præsumpt. 18. Guerreir. ibi. num. 54 y 55.

5 Ley 14. palabras: *Otrost decimos*, tit. 13. Part. 6.

15. Pero si instituye á dos por herederos juntamente, v. gr. en una finca, y en otra cosa á otro solo, y no nombra mas herederos ni dispone del resto de sus bienes, se debe distribuir la herencia en dos partes, de las cuales los dos llevarán la una por mitad, y ademas la finca en la propia forma, y el otro íntegramente la cosa en que fue nombrado, y la otra mitad de la herencia; excepto que el testador mande que todos le hereden igualmente, pues entonces se dividirá esta por terceras partes (1).

16. La segunda manera como puede instituir herederos el testador, y su herencia se ha de dividir entre ellos, es cuando nombra varios, señalando á unos las respectivas partes que han de percibir, y á otros sin señalarles cosa alguna, en cuyo caso llevarán aquellos las que les señaló y en que fueron instituidos, y estos el resto de la herencia, ya importe mas ó menos que lo que toque á los otros (2).

17. De lo expuesto se deduce que si el testador instituye á cuatro por sus herederos, mandando que el uno lleve la mitad de la herencia y el otro la otra mitad, y no señalando á los otros dos cosas ni parte alguna, heredarán aquellos, á quienes instituyó en partes ciertas, la mitad de la herencia y no mas, la que partirán entre sí igualmente; y los otros, á quienes nada señaló, la otra mitad, la que partirán tambien en igual forma, ya sean instituidos juntos, ó al principio, medio ó fin del testamento (3).

18. Cuando el testador instituye á uno por heredero de todos sus bienes, y despues á otro, mandando que este lleve el resto de su herencia; el primero los llevará todos y el segundo nada, porque nada le queda que heredar; y asi en cuanto á este será ilusoria, y se frustrará la institucion; excepto que el primero sea incapaz absolutamente de heredar, y el testador diga que en la parte que no puede haber, instituye al otro, pues entonces llevará todo el segundo, y el incapaz nada (4). Pero si la incapacidad es limitada, puede ser instituido para cuando cese y pueda percibir la herencia.

19. Y la tercera manera como el testador puede instituir herederos, y se ha de dividir su herencia entre ellos, es cuando los instituye sin partes, que es sin señalarles las porciones que

1 Dicha ley 14. verb. *E si por ventura el testador fici-se.*

2 Ley 17. en las palabras: *E si acaeciese.* tit. 3. P. r. 6. Barri. *de sucesion. testat. et intest.* ley 2. tit. 7. num. 6.

T. I.

3 Dicha ley 17. en las palabras: *Otrosí decimos,* y Barri ibi. num. 7.

4 Dicha ley 19. palabras: *Otrosí decimos,* hasta el fin.

de ella han de llevar. En cuyo caso todos la deben partir igualmente, porque así se conceptúan instituidos; y en duda se presume que lo mismo amó á unos que á otros, y que quiso observar igualdad entre ellos (1); pues la disposición indeterminada, que se refiere á muchos extremos, los mira simplemente y con igualdad.

20. Dividiendo el testador su herencia en dos ó tres partes, se han de entender dos ó tres de doce, á menos que otra cosa conste de su voluntad. Si hace mención de alguna cuota, v. gr. tercera, cuarta, quinta, sexta &c., se entiende de la tercera, cuarta, quinta ó sexta de la herencia. Si alguno pide dos partes de la herencia sin declarar mas, se entiende también de doce que es su total; y si pide una se entiende pedir su mitad (2).

21. El tercero y último punto de este párrafo (que es bastante oscuro y delicado, porque muchas veces hay que recurrir á conjeturas, y los autores suelen discordar por esta razón) se reduce á si los herederos instituidos por el testamento le sucederán ó no igualmente y á un propio tiempo, ó por orden sucesivo, y si por cabezas ó por ramas: y para su inteligencia digo: lo primero, que aunque nombre á muchos de grados distintos, v. gr. *si instituye á Pedro su amigo, y al hijo nieto de este*, deberán sucederle igualmente y al mismo tiempo, y no por orden sucesivo, sin embargo de militar entre ellos diversos grados, y algún orden de naturaleza y caridad; y la razón es que por el hecho de instituirlos de esta suerte se conceptúa que lo mismo amó á unos que á otros (3).

