

# PRACTICA DE TESTAMENTOS,

6

TRATADO EN QUE SE RESUELVEN LAS CUES-  
TIONES QUE MAS FRECUENTEMENTE SE  
OFRECEN EN LA DISPOSICION DE  
LAS ULTIMAS VOLUNTADES,

*Felipe José Goyavea*



SANTIAGO DE CHILE,

1833.

~~1833~~

IMPRESA DE COLOCOLO,

Administrada por E. Molinara.



PONTIFICIA  
UNIVERSIDAD  
CATÓLICA DE  
VALPARAÍSO

# INDICE.

§. 1.	Testamentos.....	1
§. 2.	De los que no pueden ser testigos en ningun testamento, o tienen impedimento para serlo respectivamente en algunos; y de los que tienen prohibicion de testar o ser instituidos herederos.....	6
§. 3.	Comisarios,.....	8
§. 4.	De los herederos forzosos.....	12
§. 5.	De los ascendientes y de los hijos naturales.....	13
§. 6.	De las mejoras de tercio y quinto.....	16
§. 7.	De las mandas.....	19
§. 8.	De las sustituciones.....	24
§. 9.	De los modos de admitir o desechar la herencia, y del beneficio de inventario y derecho de deliberar que competen al heredero.....	26
§. 10.	De los albaceas.....	30
§. 11.	Testamentos de los extranjeros.....	32
§. 12.	Herencia ab-intestato.....	34

## APENDICE.

Modo de hacer testamento <i>in scriptis</i> , o cerrado, con las cláusulas que cada uno puede poner segun las circunstancias.....	41
Testamento nuncupativo o abierto.....	45
Apertura del testamento cerrado y reduccion del nuncupativo a escritura pública.....	45



# CORRECCION

## DE ERRATAS NOTABLES.

PAJ.....	LIN.....	DICE.....	LEASE.....
1.	9	de heredero sin ella	de heredero o sin ella
Id.	22	del sello segundo	del sello correspondiente
Id.	28	del sello segundo	a la cantidad que se teste
5.	6	les considera	id.
21.	33	las expresó	los considera
31.	11	excentos	lo expresó
32.	11	maravedices	exentos
33.	5	sucesion	maravedises
38.	31	discusion	sucesion
39.	2	deducion	decision
Id.	6	intestato	deduccion
42.	32	trajo	intestado
			trajo ella

En la página 41 se olvidó una nota a la cláusula segunda del modelo de testamento cerrado, y es como sigue.—*Los testamentos o codicilos que contengan fundaciones de patronato, capellanías &c. deben escribirse en papel sellado de la séptima clase.*



## ADVERTENCIA.

La ilustracion, que tan rápidos progresos hace en nuestro sielo, nos manifiesta cada momento mas la necesidad en que estamos de arreglar nuestra lejislacion, para desprendernos de las añejas instituciones que nos rijen aun, apesar de ser tan contrarias a nuestro sistema político, al mismo tiempo que a las ideas del presente siglo. Mientras no consigamos el complemento de esta importante obra, el único medio que nos queda para equilibrar su falta, es el de hacer accesible, en cuanto se pueda, a las diversas clases de la sociedad chilena, el conocimiento de aquellas disposiciones legales que por ser de un uso mas comun y frecuente, son tambien de una utilidad mas inmediata. Poscidos de esta verdad, emprendimos una nueva edicion de la obrita que con el mismo título que esta, publicó en Lima el año de 1792, el reverendo Morillo de Velarde, y de la cual se hizo otra edicion en 1820 en esta capital. Pero desistimos de la empresa luego que advertimos el no pequeño inconveniente de estar las citas de dicha obra arregladas a las leyes de la Nueva Recopilacion; y tambien porque encontramos doctrinas que por estar en oposicion con el derecho novísimo de España y con algunas instituciones patrias, eran dignas de una completa reforma. Mas, por llevar adelante nuestro proyecto, nos propusimos publicar un nuevo prontuario de testamentos extractado de las obras de los principales tratadistas del derecho español, y arreglado en todo a las disposiciones de las leyes que sobre la materia se han dado en Chile en la época de nuestra independenciam. No se encontrará en este tratado un estilo majistral y puramente didáctico como el de nuestros doctores; pero supla esta falta y otras muchas, el objeto que nos hemos propuesto, el cual no es otro que el de poner al alcance de toda clase de personas el conocimiento de una materia de tanta importancia.



# DEDICATORIA DEL EDITOR

A LA

ACADEMIA DE LEYES Y PRACTICA FORENSE

DE LA REPUBLICA DE CHILE.

SEÑORES:

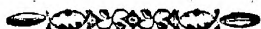
Tengo la honra de dedicaros este sencilla trabajo, que no es mas que un extracto de la doctrina de testamentos, sacada de las obras de los sabios jurisconsultos que vosotros habeis profundizado con tanta acierto. Su objeto es el de jeneralizar la ilustracion sobre una materia de tanta importancia y de un uso tan frecuente como es esta. Dignaos, porfi, aceptar y acoger bajo vuestros auspicios este testimonio de mi consideracion, y sed induljentes por la que respecta a las muchas faltas que encontrareis.

José Victorino Lastarria.



PONTIFICIA  
UNIVERSIDAD  
CATÓLICA DE  
VALPARAÍSO

**BREVE**  
**Y COMPENDIOSA NOTICIA**  
**DE LAS ULTIMAS VOLUNTADES.**



§ I.

TESTAMENTO.

TESTAMENTO es una lejitima determinacion de nuestra voluntad, con que disponemos, para despues de nuestra muerte, de nuestra hacienda, bienes y derechos, con institucion directa de heredero sin ella.

El testamento *in scriptis*, que se llama comunmente cerrado, requiere para su valor, que intervengan en él siete testigos y un escribano; y que así el testador como los testigos firmen sobre la cubierta de él: y si el testador o 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 (a).

Los testamentos o codicilos cerrados, de cualquiera jenero o calidad que sean, han de escribirse enteramente en pliegos sellados, con el sello tercero, porque han de servir de protocolo; y en los traslados que se han de dar a las partes, despues de abierto dicho testamento, se escribe la primera hoja en papel del sello ~~segundo~~, y las demas en el comun, y lo mismo está dispuesto en los testamentos y codicilos abiertos (b).

Tambien se pueden escribir los testamentos cerrados en papel comun, y despues de abierto y testificado lo ha de poner el escribano en el registro; y todos los traslados que dierre signados, serán en papel del sello ~~segundo~~ el primer pliego (c).

El testamento nuncupativo, que comunmente se llama

(a) L. 2 tit. 18 lib. 10 Nov.

(b) L. 2 tit. 24 id.

(c) Id.



abierto, es cuando el testador declara por palabras delante del escribano y testigos su voluntad, y lo que en el testamento se contiene; si este se hace con escribano público, deben ser presentes a verlo otorgar, tres testigos a lo ménos vecinos del lugar donde se hace el testamento: y si se hace sin escribano público ha de tener, por lo ménos, cinco testigos vecinos, si fuere lugar donde los puede haber: y si no pueden ser habidos cinco testigos ni escribano, a lo ménos 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 calidades que el derecho requiere, es válido (d).

El ciego puede hacer testamento nuncupativo o abierto, y bastan cinco testigos y el escribano; y no son necesarias otras solemnidades que las que se requieren en el testamento nuncupativo (e); pero no puede hacer testamento *in scriptis* o cerrado, como contra Espino defiende Pichardo (f).

El soldado y todo aquel que goce del fuero de guerra puede, segun las ordenanzas del ejército, (g) testar sin limitacion alguna, de cualquier modo que conste su voluntad, Segun leyes de patidas, a imitacion del derecho romano, se exijan en esta clase de testamentos dos testigos llamados y rogados, quando el soldado estaba en campaña; pues que en la ciudad debia testar como paisano.

En los testamentos de los Indios bastan dos testigos varones, o mujeres, aunque no sean rogados, y aunque no intervenga escribano público, como traea Solorzano y Montenegro (h). No ha de pedir el Doctrinero, si el Indio muriere *ab intestato*, el quinto de su hacienda para hacer bien por su alma, ántes lo ha de dejar a la voluntad de los herederos (i).

(d) L. 1 tit. 18 lib. 10 Nov.

(e) L. 2 id.

(f) Pich. § Circus, Instit. quibus non est permiss. n. 4.

(g) Art. 4 trat. 8 tit. 11. L. 8 tit. 18 lib. 10 Nov.

(h) Mont. Parroch. lib. 1 tit. 11 sess. 3.

(i) L. 9 tit. 13 lib. 1 R. Ind.



Los codicilos se hacen para añadir, quitar o enmendar algunas cosas de las que en el testamento se habian dispuesto; pero no se puede revocar el nombramiento de heredero hecho en el testamento, ni desheredar a alguno de los hijos, ni señalar otro heredero; pero puede el testador rogar en el codicilo a los herederos nombrados en el testamento, que restituyan la herencia al que nombra en el codicilo (k): de suerte que aunque no puede haber en él institución directa, se puede hacer indirecta o fideicomisaria. Para hacer codicilos ha de ser el varon mayor de catorce años, y la mujer de doce. En los codicilos ha de intervenir la misma solemnidad que en el testamento nuncupativo o abierto (m); y aunque pueden hacerse muchos codicilos, no se entienden revocados unos a otros, sino se hace expresamente.

Los testamentos y codicilos que no tuvieren la dicha solemnidad de testigos, no hacen fé ni prueba en juicio ni fuera de él.

Pueden dos, v. gr. marido o mujer, hacer testamento en una misma escritura; y muerto el uno, puede el que queda revocar dicho testamento, por lo que toca a su parte (n).

El testamento que tenga las dichas solemnidades, aunque en él no haya institución de heredero, vale, en cuanto a las mandas, y otras cosas que en él se contienen y hereda aquel, que segun derecho y costumbres de la tierra había de heredar *ab intestato*, y cumplirá el testamento en cuanto a lo demas. Otro tanto sucede cuando el heredero instituido no quiere ádir la herencia, pues entonces vale el testamento en las mandas y demas disposiciones que en él se contienen: y si alguno dejare a otro en su postrimera voluntad por heredero, o le legare o mandare alguna cosa para que la dé a otro alguno, a quien sustituyere en la herencia o manda, si el tal heredero o legatario no quiere aceptar, o renunciare la herencia o el legado, el sus-

(k) L. 7 tit. 3 p. 6.

(m) L. 2 tit. 18 lib. 10 Nov.

(n) Molin. de Just. tr.2 d. 152.





titulo o sustitutos lo pueden haber todo (o).

Los testigos han de ser varones, púberes o mayores de catorce años, llamados y rogados por el testador para el testamento (p), aunque algunos doctores dicen no ser necesaria hoy esta circunstancia de ser rogados (q).

El testamento hecho *ad causas pias* no necesita de solemnidad alguna, y para que sea válido bastan dos testigos varones o hembras (r); y esto, segun doctrina comun, se debe guardar, no solo en el fuero eclesiástico, sino tambien en el secular.