22. Se amplia esto á los catorce casos siguientes. El primero, no solo cuando los instituidos fueron absolutamente extraños, sino aunque hayan sido consanguíneos del testador, á quien si hubiese muerto intestado, heredarían por recaer en ellos la sucesión abintestato, pues sin embargo de que lo sean, si llama copulativamente á todos, y no hace distinción de las partes que cada uno ha de heredar, y cuando, le sucederán a un tiempo y con igualdad, sin diferencia (4).

23. El segundo es cuando nombró por sus herederos á su hermano é hijo de este, ó á él, ó á los de otro hermano muerto, pues se dividirá entre todos por iguales partes la herencia: por-

1 Ley 17. tit. 3. Part. 6.

2 Greg. Lop. en la ley 16. tit. 3. Part. 6. glos. 1.

3 Gom. lib. 1. Var. cap. 2. num. 4. vers. Sexto et finaliter. Cras. in §. Inst. quæst. 20, num. 10, Harp. ad Clarum, in 1.

Testamentum. quæst. 10. num. 3. Guerreir. *de divis* lib. 5. cap. fin. num. 7.

4 Mans. *de testam. valid. et invalid* tit. 6. quæst. 16. num. 5. Fachin. *Controv.* lib. 12. cap. 41, Guerreir. *ibi*, num. 8.

que cuando la afición del testador recae indistintamente en todos los instituidos, se contemplan llamados juntamente, y no por orden sucesivo (1). El tercero es cuando instituyó, v. gr. á su hermano y á algunos hijos de este, llamándolos por sus propios nombres, pues sucederán tambien igualmente y al mismo tiempo, y no por orden sucesivo (2); porque por el hecho de llamar á estos por sus nombres y no á los otros, es visto haberlos amado mas por algun motivo singular que á ello le impelia.

24. El cuarto es cuando instituyó á su hermano, y con limitada especificacion, ó usando de nombre apelativo, á sus hijos, v. gr. si nombra solamente á los nacidos, sin embargo de que su madre estuviere embarazada, ó aunque no se hallase en este caso, se podia esperar por su edad y aptitud para procrear, que pariese mas; ó cuando nombra á los emancipados, no obstante que el padre tenia otros en su poder; pues sucederá con su padre igualmente, y no por orden sucesivo (3). El quinto cuando instituyó á su hermano y á los hijos que entonces tenia, y no esperaba procrear mas (4). El sexto cuando dijo: *instituyo á mi hermano con sus hijos*, porque esta preposicion *con* es copulativa (5).

25. El séptimo es cuando hizo la institucion con palabras, que segun las reglas gramaticales no se pueden entender sucesiva sino simultáneamente, v. gr. *instituyo á mi hermano Pedro y á sus hijos por mis herederos*: pues heredarán todos á un mismo tiempo, y no por orden sucesivo, porque la palabra *herederos* no conviene al hermano solo sino tambien á sus hijos (6).

26. El octavo cuando instituyó á un tio suyo hermano de su padre, y á un primo hijo de otro hermano de este, pues aunque el tio y el hermano preceden al primo en la edad y orden de la naturaleza y generacion, y abintestato lo excluyen de heredar, no obstante, en este caso serán admitidos igualmente á la herencia, y no por orden sucesivo segun la prerogativa de grado (7).

27. El noveno cuando el testador instituyó á muchos sin nombrarlos por sus nombres, sino bajo del colectivo de muchas personas de un mismo grado: pues deben ser admitidos todos juntamente, y heredar por iguales partes, v. gr. *instituyo á los hi-*

1 Guerreir. ibi. num. 9 y 1. Menoch. lib. 4. præsumpt. 7o. num. 16.

2 Guerreir. ibi. num. 11.

3 Guerreir. ibi. num. 12.

4 Guerreir. ibi. num. 13.

5 Guerreir. ibi. num. 2o. vers. *Secus erit.*

6 Menoch. dicha præsumpt. 7o. y lib. 4. num. 34. Guerreir. ibi. num. 22.

7 Cras. dicho num. 3. Mans. dicha quæst. 16. num. 6. Guerreir. ibi. num. 23.

jos ó hermanos, porque entre estos no hay ni se presume tenerles mayor afecto, y así como conjuntos se estiman por uno (1).

28. El décimo cuando instituyó á muchos por herederos con modo colectivo, y á otro solo con el distributivo, v. gr. *instituyo á Francisco y á cualesquiera hijos suyos por mis herederos*, pues es lo mismo que si á cada uno de estos nombrara y llamara singularmente á la herencia; por lo que se dividirá igualmente entre todos (2); lo cual procede aunque los hijos instituidos con su padre esten emancipados (3). El undécimo cuando hizo la institucion llamando á uno de sus hijos, y prohibiendo que los bienes saliesen de la familia (4).