Causa pia se llama todo aquello que alguno deja en bien de su alma, como es la limosna que se deja a la Iglesia, lo que se deja por el culto divino o a los pobres aunque sean parientes, para redimir cautivos, casar huérfanas, por sufragios para sí o para los difuntos, y todo aquello que se hace principalmente con respecto a Dios y de fin sobrenatural para merecer la gracia y gloria, o para satisfaccion de los pecados ajenos o propios; y ademas todo lo que se aplicare al adelantamiento de la fé, defensa de la religion católica y conversion de los jentiles.

Cuando consta al heredero o albacea que el testador o difunto quiso dejar algun legado o manda por su alma, o para otra cualquiera obra pia, tiene obligacion en conciencia de entregarlo, aunque solo conste por testamento imperfecto, por cédula simple, con firma o sin ella, o de boca del mismo difunto, o por señas, aunque no haya ningun testigo para comprobacion (s).

Cuando el testamento es nulo por falta de solemnidad, están divididos en opiniones los doctores teólogos y juristas a cerca de si estará obligado en el fuero de la conciencia el heredero lejítimo o *ab intestato* a entregar la herencia al heredero nombrado en el testamento nulo; y en este caso juzgamos por mas seguro, que el que está en

(o) L. 1 tit. 18 lib. 10 Nov.

(p) L. 1 tit. 1 p. 6.

(q) Gom. in l. 3 Taur. n. 29.

(r) C. II de Testam.

(s) Mol. de Just. tr. 2 d. 131 a. 4.



posesion sea el heredero lejítimo (u): y no tendrá obligacion de restituir, hasta que lo mande el juez, por ser mejor la condicion del que posee (v).

Los hijos de familia siendo de edad lejítima (esto es, el varon mayor de catorce años, y la mujer de doce, aunque sea solo un dia) pueden hacer testamento libremente y sin la voluntad de sus padres, pues la lei los considera como si fueran padres de familia, o no estuvieran en la patria potestad.

La mujer casada puede hacer testamento y otra cualquiera última voluntad sin licencia del marido.

El condenado por delito a muerte natural o civil, puede hacer testamento y codicilo, u otra cualquiera última voluntad, y dar poder para ello (x).

Es costumbre aprobada por lei (y) y mandada observar que en los bienes de los clérigos de orden sacro que dejaren al tiempo de su muerte, aunque sean adquiridos por razon o respeto de alguna iglesia o iglesias, o beneficios o rentas eclesiásticas, se suceda en ellos *ex testamento y ab intestato*, como en los otros bienes que los dichos clérigos tuvieren patrimoniales habidos por herencia, o donacion o manda; y aunque muchos con el Doctor Gonzalez Tellez aprueban *in utroque foro* esta costumbre en toda su jeneralidad, no obstante aconsejáramos con Gregorio Lopez que solo se valiesen de esta licencia para disponer en usos píos (z).

Los obispos, principalmente los seculares (1), pueden hacer testamento de los bienes patrimoniales o cuasi patrimoniales, cuales son todos aquellos que les hubieren dado, atendiendo a su persona, o lo que hubieren adquirido por su industria, como son limosnas de las misas, confirmaciones y órdenes, o lo que hubiesen ahorrado por

(u) Lacrox. l. 3 p. ex núm. 716.

(v) Sanch. l. 4 Conf. c. 1 d. 14.

(x) L. 3 tit. 18 lib. 10 Nov.

(y) L. 12 tit. 20 lib. id.

(z) G. Lop. in L. 53 tit. 6 p. 1.

(1) Sanch. lib. 6 sum. cap. 6 ex n. 7.

su parsimonia en el porte de su casa y persona (2); pero no pueden hacer testamento, sin licencia del Papa, de los réditos de su obispado, o adquiridos por respeto de la iglesia ó de su dignidad, aunque pueden hacer donaciones *inter vivos* (3), y es muy probable que para estas disposiciones no hai diferencia entre los obispos regulares y seculares.

Los espolios de los obispos se coleccionan por la tesorería jeneral.

## § II.

**DE LOS QUE NO PUEDEN SER TESTIGOS EN NINGUN TESTAMENTO, O TIENEN IMPEDIMENTO PARA SERLO RESPECTIVAMENTE EN ALGUNOS; Y DE LOS QUE TIENEN PROHIBICION DE TESTAR O SER INSTITUIDOS HEREDEROS.**

Sabido el número de testigos necesarios en cada testamento, importa saber quienes pueden o no serlo. La lei 9.<sup>a</sup> tit. 1.<sup>o</sup> P. 6.<sup>a</sup> los designa en el órden siguiente.—1.<sup>o</sup> Los condenados por cancioncs injuriosas, libelos o pasquines con intencion de infamar; y en estos, advierte Gregor. Lop. en la glosa 2.<sup>a</sup> de dicha lei, que se comprenden todos los infames con infamia de derecho. 2.<sup>o</sup> Los condenados por hurto, homicidio u otro delito semejante a estos, o mas grave. 3.<sup>o</sup> Los apóstatas, que habiendo dejado nuestra religion católica pasaron a ser moros o judios, aunque volviessen despues a la nuestra. 4.<sup>o</sup> Las mujeres. 5.<sup>o</sup> Los menores de catorce años. 6.<sup>o</sup> Los mudos y los sordos. 7.<sup>o</sup> Los locos, mientras estubiesen en la locura, y 8.<sup>o</sup> los pródigos.

Los individuos en quienes concurrieren cualquiera de estas cualidades tienen una inhabilidad absoluta y jeneral para todos los testamentos; mas hai otras causas particulares que solo imposibilitan para ser testigo en determinados casos, como los hijos en los testamentos de los ascendientes, y estos en los de sus descendientes (4), excepto en

(2) Solor. t. 2 de Jur. in cap. 10.

(3) C. 1 y 2 de testam.

(4) L. 14 tit. 1 P. 6.

7  
los testamentos militares. El heredero y todos sus parientes hasta el cuarto grado, en el testamento en que fuere instituido. Pero los legatarios o fideicomisarios particulares no tienen imposibilidad para ser testigos en los testamentos en que se les dejan las mandas (5).

Respecto de los que pueden o no testar advertiremos con la lei 13 tit. 1.º P. 6.ª que carecen de esta facultad,—  
1.º Los impúberes, esto es los hombres menores de catorce años y las mujeres de doce. 2.º El loco o mentecato. 3.º El desgastador o pródigo. 4.º Los sordo-mudos que no saben escribir, pues el que sabe puede hacer testamento escribiéndolo por su mano, y 5.º Los religiosos profesos.

Segun lo hemos indicado, todo testamento puede ser válido aun cuando le falte la institucion de heredero, o esta se haya hecho en persona que tenia impedimento legal para serlo.

Están absolutamente imposibilitados por la lei, para ser instituidos herederos, los herejes y apóstatas, y las cofradías o sociedades que se hubieren formado contra derecho. Tienen imposibilidad particular los hijos naturales del testador, aunque estén legitimados por rescripto, cuando hai descendientes legítimos o legitimados por subsiguiente matrimonio; pero por las leyes 5.ª y 7.ª del tit. 20 lib. 10 de la Nov. Rec. se les puede mandar la quinta parte de los bienes. Mas pueden ser instituidos cuando solo hai ascendientes. Otro tanto puede decirse de los hijos espurios respecto a la sucesion de sus madres, salvo si fuerén nacidos de punible y dañado ayuntamiento, esto es, cuando por el tal ayuntamiento incurro la madre en la pena de muerte natural; pues entónces no pueden ser instituidos más que en la quinta parte de los bienes maternos. De la sucesion del padre están excluidos estos hijos, bien que se les puede dejar el quinto cuando están en suma necesidad, y no de otra manera. Tampoco pueden ser instituidos los hijos de los clérigos ordenados *in sacris*, frailes y monjas profesos, ni pueden gozar de legados, donaciones o ventas que les hicieren sus padres o parientes paternos. Están



tambien excluidos de la institucion el religioso que hubiere confesado al testador en la enfermedad de que murió, sus parientes, iglesia o religion, bajo la pena de privacion de oficio al escribano que autorizare testamentos de esta clase (6) y de nulidad de la institucion, aunque lo demas dispuesto es válido (7).

### § III.

#### COMISARIOS.

La facultad de testar puede cometerse a otro, y entónces han de intervenir las mismas solemnidades que se requieren para el testamento (8). El Comisario, que segun las leyes en esta materia, es a quien se dá este poder para hacer testamento, no puede instituir heredero ni hacer mejora de tercio y quinto (9), ni desheredar a alguno de los hijos y descendientes del testador, ni hacer sustitucion alguna, ni darles tutor, si no se le dió poder especial para estas cosas: y en el poder que se diere al Comisario para instituir heredero, ha de ser nombrado el que lo ha de ser (10): pero si el testador no nombró heredero, ni dió poder al Comisario para que lo hiciese por él, ni le dió para alguna de las cosas dichas, sino solo para hacer testamento, no puede el Comisario mas que pagar las deudas, y descargarle la conciencia, y distribuir el quinto por el alma del difunto, y el remanente va a los parientes, que son herederos *ab intestato*; y si no los tuviere, ha de dejar a la mujer del que le dió el poder, lo que de derecho le toca, y ha de disponer de todos los bienes del testador para causas pías y provechosas al alma del que le dió el poder, y no en otra cosa alguna (11).

A la mujer del testador deben entregar los herederos,

(6) L. 15 tit. 20 lib. 10 de la Nov.

(7) Sala, Dro. R, § 3 tit. 5 lib. 2.

(8) L. 8 tit. 19 lib. 10 Nov.

(9) L. 4 tit. 18 id. L. 31 Tau.

(10) D. L. 31 Taur.

(11) L. 32 Taur. l. 2 tit. 19 l. 10 Nov.



comisarios ó ejecutores el dote, las arras o las donas, el lecho cotidiano propio a su estado y calidad, y la mitad de los bienes gananciales habidos en tiempo del matrimonio (12); y si fuere pobre, que no tuviese de qué sustentarse decentemente, se le ha de dar la cuarta parte de la herencia del marido (13); y lo mismo es de la mujer rica con el marido pobre. Mas no debe entregarse lo que el marido o la mujer mutuamente se hubieren donado *inter vivos* durante el matrimonio, porque estas donaciones no valen (14). Si hubo tradicion se confirman con la muerte del donador.

Esta cuarta parte se ha de sacar de todo el cuerpo de la hacienda, aunque el testador tenga hijos; y de lo que quedare saca despues el testador para disponer a su voluntad el quinto, si tiene descendientes, o el tercio, si solo tiene ascendientes.

El dote de la hija no puede exceder de la legítima que le pertenece, ni puede ser mejorada en tercio y quinto a título de dote (15). Las arras, que en el Código se llaman donacion *propter nuptias*, y es lo que el esposo da en recompensa del dote, no pueden exceder de la décima parte de los bienes del marido, ni se puede renunciar la lei que establece esta tasa (16). Las donas que en el derecho civil se llaman *sponsalitia largitas*, son la donacion o regalo de joyas, galas, vestidos y otras cosas que el novio antes del matrimonio envia a la novia.

La viuda que se vuelve a casar ha de restituir á los hijos del primer marido todos los bienes que hubiere recibido de él por título lucrativo (17), y no los que le han venido por título honoroso; y solo queda a dicha viuda el usufructo sin poderlos enajenar: y así ha de restituir las arras (18), las donas, y todo lo demas que por donacion o con-

- (12) L. 1 y 2, tit. 4, lib. 10 Nov.  
 (13) L. 7 tit. 13 p. 6.  
 (14) L. 4 tit. 11 p. 4.  
 (15) L. 6 tit. 3 lib. 10 Nov.  
 (16) L. 50 Taur. L. 1 tit. 3 lib. 10 Nov.  
 (17) Mach. L. 5 p. 7 tr. 5 doc. 4 n. 6.  
 (18) L. 1 tit. 2 l. 3 for.

trato *inter vivos* o última voluntad adquirió de los bienes del marido; pero la mitad de los bienes gananciales los adquiere enteramente sin obligación de reservar nada (19): y lo mismo se dispone del marido que contrae segundo matrimonio, respecto de los hijos comunes suyos y de su primera mujer (20).

Muerto el marido, si el dote consiste en bienes raíces, se ha de restituir luego sin dilación a la mujer; si consiste en bienes muebles se ha de restituir dentro del año de la muerte del marido (21), si no es que se ponga en la carta de dote, que se hayan de restituir dentro de treinta días después de disuelto el matrimonio. Después de la muerte del marido pertenecen a la mujer los frutos del dote, sino es que consista en dinero, cuyo producto cede al que negocia con él (22).

Si la viuda se casa dentro del año de la viudez o duelo, ha de restituir a los herederos del marido los lutos. Si la viuda tiene bienes de que mantenerse, o los herederos del marido luego le restituyen el dote, renunciando el beneficio del tiempo, y en otros casos que trae Antonio Gómez; no tienen los herederos ni albaceas obligación de darle alimentos, ni aun dentro del año de la viudez y duelo (23); pero si fuere pobre, y los herederos del marido retienen el dote el año que el derecho les concede, le han de dar alimentos (24); pero si queda en cinta le han de dar alimentos, aunque le hayan restituido el dote, y aunque tenga de que alimentarse (25). Después del año no están obligados los herederos a dar alimentos a la viuda, aunque le hayan restituido el dote.

El Comisario solo tiene términos de cuatro meses para hacer el testamento, si está presente en el lugar en que se le dió el poder; mas, si está ausente, pero dentro de la República tiene seis meses, y si fuera un año y no mas. Pero

(19) L. 6 tit. 4 lib. 10 Nov.

(20) L. 7 id.

(21) L. 31 tit. 11 p. 4.

(22) Gom. L. 50 de T. n. 47.

(23) Id. id. n. 48.

(24) Greg. Lop. in L. 31. tit. 11 p. 4.

(25) Espin. glo. 14. n. 107.



puede el testador dilatar el plazo al Comisario en el poder que le diere, por eso suelen renunciar la Lei 33 de Toro y prorrogar su término; y pasados los dichos términos no puede hacer mas que si el poder no le fuera dado: y van los bienes a los que los habian de haber muriendo el testador *ab intestato*, y estos términos corren al Comisario, aunque diga y alegue que nunca vino a su noticia que el tal poder le habia sido dado: pero lo que el testador le mandó determinadamente, designando la persona del heredero, o señalando cierta cosa que habia de hacer, está obligado a hacerlo; y si pasado el dicho término no lo hiciere, que sea habido como si el tal Comisario lo hiciese o declarase.

Si el Comisario no hizo testamento, van los bienes a los herederos *ab intestato* del que dió el poder; y si no son descendientes o ascendientes, sino colaterales del difunto, han de aplicar el quinto por su alma, y a ello deben ser compelidos (26). Mas los herederos que enteramente son *ab intestato* no tienen esta obligacion, pero deben hacer aquello que pareciere conveniente segun la calidad del difunto, la cantidad de la hacienda, y la costumbre de la tierra.

Cuando el testador nombró heredero y despues dió poder para que otro acabase su testamento, el tal Comisario no puede mandar (despues de pagadas las deudas y cargos de servicios del testador) mas de la quinta parte de los bienes del susodicho; y si mas mandare, no vale, salvo si el testador le dió poder para mas: (27) pero si el testador tiene descendientes, solo podrá dar poder al Comisario para disponer del quinto, y si solo tiene ascendientes del tercio, y no mas (28).

El Comisario no puede revocar en todo ni en parte el testamento que el testador habia hecho, sino es que éste le dió poder especial para ello; ni puede revocar el testamento que él mismo hizo, ni hacer codicilo, aunque sea *ad causas pias*, y aunque expresamente hubiese en el tes-

(26) L. 13. tit. 20 lib. 10 Nov.

(27) L. 1. tit. 18 lib. 10 Nov.

(28) Gom. in L. 37 T. n. 2.





tamento reservado facultad para poderlo hacer (29). A nadie se puede cometer la mejora en tercio y quinto en cosa cierta y determinada al arbitrio del Comisario (30).

Quando se señalan muchos Comisarios, y a todos colectiva o conjuntamente se les dá facultad de hacer testamento, no puede el uno sin el otro hacerlo; pero si alguno muere, o requerido de los otros no quiere concurrir con ellos, pueden los demas hacerlo, y en caso que no convengan en lo que se ha de hacer, prevalece lo que determina la mayor parte; pero si están iguales, se elije para decidir la discordia al juez del lugar; y si hai dos jueces, deben los Comisarios elejir uno: pero si no convienen se echan suertes para que se determine por ella el juez que ha de concurrir con dichos Comisarios, y se está a lo que determina la mayor parte: pero si a cada uno de los Comisarios o ejecutores de por sí, o *in solidum*, les dá el testador facultad y licencia plena, esto se ha de observar.

#### § IV.

#### DE LOS HEREDEROS FORZOSOS.

El que no tiene herederos forzosos puede instituir en su testamento a cualquier persona o corporacion, salvo las que hemos indicado en el párrafo segundo como inhábiles.

Hai personas a quienes el testador tiene obligacion de instituir por herederos; y estos se llaman forzosos: tales son los hijos, y por su falta los nietos, y por la de unos y otros los padres y abuelos; de manera que si deshereda a cualquiera de ellos por las causas que permiten las leyes, ha de expresar estas causas y designar al desheredado de una manera terminante, pues de otro modo es nulo el testamento, como lo indican las leyes 10 y 11 tit. 7 p. 6. Cuando el testador, teniendo esta clase de herederos, no hace mencion de ellos en el testamento será este válido, debiendo el heredero preterido pagar las mandas y legados en cuanto no

(29)

L. 4 y 5 tit. 19. lib. 10 Nov.

(30)

L. 5 tit. 6 id.



ménoscabén su legitima; pero si no haciendo mencion del heredero forzoso, instituyere a un extraño, será nulo el testamento en cuanto a su herencia. Si el preterido es un póstumo rompe el testamento, pero ha de ser bautizado y vivir 24 horas segun lo dispone la lei 13 de Toro.

Cuando se anulare o rompiere el testamento por pretericion o desheredacion y en él hubiese mejoras de tercio y quinto, no por eso dejan de valer estas mejoras, cual si el testamento no se rompiere.

Entre los descendientes solo suceden los que son mas inmediatos al testador, y nunca en su concurso suceden los mediatos sino por derecho de representacion.

En la legitima de los descendientes no pueden poner los padres gravámen, condicion, modo ni dilacion alguna; pues que de otro modo se tienen y consideran como no puestas: pero bien se pueden poner en lo que se les deja a mas de la cuota de su legitima, (31).

## § V.

### DE LOS ASCENDIENTES Y DE LOS HIJOS NATURALES.

Faltando los descendientes, son herederos forzosos y necesarios los ascendientes del testador que le fueren mas inmediatos (32), y si tuviere padre o madre no le sucederán los abuelos, y serán instituidos por herederos el padre y la madre en partes iguales (33). Si vive la madre y abuelo paterno, sola la madre ha de ser heredera y no el abuelo paterno, porque en los ascendientes no se dá derecho de representacion como en los descendientes (34). Muertos los padres suceden los abuelos, de suerte que la mitad toca al abuelo paterno y la otra mitad al abuelo materno indistintamente en cualesquier bienes paternos o maternos: y habiendo solo ascendientes por el padre o por la madre, solo suceden los mas inmediatos y próxi-

(31) L. 11. tit. 4 p. 6

(32) L. 1. tit. 20. lib. 10 Nov.

(33) L. 4 tit. 13. p. 6

(34) Geni. in L. 6. tit. 5



mos (35). Y si de parte de su padre o su madre hubiere un abuelo solo, y de la otra dos, entónces aquel solo habrá la mitad de todos los bienes, y los dos que fuesen de la otra parte habrán la otra mitad (36).

Pertenecen a los ascendientes las dos partes de los bienes del testador, de modo que él puede disponer libremente de la tercera parte de los bienes (37). Del tercio o tercera parte se han de deducir y sacar el gasto de su funeral y entierro, mandas y legados.

Si el padre no tuviere descendientes legítimos, aunque tenga ascendientes legítimos, puede dejar a sus hijos o nietos naturales todos sus bienes, o la parte que quisiere de ellos (38); pero teniendo descendientes legítimos, solo puede dejar a los hijos naturales la quinta parte de sus bienes, como queda expresado. Hijos naturales son aquellos que fueron habidos en el tiempo que sus padres estaban en tal estado que lícitamente se podían casar, de suerte que para que sean hijos naturales se requiere, que en tiempo de la concepcion o nacimiento del hijo puedan los padres contraer matrimonio sin dispensa, con tanto que el padre los conozca por sus hijos, puesto que no haya tenido la mujer de quien los hubo en su casa (39).

Faltando hijos legítimos, sucede el hijo natural *ab intestato* en la sexta parte de los bienes del padre, aunque haya dejado mujer propia (40).

Todo esto se entiende tambien de los nietos naturales, ahora sean hijos legítimos o naturales de hijos naturales, o hijos naturales de hijos legítimos (41).

Los hijos naturales no suceden a la madre cuando tiene hijos legítimos (42); pero si no los tiene, le suceden no solo *ex testamento* sino *ab intestato*.

(35) L. 4. tit. 13. p. 6

(36) Id.

(37) L. 1. tit. 20. lib. 10. Nov.

(38) L. 6. id.

(39) L. 1. tit. 5 lib. 10. Nov.

(40) L. 9. tit. 13. p. 6

(41) Gom. in l. 6 Taur. núm. 7

(42) L. 5. tit. 20. lib. 10. Nov.



Lo que se dice de los hijos o descendientes naturales tiene tambien lugar, y se debe entender en los padres y ascendientes naturales, respecto de los hijos; de suerte que en la parte que el hijo o nieto natural sucede al padre o al abuelo, *ex testamento* o *ab intestato*, en la misma parte, y del mismo modo suceden los padres y los abuelos naturales a ellos (43).