29. El duodécimo cuando instituyó á muchos con nombre colectivo, y entre ellos á un tercero que estaba contenido bajo del mismo nombre, v. gr. *instituyo á los hijos de Francisco y á Antonio por mis herederos*. En tal caso si este es uno de los hijos de Francisco, sucederá en igual parte que los demás sus hermanos (5); porque cuando se conoce el afecto é inclinacion á los instituidos, y se dirige hácia ellos, se entienden llamados para heredar al propio tiempo y no por orden sucesivo (6).

30. El décimotercio es la sustitucion hecha á los sustitutos por sus propios nombres expresos: pues como en este caso se presumen instituidos igualmente, se ha de dividir del mismo modo entre ellos la herencia (7). Y el décimocuarto en los legados y fideicomisos, en los cuales los instituidos ó nombrados en partes no señaladas son admitidos con igualdad (8).

31. Lo dicho en el párrafo 21 se limita lo primero, cuando el testador instituyó v. gr. á su hermano y á sus hijos, y esperaba que procrease otros; pues le heredarán por orden sucesivo, porque se conceptúan llamados así á la herencia, y se presume que no solo quiso llamar á los que entonces estaban nacidos, sino tambien á los que habian de nacer, para que ninguna diferencia hubiese entre todos (9).

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

1 Mans. supr. num. 7. Guerreir. num. 24.

2 Menoch. præsumpt. 8. num. 7 y 16. Guerreir. ibi, num. 28, 29 y 30.

3 Menoch. dicha præsumpt. 18. num. 36 al fin, lib. 4.

4 Menoch. dicha præsumpt. 18. num. 18.

5 Menoch. ubi supr, num. 21 y 23.

6 Menoch. dicha præsumpt. 70. num. 16. lib. 4.

7 Menoch. dicha præsumpt. 18. num. 6. Fusar. de substitut. quæst. 477. num. 1. y 2. Guerreir. dicho lib. 5. y cap. fin. num. 25.

8 Guerreir. ibi, num. 26.

9 Guerreir. ibi, num. 14.

y al tiempo que formalizó el testamento ningunos tenía nacidos, pues se contemplan llamados tambien por orden sucesivo, porque como no los conocia, no es creible les profesase el amor que á su padre, ni por consiguiente que quisiese igualarlos á este, para que á un propio tiempo heredasen con él (1).

33. Lo tercero, cuando instituyó á su hermano y á los hijos nacidos y que habian de nacer de él (2), ó á sus hijos y descendientes; porque bajo del nombre de descendientes se comprenden no solo los hijos, sino los nietos, biznietos y demas posteridad suya hasta su extincion (3); ó á sus hermanos y los suyos, porque este nombre suyos comprende lo mismo que el de hijos, y asi en estos tres casos heredarán todos por orden sucesivo (4).

34. Lo cuarto se limita, cuando nombró á su hermano y á sus herederos, porque viviendo este no puede tener heredero en el efecto, y en el nombre genérico de *herederos* no solo se comprenden el primero sino los de este y demas que siguen (5). Lo quinto, cuando instituyó á su hermano ó á sus hijos, pues estos heredaran despues que su padre, porque la *ó* es disyuntiva, y asi impide que hereden juntamente con él (6).

35. Lo sexto, cuando instituyó á su hermano y á sus hijos con palabras que atendidas las reglas de gramática, no pueden entenderse sino sucesivamente, v. gr. *instituyo por mi universal heredero á Pedro mi hermano y á sus hijos* pues estos deben heredar por orden sucesivo, que es despues de muerto su padre, porque la palabra *heredero* no conviene sino al hermano, que es uno, ni se extiende á los hijos, porque son muchos, sino por el orden expuesto (7).

36. Lo séptimo, cuando son instituidos muchos *colectiva ó copulativamente*, si de las palabras con el testador hace la institucion si colige haber querido que no acudiesen todos á un propio tiempo sino por orden sucesivo v. gr. *instituyo á Pedro y á su hijo y heredero*, y entonces ningun hijo tiene: pues en este caso es visto que el hijo y el heredero que llegue á tener han de heredar por orden sucesivo (8).

37. Lo octavo, cuando son nombrados por herederos mu-

1 Guerreir. ibi, num. 15.

2 Guerreir. ibi, num. 16.

3 Covarr. in cap. *Regnulus*. §. 2. num.

6. de *testam* Guerreir. ibi. num. 17.

4 Menoch. dicha *præsumpt*. 18. num.

26. Guerreir. ibi. num. 18.

5 Guerreir. ibi. num. 19.

6 Guerreir. ibi. num. 20.

7 *Dacio cens.* 215. num. 2. vers. *Prima respondit*. Guerreir. ibi. num. 21.

8 *Cras.* in §. *Institutio*, quæst. 20. num.

5. Guerreir. ibi. num. 27.

chos, entre los cuales no solo media el orden de afecto, caridad y sucesion, sino que concurre la necesidad de ser instituidos, v. gr. si hijo y nietos lo son por la mera partícula copulativa: pues siéndolo por alguna palabra mas conyuntiva. v. gr. *juntamente* sucederán igualmente y no por orden sucesivo (1).

38. Y lo nono y último se limita la referida conclusión cuando son instituidas varias personas, entre las cuales media el orden de caridad, y por alternativa, son llamadas á la sucesion (2); ó son llamados muchos, el uno por su propio nombre, y sus descendientes por una dición ó palabra colectiva de muchos grados v. gr. *instituyo á Pedro y á sus hijos y descendientes* (3); ó cuando se hace la institucion por su nombre colectivo que comprende diversas personas y grados v. gr. si el testador instituye á la familia y á los agnados, hijos y descendientes, en cuyos casos serán admitidas por orden sucesivo segun la prerogativa del grado (4).

39. En cuanto á si sucederán por cabezas ó por ramas digo que si el testador instituye muchos herederos, al uno simplemente por su propio nombre, y á los demas con modo colectivo ó bajo la coleccion de muchas personas que no descienden de él, no heredarán todos con igualdad, antes bien el instituido por sí solo y por su propio nombre llevará la mitad de la herencia, y todos los demas juntos la otra mitad que dividirán entre sí igualmente, v. gr. si dice: *instituyo á Pedro y á los hijos de Juan por mis herederos: ó Pedro sea mi heredero, y Juan y Francisco sean mis herederos*. Y la razon es porque todos los conjuntos se reputan por una persona y no ocupan mas que un lugar, y el disyunto por sí solo otro, y por lo mismo debe llevar tanto como los demas (5). Y lo mismo procede cuando es hermano del testador el instituido solo, que abintestato debe heredarle, y los instituidos colectivamente son hijos de este hermano; bien que acerca de este hay variedad de opiniones (6).

40. Se limita lo expuesto cuando el testador añade á la institucion alguna dición ó palabra, por la cual se conoce que qui-

1 Mantic. *de conject.* lib. 4. tit. 9. num. 19. Mans. quæst. 16. num. 19 y 25. Gom. lib. 1. *Var.* cap. 2. num. 4. Canc. part. 1. *Var.* cap. 8. num. 97. Guerreir. ibi. num. 32 y 33.

2 Mans. ibi. num. 28. Guerreir. ibi. num. 34.

3 Cras. dicha quæst. 20. num. 14. Mans.

dicha quæst. 16. num. 29. Guerreir. ibi. num. 35.

4 Guerreir. ibi. num. 36. Mantic. ibi. Mans. ibi. num. 30.

5 Guerreir. ibi. num. 28 v 29. Cras. dicha quæst. 20. num. 15. Mans. ibi. num. 11. Menoch. ibi. num. 15.

6 Boer. decis. 185. num. 16. al fin, lib. 1.

so heredasen todos uniformemente, v. gr. si dice: *instituyo á Pedro y á los hijos de Juan por mis herederos en partes iguales*, en cuyo caso heredarán todos con igualdad. Lo cual se entiende, excepto que sean instituidos en diversas oraciones, v. gr. *instituyo por mi heredero á Pedro, y á los hijos de Juan instituyo tambien por mis herederos en iguales partes, ó igualmente por extirpes*. En estos casos, sin embargo de la palabra que al parecer los hace conjuntos, llevará Pedro la mitad de la herencia, y los otros la otra mitad; porque la dición *por iguales partes* recae sobre los hijos de Juan, y los une entre sí, y no á Pedro con ellos (1).

41. Si el testador instituye genéricamente por herederos á sus hermanos, ó les lega alguna cosa, y unos son enteros y otros medios, serán admitidos solamente los enteros á la herencia ó legado (2); y la razon es: 1.º porque en duda se supone haber querido disponer con arreglo á derecho, segun lo cual son preferidos los hermanos enteros (3); 2.º porque la causa del que murió testado se ha de juzgar en duda por las reglas que rigen abintestato (4); y 3.º porque mayor aficion se presume para con los hermanos por ambas líneas, que para los medios hermano (5).