Dijimos que el hijo espurio de clérigo de orden sacro, religioso o monja profesos no pueden suceder al padre o a los parientes del padre (44); ni puede haber de ellos mas que los alimentos (45); ni el espurio que fué concebido con delito, por el cual incurria la madre en pena de muerte natural (46), en los casos que disputan y resuelven Antonio Gomez, en las Leyes de Toro (47), Acevedo, en la Recopilacion, Gregoria Lopez, Sanchez y otros.

Ni puede suceder a la madre, *ex testamento*, ni *ab intestato*, cuando tiene hijos legítimos; pero la madre le puede dejar el quinto de sus bienes, del cual podia disponer por su alma (48); pero si la madre no tuviese hijos legítimos, aunque tenga ascendientes legítimos, los hijos espurios que tuviese, (como no sean habidos en delito porque incurra en pena de muerte) suceden a la madre *ex testamento* y *ab intestato*, como si fuesen legítimos; de suerte que siendo el hijo de mujer soltera y casado, aunque sea su pariente, no queda excluido de suceder a la madre, por que ella por este delito no incurre en pena de muerte.

Puede el padre dejar la herencia a otro con intencion, pero sin pacto de que se la restituya a su hijo espurio por via de fideicomiso. Y algunos dicen que se lo puede así significar al heredero, y aunque se lo ruegue expresamente, como el heredero no se obliga a ello, sino a recibirlo; y si el heredero diere palabra de restituirlo.

(43) Gom. in l. 9 Taur. l. núm. 8

(44) L. 5 tit. 20. lib 10 Nov.

(45) L. 6 id. id.

(46) D. l. 5.

(47) Gom. in l. 9 Taur. n. 14.

(48) L. 6 tit. 20 lib. 10 Nov.



gado a cumplirla, a lo ménos por fidelidad (50). Si el padre o la madre dan por sí mismos algo al hijo espurio, fuera de los alimentos, éste está obligado a restituirlo al que se lo dió, o a los herederos testamentarios o legítimos, o al fisco, unos a falta de otros, sin esperar sentencia (51).

## § VI.

### DE LAS MEJORAS DE TERCIO Y QUINTO.

El testador puede disponer libremente de la quinta parte de sus bienes, en favor de cualquiera persona; y del tercio, únicamente en favor de sus descendientes.

Son legítima de los ascendientes todos los bienes del hijo que no tiene descendientes, a excepcion del tercio de que éste tiene libertad de disponer como quisiere.

Los ascendientes pueden, pues, disponer del tercio y quinto de sus bienes en favor de sus descendientes, ya por testamento, ya por contrato o donacion *inter vivos* (52); pero dicho tercio y quinto se han de considerar segun el caudal que tuviere el testador al tiempo de la muerte, mas no segun el que tenia al tiempo de la disposicion (53).

Quando el testador deja el tercio o quinto, o ambos a un tiempo, a alguno de sus hijos, se dice que le mejora; y la lei en este caso permite a los testadores señalar la mejora en cosa cierta o parte determinada de su herencia, con tal que no exceda el valor del tercio y quinto; en cuyo caso si la parte designada no es divisible, podrán los herederos satisfacer la mejora en dinero efectivo. Esta facultad de designar la parte de la mejora no puede cometerse a otra persona, segun así lo ordena la lei 3, tit. 6, lib. 10 de la Nov.; mas esta prohibicion no se extiende a impedir al padre que pueda cometer al mismo hijo que mejora la facultad de escojer los bienes en que haya de

(50) Salm. tr. 14 c. 15 n. 66.

(51) L. 10 tit. 13. p. 6

(52) L. 1 tit. 6 lib. 10 Nov.

(53) L. 7, tit. 6. lib. 10 Nov.

consistir su mejoramiento (53).

El testador puede poner en la mejora de tercio y quinto los gravámenes que quisiese de restitucion, de fideicomiso, de vínculo y sostituciones; ya sea a favor de los descendientes lejitimos, y de los ilejitimos que tengan derecho de suceder; o bien a favor de los ascendientes, de los parientes y aun de los estraños (\*).

Cuando se dice que el padre mejora en tercio y quinto, no se entiende el quinto íntegro, sino el remanente, deducidas mandas, gastos, &c.

En la mejora del tercio y quinto se saca primero el quinto, y despues el tercio, como expresamente dice la lei del Estylo (54), y así se practica (55); aunque algunos autores ponen algunas limitaciones: v. gr. Pedro tenia cuatro hijos, y de ellos cuatro nietos, todos vivos al tiempo que murió; quiere disponer de la hacienda, y se duda como se hará la particion. Se dice que de todo se hará un cuerpo, y se halla que tiene doscientos mil pesos: los cincuenta mil son de varias deudas a diversos sugetos; y así estos como cosa ajena se han de segregar ante todas cosas; con que le quedan ciento y cincuenta mil pesos de caudal líquido, del cual se harán cinco partes, la una, que son treinta mil pesos, es el quinto de sus bienes, del cual puede disponer segun y como quisiere: le quedan ciento y veinte mil pesos, de los cuales hará tres partes, la una, que son cuarenta mil

(53) Sala lib. 2 tit. 6 n. 5.

(\*) Por real cédula de 14 de mayo de 1789, que es la lei 12, tit. 17, lib. 10 de la Nov. Rec. se manda que no se puedan vincular ni prohibir perpetuamente la enajenacion de bienes raices, por medios directos ni indirectos sin preceder licencia del Rei, la cual se ha de conceder a consulta de la Cámara, precediendo conocimiento de si el mayorazgo o mejora llega o excede a tres mil ducados de renta. Por el art. 162 de nuestra Constitucion se permite enajenar los bienes vinculados, asegurándose a los sucesores llamados por la respectiva institucion el valor de los que se enajenaren. Una lei particular que se manda dictar por el mismo artículo, arreglará lo concerniente a esta materia.

(54) L. 114 Sty.

(55) U. Com. in l. 17 Taur. núm. 2.



pesos, es el tercio de sus bienes, del cual puede disponer solo entre sus descendientes, hijos o nietos; pero no entre estraños, y se puede dejar dicho tercio a cualquiera de sus hijos o nietos individualmente: quedan ochenta mil pesos, que son la legítima de los cuatro hijos; entre los cuales y no entre los nietos se ha de repartir, y así le tocan a cada uno de sus hijos veinte mil pesos; y si a uno mismo se mejoró en tercio y quinto le tocarán noventa mil pesos, de que se deducirán los gastos de funerales, mandas, legados, &c.

Cuando el padre hace donacion simple a uno de sus hijos, se entiende que le mejora aunque no lo exprese; y en este caso la donacion se aplica primeramente al tercio, despues al quinto y lo que sobrare a la legítima (56). Mas si la donacion fuere por causa, se cuenta primero por legítima, despues se aplica al tercio y últimamente al quinto. Cualquiera donacion que exceda los límites de la legítima y mejoras de tercio y quinto, es en cuanto al exceso inoficiosa, y debe restituirse a los demas interesados (57).

Ningun padre puede dar ni prometer por via de dote a su hija el tercio o quinto de sus bienes, ni puede esta entenderse tácita o expresamente mejorada por ningun contrato entre vivos, so pena de perder lo que se le diere o prometiére de mas (58). Pero puede mui bien el padre mejorar en testamento a sus hijas, como no lo haga con respecto a la dote.

Las mejoras hechas en testamento pueden variarse hasta la muerte, puesto que hasta entónces se pueden variar los testamentos. Lo mismo debe decirse de las hechas por contrato entre vivos, si no se hubiere dado la posesion de las cosas en que consiste la mejora al mismo mejorado o a su procurador, o a lo ménos en lugar de la posesion, la escritura que contiene la mejora. Finalmente no se pueden variar, si se hubieren hecho por causa onerosa con otro tercero, como de matrimonio, u otra semejante; pues

(56) L. 10, tit. 6. lib. 10 Nov.

(57) L. 5, tit. 3. lib. 10 Nov.

(58) L. 6, tit. 3. lib. 10 Nov.



en estos casos podrá revocarse cuando el testador se hubiese reservado el derecho de hacerlo, u ocurriere alguna de aquellas causas por los cuales pueden revocarse las donaciones perfectas, hechas con arreglo a derecho (59).

En cuanto a las promesas de mejorar o no mejorar, establece la lei 6 tit. 6 lib. 10 de la Nov., que el padre está obligado a cumplir la promesa que con escritura pública hizo a alguno de sus descendientes, acerca de que a ninguno mejoraría. Asi mismo está obligado el padre a cumplir la promesa que hizo a alguno de sus descendientes de que le mejoraría por casamiento u otra causa onerosa, y si no hiciere la mejora se entenderá hecha despues de su muerte. Exceptuáse de este último caso la promesa que el padre hubiere hecho a la hija por causa de dote o matrimonio.

## § VII.

### DE LAS MANDAS.

Bajo la denominacion jeneral de *manda* comprendemos lo que hablando separadamente se llama *legado y fideicomiso* particular.

Legado, rigurosamente hablando, no es otra cosa que *una especial donacion que el testador hace a alguno en testamento o codicilo.*

Para la validez del legado es necesario que conste la persona del legatario así como la del heredero; de manera que sabiéndose a punto fijo cual es la persona a quien ha tenido intencion de legar el testador, aunque este yerre en el nombre y apellido del legatario vale el legado (60). Pero si dice: lego mil pesos a Juan Sanchez, y hai muchos de este nombre, y no se puede saber de quien se habla, no vale el legado (61); bien que en este caso son de opinion algunos autores que se ha de dividir el legado entre aquellos que tienen el mismo nombre.

(59) *Pol. L. 6. tit. 6. lib. 10 Nov.*

(60) *Paz in prax. t. 1 p. 4 c. 1. n. 19.*

(61) *V. L. 9. tit. 9 p. 6.*





No solo puede el testador legar las cosas propias sino tambien las del heredero y aun las ajenas: y en este caso para que el legado sea válido es menester que el testador, sepa que estas cosas no son suyas; bien que aun cuando lo ignorase valdria el legado si se hubiese hecho a personas intimamente ligadas con él, como su mujer u otro pariente. Siempre que sea válido un legado de esta clase, debe el heredero comprar la cosa legada para cumplir la voluntad del testador; y si su dueño no quisiere venderla o pidiese por ella mas de su valor, debe dar al legatario su estimacion a juicio de dos peritos (62).

Si se legare una cosa que estaba empeñada por tanto o mas de lo que justamente valía, ya sea que lo supiera o ignorara el testador, debe el heredero redimirla para darla franca al legatario; mas esta obligacion subsistirá con respecto a la cosa empeñada por ménos de su valor, solo cuando el testador no ignorase el empeño (63). Si el mismo testador hubiere sido quien habia recibido en peño la cosa, y la legase al mismo que se la empeñó, vale el legado, para el efecto de haberse de entregar la cosa a aquel a quien se lega; pero queda este con la obligacion de restituir al heredero del difunto el dinero que sobre ella habia recibido, a ménos que en el testamento no se exprese otra cosa (64). Mas si uno legare a su deudor el documento o escritura de que consta la obligacion, se entiende condonada la deuda (65).

Pueden legarse no solo las cosas existentes sino tambien las futuras, como los frutos de una hacienda (66). Asi tambien las cosas corporales, como derechos, acciones o servidumbres en cosas propias.

No pueden legarse las cosas que están fuera del comercio humano, como por ejemplo las sagradas y las que son del procomunal de una ciudad ó villa. No valdrá por consiguiente el legado de los mármoles o made-

(62) Id. id.

(63) L. 11 id.

(64) L. 16 id.

(65) L. 47 id.

(66) L. 12 id.



ras que forman parte integrante de los edificios, porque son cosas que bajo cierto respecto están fuera del comercio, de manera que el heredero no está obligado a dar ni aun su estimacion (67). Cuando la cosa legada muda de condicion sin culpa del heredero, esto es si al tiempo de legarse estaba en el comercio, y al tiempo de la muerte dejó de estarlo, no vale el legado, y por tanto el heredero no tendrá obligacion de pagar su valor.

Si el testador legare indeterminadamente una cosa, como un caballo, una casa, hai que hacer una distincion, segun lo establece la lei 23, tit. 9, p. 6. Si la cosa fuere una bestia, u otra que a semejanza de esta, tuviere sus límites por la naturaleza misma, y el testador dejara varias de la misma especie a que pertenece la legada; al legatario toca elejir entre ellas, pero no la mejor: mas sino dejara en sus bienes la cosa legada indeterminadamente, al heredero toca comprarla para darla al legatario. Si la cosa legada fuere de las que no tienen límites por la naturaleza, sino por disposicion de los hombres, una casa por ejemplo, se establece que el heredero debe dar al legatario una de las que deja el testador; y si deja una sola, debe darse, y si ninguna, no vale el legado. Cuando se deja al legatario el derecho de escojer, una vez hecha la eleccion, no puede arrepentirse. Cuando se deja a un tercero, y este no escoje dentro de un año, pasa al legatario el derecho de eleccion

Si se legare una cosa a mas de un individuo, debe repartirse por igual entre todos ellos, mas si alguno muriere o renunciare el legado, acrece su parte a los otros conjuntos (68).

Quando se lega dos veces una cosa determinada, solo se debe una vez, a ménos que se pruebe que la intencion del testador fué dársela tantas veces cuantas lo expresó. Mas cuando en el testamento se lega una cosa, y despues se vuelve a legar en el códizilo, se debe al legatario dos veces la dicha cosa, salvo el caso en que pueda probarse

(67) L. 13. d. tit. 9.

(68) Mol. tr. 2. d. 197 núm. 2.



que lo contrario quiso el testador (69).

El legado puede ser *condicional*, *causal* o *de modo*. Los legados *condicionales* son válidos, ora sea la condicion posible de cumplirse, ora sea imposible; pues en este caso se tiene como no puesta, y por consiguiente no vicia el legado (70), a ménos que sea de aquellas que el derecho llama *perplejas* (71), las cuales hacen nulo cualquier testamento en que se ponen (72).

Los legados condicionales, si muere el legatario antes de verificarse la condicion, no valen, y pasa el dominio de la cosa legada al heredero del testador, a diferencia de lo que sucede en los legados puros, en los cuales pasa el dominio al legatario luego que muere el testador; y así aun cuando el dicho legatario muriere antes que el heredero tome posesion de la herencia, o antes de recibir la cosa legada, perteneceria ésta a su heredero (73). Todo esto no sucederá cuando haya legatarios conjuntos; pues, como hemos dicho, muriendo uno acrece su porcion a los otros. Cuando se lega el usufructo o el uso de alguna cosa, el legatario no adquiere el dominio de este legado, sino desde la adiccion de la herencia (74).

El legado es *causal* cuando se deja alguna cosa por causa, la cual aunque no sea verdadera no vicia el legado, como *lego mil pesos a Pedro porque me hizo tal honra o tal servicio*. Pero si se dijere *lego a Pedro mil pesos que gastó por mí en mis negocios*, siendo falsa esta causa que se presume final, se vicia el legado (75).

El legado es de *modo* cuando se expresa el fin con que se hace. En este caso debe darse desde luego la cosa le-

(69) L. 45. tit. 9 p. 6.

(70) L. 3 tit. 4 p. 6.

(71) Se llaman *perplejas* las condiciones que en sí mismas se embarazan, y por ellas no puede entenderse lo que se quiere: v. gr. *sea Pedro mi heredero, si lo fuere Juan; o lego a Francisco la quinta parte de mis bienes, con tal que Ramon sea mi legatario en el quinto de mis bienes*.

(72) L. 5 D. tit. 4.

(73) L. 34 tit. 9 p. 6.

(74) L. 35 D. t. 9.

(75) L. 20 y 21 D. tit. 9.

gada al legatario, siempre que preste fianza de cumplir lo que le ordena el testador. El legado que se deja para casar huérfanas se puede aplicar a las que tienen padres inútiles a falta de las que propiamente lo son.

Los legados profanos que no se pueden cumplir según la disposición del testador, los adquiere el heredero; pero los legados píos, en las mismas circunstancias, se han de convertir en otros usos piadosos. Con licencia de los obispos pueden en América aplicarse estos legados al bien común de la República, para socorrer algunas necesidades, como hambres, pestes o invasión de enemigos (76).

Es de advertir que la cosa legada pasa al legatario con todos los incrementos o deterioros que hubiere tenido desde que se hizo el legado hasta que pudo pedirse. Los frutos deben abonársele desde la muerte del testador, según juzga Gregorio Lopez con arreglo a lo dispuesto en la lei 1.<sup>a</sup> tit. 18 lib. 10 de la Nov. Rec. (77).

Los legados dejan de ser válidos, 1.<sup>o</sup> por la revocación del testador. Si este diere a otro la cosa legada, se presume que lo hace con intención de revocar el legado; mas no así, cuando la vende o empeña; y en este caso el heredero debe dar al legatario el precio en que fué bendida la cosa (78). 2.<sup>o</sup> Por haber perecido la cosa legada sin culpa del heredero; y lo mismo será si el testador hizo de ella una nueva especie que no puede reducirse a la primera, como por ejemplo, de lana paño (79). 3.<sup>o</sup> Cuando el legatario adquiere la cosa por título lucrativo, pero no cuando la adquiere a título oneroso, como compra o permuta; pues entónces debe dársele la estimación de la cosa: así lo dispone la lei 43 tit. 9 p. 6; de manera que cuando se lega por dos testamentos una misma cosa adquiriéndola por uno, se invalida el legado del otro.

El *fideicomiso* se ordena lo mismo que el legado, y solo se diferencia de este, en que *es una especie de manda en que el testador ordena al legatario o heredero, que restitu-*

(76) Lacroix l. 3. p. 2 n. 1146.

(77) Greg. Lop. in glo. 4. L. 37 D. tit. 9.

(78) L. 40 D. tit. 9.

(79) L. 41 D. tit. 9.



yan a den a otro cierta cosa. Debe cumplirse esta manda con la exactitud necesaria (80).

Respecto de las cuartas *Trebeliánica* y *Falcidia*, que la primera deduce el heredero fideicomisario gravado con la restitucion de la herencia, y la segunda el legatario gravado con la restitucion de legados; aunque las aprueban algunos autores fundándose en las leyes de Partidas, parece que hoy no están en práctica por la disposicion de una lei del ordenamiento, que es la 1.<sup>a</sup> tit. 18 lib. 10 de la Novísima.

## § VIII.

### DE LAS SUSTITUCIONES.

Se llama *sustitucion*, la *institucion en segundo o ulterior grado*; y es de varias especies: *vulgar*, *pupilar*, *ejemplar*, *fideicomisaria*, *compendiosa* y *brevilocua o reciproca*.

Vulgar es la que puede hacerse respecto de cualquier extraño. Su forma mas comun es: *instituyo a Pedro por mi heredero, y si este no lo fuere, por no querer o por no poder, séalo Juan*. Tambien se puede hacer nombrando simplemente dos herederos, con la cláusula de que uno lo sea a falta del otro. En este caso, si el uno no lo es, ya sea por impotencia ya por noluntad, habrá el otro toda la herencia (81). Si el testador sustituyese vulgarmente a mas de dos herederos determinándoles partes en la herencia, muerto el primero, no sucederán los otros por partes iguales, sino cada una en la parte que segun la institucion le correspondiese (82).

La *sustitucion pupilar* es la que el padre hace a su hijo impúber que está bajo su patria potestad, y es lo mismo que si el padre hiciese testamento por el hijo que muere incapaz de testar por ser impúber, como: *instituyo heredero a mi hijo Juan, y si lo fuere y muriere dentro de la edad pupilar, séalo Pedro*. Puede tambien hacerse tácitamente: v. g.

(80) L. 3 tit. 9 p. 6.

(81) L. 2. tit. 5 p. 6.

(82) L. 3. id.



sean mis herederos mi hijo Pedro y mi amigo Juan, y cualquiera que sea mi heredero, séala también de mi hijo (83).

Solo el padre puede hacer sustitucion pupilar, porque solo él tiene patria potestad; y aunque segun el derecho de las partidas, podian tambien sustituir pupilarmente los abuelos, como por la lei 3.ª tit. 5.º lib. 10 de la Novísima se declara que el hijo casado y velado no está bajo la patria potestad, carecen de ella los abuelos respecto de sus nietos, y por consiguiente no pueden hacer esta sustitucion, a ménos que el hijo casado no fuere velado, en cuyo caso tendria lugar lo que dispone la lei 5.ª tit. 5.º de la partida 6.

No solamente puede el padre dar sustituto al hijo que instituye heredero, sino tambien al que deshereda; y si este muere en la edad pupilar, el sustituto habrá hasta los bienes que le vinieren al hijo desheredado por parte de madre u otros (84). La madre queda excluida de la herencia del hijo por la sustitucion, porque siendo esta parte del testamento del padre, se presume que la herencia viene de este y no del hijo; y solo podrá ser preferida la madre al sustituto, cuando el padre tenga, segun las leyes, la obligacion de dejarla algo en su testamento (85).

Ejemplar es la sustitucion que pueden hacer el padre o la madre respecto de un hijo, que siendo mayor de catorce años, no puede testar por hallarse privado de su juicio, como si es loco o mentecato. Esta sustitucion es una especie de la pupilar, pero como no es efecto de la patria potestad, puede hacerla tambien la madre; y si esta y el padre señalan diversos sustitutos, cada uno habrá la parte de los bienes de aquel que le sustituyó (86). Si el hijo loco tuviere hijos o nietos u otros descendientes, deben ser estos los sustitutos, unos a falta de otros; o de no los colaterales: solo en el caso de carecer de herederos legítimos podrá dársele por sustituto a un extraño.

(83) L. 5. tit. 5. id.

(84) L. 6. D. tit. 5.

(85) Salm. tr. 14. c. 5 núm. 115.