42. Esto se entiende en caso que el difunto tenga varios hermanos enteros, pues si solo tuviere uno de esta clase, por el hecho de llamar ó instituir á sus hermanos en plural y no convenir la pluralidad á uno solo, se conceptúan tambien llamados é instituidos los medios hermanos. Y lo propio milita y procede quando interviene la causa de conservar la agnacion en la familia (6).

43. Si instituye á Pedro y á los hijos que nazcan de su hermana Juana (ó de otra muger que nombra), y nacen dos ó mas, deben heredar todos igualmente; porque no se puede imputar culpa al testador en no haber nombrado á cada uno por su nombre, respecto no estar nacidos, y por derecho se presume que á estarlo los nombrara. Lo cual es al contrario cuando lo estan y no los nombra sino con modo colectivo; pues se presume que quiso fuesen tenidos por uno, y que por consiguiente heredasen solo todos juntos.

1 Not. ibi. num. 16 Cras dicha. quæst. 20. num. 16. Mans. dicha quæst. 16. num. 12. Guerreir. ibi, num. 29.

2 Paul. de Castro. in leg. fin. Cod. de verb. significat, Gom. en la 8 de Toro,

3 Ley 5. tit. 13. Part. 6.

4 Menoch. cons. 187. num. 40.

5 Menoch. præsumpt. 75. num. 19. y 20. lib. 4.

6 Menoch. ubi supr. al fin.

44. Y si instituye por sus herederos á un hermano suyo y á los hijos de otro hermano muerto, no con modo colectivo ó copulativo sino nombrándolos por sus propios nombres, sucederán cada uno de por sí con su tio, y así la herencia se dividirá entre el tio y sobrinos con igualdad; pues en toda materia es principio y regla de derecho, que cuando muchos son nombrados colectiva ó copulativamente en alguna disposicion, se admiten virilmente ó con igualdad (1).

45. Instituyendo el testador por sus herederos á sus hermanos, ó haciéndoles algun legado, parece que son llamados tambien al legado ó herencia los hijos de otro hermano suyo muerto, porque representativamente se tienen por hermanos, y suceden en su derecho y lugar. Pero lo contrario es lo cierto; y así no serán admitidos los sobrinos. Lo primero, porque no hizo mencion de ellos. Lo segundo, porque en la disposicion del testador mas se debe considerar la propinqua aficion y proximidad de grado que la remota, y atender mas á su mente que á las palabras con que se explica. Lo tercero, porque en el nombre apelativo de hermanos vienen y se comprenden solamente los existentes en segundo grado, y no los ulteriores (2).

46. Entre los herederos extraños se comprenden los *usufructuarios*, que son los que instituye el testador para que gocen del producto y uso de sus bienes por tiempo determinado, ó por el de su vida, pasado el cual se incorpora el usufructo con la propiedad, y pertenece al heredero de la misma, que por esto se llama propietario,

47. Compréndense igualmente los fideicomisarios ó fiduciarios, que son los que el testador instituye para que entreguen la herencia á la persona ó personas que designa. Tambien hay quien instituye heredero con fideicomiso; dejando en realidad heredera á su alma sin expresarlo así en el testamento, recomendando al fideicomiso bajo sigilo natural el modo y forma de la distribucion de la herencia, prohibiendo á cualesquiera jueces ú otras personas que le pidan cuenta de su inversion, y mandando por último que en caso de que alguno lo intente ó se entremeta en el negocio, no se entienda ser fideicomisario, sino que se tenga y repute por absoluto heredero.

1 Gom. ibi, num. 16.

2 Gom. ibi, num. 17. Covarr. *Pract.* cap. 38, num. 4, Velasc. *de jure emphiteut.*

quest. 10. num. 31. Acev. en la ley 4. tit. 8. lib. 5. Rec. num. 6.

48. Para que sea válida la institución de los herederos extraños han de estar libres de impedimento legal en tres tiempos: 1.º cuando son instituidos; 2.º cuando muere el testador; 3.º cuando acepta la herencia; pues sí en alguno de ellos le tuvieren, no heredarán, y en su lugar será heredero aquel á quien por derecho corresponda (1). Cuando el heredero extraño es inhabil para el manejo de sus bienes, es libre el testador de encargár la administración de ellos á quien le parezca con postergación del padre de su heredero, si no mereciese su confianza.

1 Ley 22. tit. 3. Part. 6. Véanse las dos limitaciones que trae Greg. Lop. en ella.