(86) L. 11. tit. 5. p. 6.



La sustitucion ejemplar termina por la circunstancia de recobrar su sanidad el hijo a quien se da sustituto. La forma que comunmente se usa es: *instituyo por heredero a mi hijo Tomas, y si muriere en la locura, frenesi o demencia, le sustituyo a Francisco.*

La fideicomisaria es cuando se nombra e instituye un heredero en el testamento encargándole que restituya o toda o la herencia o parte de ella a otro, en esta forma: *instituyo por mi heredero a Pedro, y le encargo o ruego que restituya la herencia a Carlos.* Aun cuando el heredero o legatario instituido no acepte o renuncie la herencia o el legado, el sustituto o sustitutos lo pueden haber todo (87), y si la aceptaren, débenla restituir al tiempo señalado para la restitucion.

La compendiosa es la que comprende diversas sustituciones, tiempos y casos; y se adquiere la herencia por cualquier modo que haya lugar: v. g. *instituyo a mi hijo Francisco por mi heredero, y en cualquier tiempo que muera le sustituyo a Juan.* En este caso, si el heredero no fuera hijo (lo cual debe de expresarse), la sustitucion sería vulgar; mas si siéndolo muriere antes de llegar a la pubertad, sería sustitucion pupilar; y si el hijo fuere loco o fatuo, sería la ejemplar.

La sustitucion compendiosa no es mas que un verdadero modo de sustituir, asi como la recíproca, llamada tambien breviloqua o mútua, que no es mas que la sustitucion hecha entre los herederos nombrados, para que se sucedan mútuamente, o entren los unos a falta de los otros: por ejemplo, *nombro por mis herederos a Pedro y a Pablo, y los sustituyo uno a otro.*

## § IX.

**DE LOS MODOS DE ADMITIR O DESECHAR LA HERENCIA, Y DEL BENEFICIO DE INVENTARIO Y DERECHO DE BELLERAR QUE COMPETEN AL HEREDERO.**

Tanto el heredero *ex testamento* como el *ab intestato*



pueden adir la herencia, o por palabras, diciendo simplemente que quieren ser herederos, o con hechos, usando de los bienes como un verdadero dueño; ya sea labrando las tierras, arrendándolas, o de cualquier otro modo. Mas es preciso hacer una diferencia a cerca del uso que puede hacerse de las cosas que constituyen la herencia; porque si se usa de ellas solo por piedad y con el único objeto de que no se menoscaben o deterioren, no podrá deducirse de tales hechos la voluntad de ser heredero: bien que está a sus intereses manifestar y protestar ante algunos que solo es guiado por benevolencia y que no pretende heredar (88).

El heredero instituido o el que por parentesco inmediato tenga derecho de heredar al que muere sin testamento, no podrán reputarse como tales herederos, a menos que no estén ciertos y seguros de la muerte de aquel a quien pretenden heredar. La misma prohibicion tiene el que ha sido instituido bajo condicion (89), pues que no puede heredar antes de cumplirse esta. No debe admitirse la herencia condicionalmente, porque la adiccion ha de ser pura, segun lo ordena la lei 15, tit. 6, p. 6.

Si se instituyere por heredero a un hijo que está bajo la patria potestad, con el objeto de que su padre hubiere la herencia, no podrá aquel admitirla sin el ascenso de este. Pero no necesitará de dicho ascenso, si se le ha instituido con intencion de que él solo la disfrute.

Cuando se instituye a un menor de siete años, o a un loco o mentecato, deberá entrar en la herencia su padre, o si no le tienen, el curador o tutor que los tenga en su guarda.

Al descendiente instituido heredero le basta tener capacidad de serlo al tiempo de la muerte del testador; pero los demas herederos deben ser capaces en tres tiempos: en el de la institucion, en el de la muerte del testador y en de la adiccion (90).

(88) L. 11 tit. 6 p. 6.

(89) L. 14 D. tit. 6.

(90) L. 22 D. tit. 6.





Puede el heredero desechar la herencia por los mismos medios que puede admitirla. Cuando un descendiente repudia la herencia; puede entrar en ella despues de tres años, ménos si los bienes que la forman se hubiesen enajenado, los cuales pueden ser habidos en este mismo caso, solo por el descendiente menor de veinte y cinco años (91).

Para no obligar al heredero a admitir la herencia sin previo exámen, lo cual podria serle dañoso en muchos casos; le conceden las leyes dos medios: *el beneficio de inventario y el derecho de deliberar*.

Inventario es una escritura en que se toma razon circunstanciada de todos los bienes que constituyen la herencia. Cuando se hace con las solemnidades necesarias, no está el heredero obligado a pagar mas deudas de las del difunto que las que cabalmente pueda con los bienes que ha recibido.

El heredero debe principiar a hacer el inventario despues de treinta dias contados desde que supo que lo era, y tiene tres meses para concluirlo, cuando los bienes están en un mismo lugar; pues que si se hallan en diversos puntos, tiene plazo de un año a mas de los tres meses para inventariarlos.

La escritura de inventario debe hacerse por un escribano público, estando presentes todos aquellos a quienes se les deja o manda algo en el testamento; y si alguno de ellos no quisiere asistir a la citacion, o estuviere en distinto lugar, debe hacerse la escritura ante tres testigos honrados que conozcan al heredero u herederos. Debe este escribir al pié de la escritura por su propia mano, que se ha tomado razon de todos los bienes y que no hai engaño. Mas si no supiese escribir, debe hacer que un escribano público lo escriba a presencia de dos testigos (92). Si los legatarios no hubiesen estado presentes al tiempo de hacerse el inventario, y sospechasen algo, pueden pedir al juez que haga jurar al heredero y a los testigos que concurrieron de que no hai engaño en la es-

(91)

L. 20 D. tit. 6.

(92)

L. 5 tit. 6 P. 6.



critura (93). Si se probase que el heredero ha obrado maliciosamente en el inventario, ocultando algunos bienes, se le debe castigar con la pena de pagar el duplo de lo que hubiere ocultado, bien entendido que una causa sobre inventarios no debe durar mas de un año (94).

No deben anotarse en el inventario los gastos que el heredero hizo en los funerales del testador, cuando a nadie se ha dejado el quinto, que es de donde se sacan, segun dejamos dicho; pero sí deberán anotarse en el caso contrario, como cargo contra el legatario del quinto.

El heredero y legatarios no pueden pedir nada de la herencia, hasta que termine el tiempo concedido para hacer el inventario; y no se deben pagar las mandas sin cubrir antes las deudas; y estas y aquellas no podrán exceder el total de la herencia ni gravar en nada al heredero que ha hecho inventario, como sucederia cuando no lo hubiese hecho, pues sus bienes, confundiéndose con los del difunto, quedan obligados al cumplimiento de la voluntad de este.

El otro medio concedido en beneficio del heredero es el *derecho de deliberar*, que no es otra cosa que la *facultad de tomar acuerdo por sí o por sus amigos sobre si le conviene o no admitir la herencia*. Este derecho compete a toda clase de herederos, los cuales, antes de entrar en la herencia, deben pedir plazo para hacer uso de él al juez del lugar en donde se halla la mayor parte de los bienes, o de no al Soberano. Este puede dar hasta un año de plazo, mas el juez solo nueve meses que puede limitar hasta cien dias, si le pareciere término suficiente para la deliberacion (95). Cuando muere el heredero antes de espirar el plazo concedido para deliberar, tendrá su heredero el tiempo que falta para que concluya dicho plazo; mas si falleciere despues de concluido este sin haber admitido la herencia, y fuere extraño del testador, su heredero no tendrá derecho de sucederle en la herencia sobre

(93) L. 6 id.

(94) L. 2 D. tit. 6.

(95) L. 1 D. tit. 6.



la cual se había concedido plazo para deliberar. Pero si fuese descendiente del testador que le instituyó, podrá su heredero haber la herencia (96).

El heredero a quien se concede término para deliberar tiene derecho a que se le muestren todos los escritos y documentos pertenecientes a la testamentaria; pero no puede, mientras dura dicho término, enajenar cosa alguna perteneciente a ella sin decreto de juez dado por justa causa (97). Si el heredero repudiase la herencia, después de haber tomado algunas cosas de ella, está obligado a restituirlas a quien le corresponden; y si no lo hiciera, jurando el interesado cuantos son los bienes que tomó el heredero, será creído, y podrá ser este obligado a la restitución (98).

## § X.

### DE LOS ALBACEAS.

Pueden ser albaceas testamentarios o ejecutores del testamento (que también en las leyes se llaman *cabazaleros*), hombres y mujeres, y también la viuda del testador, los herederos, los clérigos y los religiosos con permiso de su prelado, a lo menos para lo lícito, excepto los que tienen prohibición especial, como los Franciscos; y basta para serlo tener más de diez y siete años.

El albaceazgo es un cargo puramente gratuito y a nadie puede obligarse a desempeñarlo; pero una vez admitido expresa o tácitamente, no puede dejarse de cumplir y de ejercer (99). Se entiende aceptado tácitamente cuando el nombrado paga algunas deudas o legados, o de otro cualquier modo toma la administración de los bienes testamentarios.

Cuando el albacea es un legatario, y renuncia el albaceazgo, pierde el derecho al legado; pero si lo acepta, puede por sí mismo deducirlo de la herencia, y dar a los

(96) L. 2 D. tit. 3.

(97) L. 3 D. tit. 6.

(98) L. 4 id.

(99) Cov. in cap. 19 de test. u. 3.

demas legatarios las mandas hechas en el testamento (§)  
 No pueden de ninguna manera los albaceas comprar  
 nada de lo perteneciente a los bienes del testador (¶).

Los albaceas pueden ser compelidos por la justicia ordinaria a la ejecucion del testamento, como tambien puede mandárseles por la misma que rindan cuentas de su administracion, aunque el testador les haya exonerado de esta obligacion; pues que la cláusula en que se les exonere solo puede remitirse a la averiguacion escrupulosa en cuanto a la culpa leve y no en cuanto al dolo (†).

Los relijiosos, aunque hayan sido excentos, si son albaceas han de dar cuentas al ordinario (†).

El albacea a quien el testador mandó por cláusula expresa en el testamento; o por encargo especial, que pueda probarse con testigo, que dispusiese de cierta cantidad o cosa en favor de determinada persona, pero con la advertencia de que se haga secretamente; no está obligado a dar cuenta alguna, a ménos que no se pruebe que hai dolo, o que las cosas están todavia en su poder.

El clérigo albacea de un lego no puede ser compelido por el juez secular a dar cuenta del albaceazgo. Cevallos y otros dicen que para hacer el inventario puede el juez secular citar a los legatarios y acredores, bajo la cláusula jeneral del *interes que les compete*, y que en esta citacion se comprende el clérigo (\*).

Muerto el albacea no pasa el cargo a su heredero o sucesor. Si el testador designa al que ha de ser su albacea con el nombre de la dignidad u oficio que desempeña, v. gr. el *governador*, el *provincial* de tal parte, pasa el cargo al sucesor en el oficio o dignidad (1), pero si se acompaña tambien el nombre de la persona, o de las circunstancias se deduce, que no tanto se ha atendido al empleo o dignidad,

(§) L. 2. tit. 10. p. 6.

(¶) Cov. in. c. 13. de test. n. 3.

(†) L. 5. D. tit. 10.

(†) Carp. L. 4. c. 2. n. 10

(\*) Cev. Cognit. 2. g. 73. n. 2.

(1) C. 2. § Sané de test. in. C. c. 11 de offic. De legat.



cuanto al individuo, por ser pariente, amigo o paisano, no pasa el cargo al sucesor. La viuda a quien el marido dejó por albacea, si se casa, pierde el albaceazgo (2), aunque lo niegan el Sr. Covarrubias y otros.

Todo hombre que fuere cabezalero de algun testamento, lo ha de mostrar dentro de un mes a la justicia, quien lo ha de leer públicamente; y si el tal cabezalero así no lo hiciere, pierde lo que se le manda en el testamento, lo cual se ha de invertir en bien del alma del difunto; y si nada se le hubiere mandado, ha de abonar los perjuicios de su demora al heredero (3), y dos mil maravedices para la cámara. Todo esto debe limitarse a los testamentos nuncupativos hechos sin escribano público, como dicen Montalvo y Matienzo, aunque lo impugna Acevedo (4). En cuanto a la pena se debe entender solo cuando se oculta dolosamente.

El clérigo heredero de un lego ha de mostrar y publicar el testamento ante el juez secular competente. Necesitase, para la lectura del testamento, la citacion de todas aquellas personas interesadas en él.

Cuando el testador lega indeterminadamente una cosa, y deja al albacea el derecho de elegir, puede este dar la que quisiere; pero si deja al legatario la eleccion, ha de observarse lo que dejamos expuesto tratando esta materia.

Si el testador deja alguna cantidad para que de sus réditos anuales se dé limosna a los pobres, ya sea determinando la cuota o dejándola al arbitrio de sus albaceas, pueden estos aplicar desde luego toda la suma en beneficio de un hospital o cualquier otro establecimiento piadoso.

## § XI.

### TESTAMENTOS DE LOS EXTRANJEROS.

Los extranjeros transeuntes o domiciliados pueden otor-

(2) Espin. glos. 28. n. 36

(2) L. 5. tit. 18. lib. 10. Nov.

(4) Acev. in. l. 14 inpr.



gar testamentos u otras últimas voluntades (5), sujetándose a las solemnidades que prescriben las leyes, de la misma manera que los ciudadanos chilenos; sin que la diferencia de religion los inhabilite para ello, ni tampoco para la succion testamentaria o lejitima.

Los extranjeros transcentes o domiciliados pueden disponer por testamento u otra última voluntad de los bienes que tengan fuera del territorio de la República, del modo que les parezca conveniente; pero de los bienes que tengan en ella dispondrán con arreglo a las leyes pátrias, salvas las excepciones que mas adelante mencionaremos.

No están sujetos los extranjeros a las leyes que determinan la porcion lejitima de los descendientes o ascendientes, sino respecto de los que estubieren domiciliados en Chile, o fueren ciudadanos. Y los extranjeros transeuntes no están obligados a ninguna especie de manda forzosa.

La sucesion de todos los extranjeros que fallecieron en el territorio de la República sin haber hecho testamento, pero dejando bienes en ella, se arreglará a las leyes de sus respectivos paises, siendo obligacion de los herederos lejitimos probar tanto las disposiciones de estas leyes como sus derechos de familia; pero si tales herederos estubiesen domiciliados en Chile, o fuesen ciudadanos, se sujetarán a las leyes pátrias. Las viudas chilenas de los extranjeros no podrán ser perjudicadas en sus derechos de ninguna manera, y ni aun en el caso en que se permita a sus maridos testar con arreglo a las leyes de su respectivo pais.

Los herederos, tanto testamentarios como lejitimos de los extranjeros que fallecieron en el territorio de la República, podrán ser representados por los cónsules de sus naciones sin necesidad de poder especial, el cual es necesario en todo caso para recibir los bienes.

En el caso de fallecer un extranjero que no tenga albacea ni heredero en Chile, se notifica su muerte al cónsul respectivo para el conocimiento de los interesados, y si no hubiere cónsul de su nacion, se hace insertar la noti-

cia en los papeles públicos. Las justicias ordinarias procederán al inventario y depósito de los bienes con intervencion del ministro o cónsul de la nacion a que pertenezca, si lo hubiere, y si no procederán con intervencion del defensor de ausentes. Si dentro de dos años contados desde que se dió la noticia al cónsul o se insertó en los papeles públicos, no se presentare persona alguna a la sucesion de los bienes, se venderán en pública almoneda, y se depositará su valor en el erario: y si pasasen otros dos años sin presentarse persona alguna a dicha sucesion, se adjudicará la herencia al fisco.

Los bienes que no puedan conservarse o cuya conservacion ocasione crecidos gastos, se venderán tambien en almoneda con licencia judicial, prévio el proceso informativo sobre la necesidad o utilidad de su enajenacion.

Los depositarios de estos bienes son responsables por ellos, tienen las facultades administrativas, y gozan de los emolumentos que las leyes señalan a los curadores de bienes de ausentes.

## § XII.

### HERENCIA AB-INTESTATO.

Herencia ab-intestato es aquella en que se sucede por la lei y no por disposicion testamentaria; lo cual se verifica cuando el que tiene facultad de hacer testamento no lo hace, o cuando se otorga este faltando las solemnidades legales, o cuando despues de haberse hecho el testamento nace algun hijo del cual no se hizo mencion, en cuyo caso valen los legados; y finalmente cuando el heredero instituido repudia la herencia, o habiéndose hecho legalmente el testamento se omite la institucion de heredero; bien que en estos dos últimos casos subsisten las mandas y demas disposiciones.

Para evitar los inconvenientes que pueden resultar de la pretericion de un hijo póstumo, convendrá ordenar la institucion de este modo: *instituyo por mis herederos en partes iguales a mis dos hijos lejitimos Pedro y Juan, y a los demas descendientes de lejitimo matrimonio que por su ór-*



den deban heredarne conforme a derecho. De esta manera se asegurará la validez de un testamento, aun cuando despues de otorgado nazcan otros hijos.

Cuando no hai institucion de heredero, entran a suceder los parientes del difunto, entre los cuales es preciso distinguir tres órdenes. Primero es el de los descendientes sin distincion de varones o hembras. De estos son preferidos los hijos lejitimos sin diferencia alguna, comprendiendo tambien a los lejitimados por matrimonio subsiguiente, y a los lejitimados por rescripto, cuando en este se expresa que la voluntad del padre ha sido que le sucedan como lejitimos. Compréndese tambien en este orden el hijo póstumo cuando no se considera abortivo, esto es, cuando ha nacido todo vivo y durado a lo ménos veinte y cuatro horas naturales, y sido bautizado. Se considera tambien abortivo el hijo que nace en tiempo que no puedé vivir naturalmente. Los nietos entran a suceder en primer orden por derecho de representacion cuando su padre es muerto; por lo que no pueden haber mas porcion de la herencia que la que lejitimamente le perteneciese a este si viviera (6), cuya porcion deben dividirse entre sí por partes iguales. A este modo de suceder llaman los intérpretes sucesion por *estirpe*, estableciendo de que en este caso debe dividirse la herencia en tantas partes quantas son las estirpes, a diferencia de lo que sucede cuando la sucesion es por *cabezas*, que es cuando se sucede por propia persona y no por representacion de otra, en cuyo caso se dividen los bienes patrimoniales en tantas porciones quantos son los individuos: v. gr. muere Pedro dejando por hijos a Ramon y a Antonio, y cinco nietos, tres de Juan su hijo que murió y dos de Francisco que tambien ha muerto: la herencia se dividirá pues en cuatro partes iguales, la primera pertenece a Ramon, la segunda a Antonio, la tercera a los tres nietos por parte de Juan y la cuarta a los dos nietos por parte de Francisco, cuyos nietos se dividirán por partes iguales la porcion que les ha cabido. De este modo se estiende la sucesion por *estir-*





pes hasta lo infinito (7), advirtiendo que para que pueda efectuarse la sucesion de los nietos, visnietos u otros descendientes, es preciso que a lo ménos hayan sido concebidos durante la vida del ascendiente, pues que no siéndolo no le sucederán en lugar de su padre porque ningun parentesco tienen con él.

A falta de descendientes lejitimos o lejitimados suceden los naturales en la sesta parte de los bienes de su padre intestado, la cual deben de partir con su madre (8). Los hijos espurios están excluidos de la herencia ab-intestato de su padre (9); pero tanto los espurios como los naturales son llamados para suceder a la madre, prefiriéndose estos a aquellos aunque sobrevivan ascendientes lejitimos (10). Los hijos espurios nacidos de dañado y punible ayuntamiento, los de clérigos ordenados *in sacris* y los de frailes o monjas profesos están excluidos de la sucesion por las leyes 4.<sup>a</sup> y 5.<sup>a</sup> del título 2.<sup>o</sup> del libro 10 de la Nov.

Los hijos adoptivos solo tienen lugar a la sucesion ab-intestato, cuando no hai descendientes lejitimos o naturales (11), y es opinion de Acevedo que aun los ascendientes lejitimos y naturales del padre adoptivo excluyen a dichos hijos.

En este primer orden de sucesion se comprende tambien la viuda que no tiene como vivir honestamente, y tiene derecho a la cuarta parte de todos los bienes del marido, a no ser que este fuera tan rico que dejándola ménos le daba lo suficiente para vivir (12).

Los ascendientes del difunto componen el segun orden de sucesion ab-intestato, segun la proximidad de su grado, pues que en esta clase de parientes no tiene lugar el derecho de representacion; de manera que si el muerto sin testamento, careciendo de descendientes tiene padre, madre y abuelos, aquellos habrán la herencia ambos por

(7) Feb. Nov. lib. 2 tit. 2 c. 9 n. 9 y 10.

(8) L. 8 tit. 13 p. 6.

(9) L. 5 tit. 20 lib. 10 Nov.

(10) L. 7 id.

(11) Greg. Lop. glo. 5 de la L. 8 tit. 16 p. 6.

(12) L. 7 tit. 13 p. 6.



mitad, mas no cabrá nada a los abuelos. Si hubiere solo un abuelo por una línea y dos por la otra, aquel percibirá tanta parte de la herencia cuanto perciban estos dos juntos. Y si hubiere un abuelo por cada línea se dividirán la herencia por mitad sin hacer division ni separacion de los bienes que el descendiente hubiere habido por línea paterna o materna. Suponiendo que haya abuelos por una línea y vis-abuelos por otra, los primeros serán los herederos ab-intestato, lo mismo que lo que sucede cuando hai padre y abuelos maternos, por la razon ya expuesta de que en esta línea no se admite el derecho de representacion. Aclaremos la materia por medio de ejemplos: muere Pedro y le sobreviven Juan su padre, y Pablo y Antonia sus abuelos maternos; ha dejado veinte mil pesos sin disponer de ellos por testamento; Juan habrá, pues, toda la herencia, sin que Pablo y Antonia tengan derecho a ninguna parte de ella. Otro: muere Ramon dejando vivos a Bernardo su abuelo paterno, y a Domingo y María sus abuelos maternos; la herencia ab-intestato es de cuarenta mil pesos, la cual dividida por iguales partes, segun los principios que hemos sentado, tocarán veinte mil pesos a Bernardo y los otros veinte mil a Domingo y María.

Réstanos advertir que a falta de ascendientes lejitimos deben suceder los naturales, observándose en esto las mismas reglas que en la sucesion de los descendientes (13).

El tercer orden de sucesion es el de los parientes colaterales, que nunca concurren con los ascendientes aunque sean hermanos del difunto.

Faltando descendientes y ascendientes del que muere intestado, entran en la sucesion de sus bienes sus hermanos carnales y los hijos de estos; y a falta de ellos, los hermanos que lo son por padre o madre y sus hijos. En este caso, si concurrieren hermanos de padre, o sus hijos, con hermanos uterinos o los hijos de estos; se han de dividir los bienes del difunto de tal manera, que los paternos vayan a los hermanos de padre y los maternos a los uterinos, dividiéndose entre sí el resto de la herencia por



partes iguales (14).

Si no hubiere hermanos del difunto, pero sí sobrinos, sucederán estos por cabezas; dividiéndose la herencia en tantas partes iguales cuantos sean ellos; lo cual constituye diferencia con el modo de suceder dichos sobrinos cuando viven sus padres, en cuyo caso se practica la sucesion por estirpes (15), con exclusion de los tios del difunto.

Hasta aquí hemos hablado del modo de suceder los colaterales lejitimos: expongamos ahora los principios que se observan en la sucesion de los ilejitimos. Si el difunto hubiere sido hijo natural, serán llamados a la sucesion de sus bienes intestados, los hermanos de madre o los hijos de estos. Si de dichos hermanos hubiese algunos lejitimos, deben ser preferidos a los que no lo son, segun así lo ordena la última lei del tít, 13 p. 6. De la misma manera, los hermanos naturales por padre y madre, excluyen a los que lo son únicamente por una parte (16). Otro tanto se observa cuando el difunto solo deja hermanos por parte de padre, pues que de estos deben ser preferidos los lejitimos.

Si el intestado es lejitimo, y solo deja parientes naturales, deben sucederle los que lo son por parte de madre; y los parientes paternos están absolutamente excluidos aunque sean hermanos (17).

Aunque por la lei 6 tít. 13 P. 6 se fija como término de la sucesion ab-intestato de los colaterales, el décimo grado de parentesco, sin embargo, algunos jurisconsultos acordes con lo dispuesto por la lei 6 tít. 22 lib. 10 de la Nov., son de opinion que la sucesion en la línea colateral no debe pasar del cuarto grado de parentesco. En esta materia no se puede dar una ~~decisión~~ *decisión* segura.

Los relijiosos profesos de ambos sexos están excluidos de la sucesion ab-intestato de sus parientes (18).

(14) LL. 5 y 6 tít. 13 p. 6.

(15) L. 2 tít. 20 lib. 10 Nov.

(16) Gregor. Lop, glo. 3 in d. L. ult.

(17) Salas lib. 2 tít. 8 num. 9 y 10.

(18) L. 17 tít. 20 lib. 10 Nov.



Los bienes deben entregarse al que haya sucedido abintestado íntegros, y sin hacer en ellos deducion alguna, so pretesto de gastos de funerales ni de ninguna otra cosa: gastos que debe hacerlos el sucesor, el cual tampoco puede ser compelido a ello por la justicia (19).

Cuando alguno muere intestato dejando hijos menores, debe el juez del lugar proceder a hacer el inventario de los bienes del difunto, estando presente a ello el defensor de menores, y citándose igualmente a todos los interesados en la herencia: pero donde no hubiere defensor jeneral de menores, siendo estos mayores de doce o catorce años, se les ha de proveer de curador *ad litem*; y si no alcanzaren a dicha edad se les nombrará curador por el juez, dándose en uno y otro caso a uno de los procuradores del número.

Hecho el inventario, se depositan los bienes en persona abonada, despues de lo cual se comunica traslado a los que tienen interes en la herencia para que dentro de tres dias respondan si está conforme el inventario o no, por haberse dejado de practicar alguna diligencia, o por no haberse tomado razon de algunos bienes. En este caso mandará el juez que se proceda inmediatamente a inventariar aquello de que no se habia tomado razon. Allanadas todas las dificultades, y en consecuencia, aprobado el inventario por el juez en cuanto haya lugar, se manda hacer la tasacion de los bienes para proceder despues a las particiones.

---

(19) L. 14 tit. id. id.



**MODO DE HACER TESTAMENTO *in scriptis*, O CERRADO,  
CON LAS CLAUSULAS QUE CADA UNO PUEDE PONER, SE-  
GUN LAS CIRCUNSTANCIAS.**

EN el nombre de la Santísima Trinidad, Padre, Hijo y Espíritu Santo, tres Personas distintas, y un solo Dios verdadero. Yo N.....vecino de.....estando sano (o enfermo) y en mi juicio natural, creyendo como verdaderamente creo, todos los artículos y misterios de nuestra Santa Fé Católica, en cuya creencia quiero y protesto vivir y morir, como fiel cristiano y verdadero católico, y espero en la Divina Majestad, que ha de tener misericordia de mis culpas y pecados, por los méritos de nuestro Señor Jesu-Cristo, y de su Madre Santísima, a quien elijo por abogada para el trance en que me lie de hallar, (o me hallo) para que con el Anjel de mi Guarda, Santo de mi Nombre, y demas de mi devocion me asistan en el tremendo Tribunal de Dios. Hago, ordeno y establezco este mi testamento y última voluntad, en la forma siguiente.

Primeramente: mando que mi cuerpo sea enterrado en la Iglesia de N. donde está la sepultura de mis mayores (\*).

Item, mando, que en tal lugar, quiero y es mi voluntad que mis herederos hagan edificar una capilla, segun el órden y traza que dejo hecha en poder de N., y se funde una capellanía de mil pesos, a la cual sean presentados clérigos presbíteros de mi linaje, prefiriendo siempre el mas propincuo al otro; y en caso de faltar los dichos mis parientes, sean presentados los clérigos de esta ciudad, y su arzobispado, y naturales, e hijos de Chile. (10)

Item, nombro por patronos de la dicha capilla y capellanía a mis hijos don Bernardo y don Juan, para que hagan la presentacion de los capellanes, y todo lo demas concerniente al dicho oficio; y despues de sus dias venga a sus hijos lejitimos y descendientes de mi familia, para siempre jamas.

---

(\*) Clausula inútil donde haya panteon jeneral.

(10) *Dease la rosa en la capilla -*

Item, deajo a las mandas forzosas un peso a cada una.

Item, mando se den de limosna a los pobres de esta ciudad, mil pesos.

Item, mando se digan mil misas de a peso cada una.

Item, mando se den quinientos pesos a N. mi criado.

Item, digo, que por cuanto siendo soltero tuve a N. en N. soltera, y por cuanto me siento muy próximo a la muerte, y en el último artículo de la vida, quiero y es mi voluntad casarme con la susodicha N.

Item, declaro que por cuanto despues de casado tuve a N. en N. soltera o casada, el cual siempre he reconocido por tal, digo; que si alcanzare facultad para legitimarle, se le den dos mil pesos de mis bienes, y si no alcanzare se le den los alimentos necesarios.

Item, declaro deber a N. quinientos pesos.

Item declaro que en cierta cuenta que tuve con N. quedé en duda de deberle quinientos pesos; mando que se le entreguen, para mayor seguridad de mi conciencia; y en caso de no debérsele, se los dono libre y espontáneamente.

Item, mando que de lo mejor de mis bienes se separen mil pesos, y cuanto antes se entreguen a N. mi confesor, o N. mi albacea, para que con ellos ejecute lo que bajo de secreto le deajo comunicado, para descargo de mi conciencia, sin que persona o juez alguno eseclesiástico o secular, le pueda en lo judicial y público pedir cuenta de la dicha cantidad; y solamente quiero que el señor juez tal, o prelado eseclesiástico competente le pueda pedir, que bajo del mismo sijilo la muestre, para que le conste haberla cumplido, y poner auto en que declare constarle estar cumplida mi última voluntad, sin otra expresion.

Item, declaro que cuando me casé con doña María, traje en dote diez mil pesos. y yo tenía veinte mil de caudal, y le asigné por arras dos mil pesos, cuyos capitales se han de considerar para la particion de los gananciales.

Item, cumplido y pagado este mi testamento, mandas y legados en él contenidos, en el remanente de todos mis bienes, deudas, derechos y acciones, nombro por mi heredero universal a N. para que los herede, y haya con la bendicion de Dios y la mia.



Item, instituyo por mis universales herederos a Pedro, y Juan mis hijos lejitimos, los cuales partan, y lleven mis bienes por iguales partes y lejitimas porciones.

Item, mejoro a mi hijo Pedro en el tercio y remanente del quinto de mis bienes, a mas de la lejitima, que le pertenece y cabe como a uno de tantos herederos.

Item, instituyo a mi hijo Pedro por heredero, y si muriere dentro de la pupilar edad, se abra la sustitucion pupilar que dejo cerrada y sellada en poder de N., persona de toda confianza; y en caso que pase de dicha edad, se rompa, como cosa que ya no sirve (†).

Item, instituyo a N. por mi heredero, y si no pudiere o no quisiere serlo, sustitúyole a P.

Item, instituyo a Pedro mi hijo por heredero, y si muriere sustitúyole a N.

Item, instituyo a Pedro mi hijo por heredero, y si muere en la locura en que ahora está, sustitúyole a Antonio su hijo o nieto, y no teniendo descendientes lejitimos, sustitúyole a N.

Item, instituyo a N. y N. por mis herederos, y sustitúyolos el uno al otro.

Item, instituyo a Martin Diaz por mi heredero, y le ruego que dentro de seis años entregue y dé la dicha herencia a Gil Gonzalez.

Item, desheredo de la porcion lejitima a mi hijo Diego, de veinte años de edad, porque atrevidamente me dió una bofetada, me prendió, me infamó, me acusó de delito, por el que me desterraron, y cometió contra mí otras ingratitudes.

Item, nombro por tutores y curadores de mis hijos a N. y N.

Item, dejo por testamentarios, albaceas y ejecutores de este mi ttestamento a N. y N., a los cuales y a cada uno de ellos *in solidum* doi todo mi poder cumplido, cuan bastante en derecho se requiere, para que puedan entrar y entren en todos mis bienes, y los vendan y rematen en pública almoneda, como mas juzgaren convenir, para que cumplan



lo contenido y dispuesto en este mi testamento; y les doi facultad para que puedan sustituir sus oficios y subrogar otros en su lugar, que lo lleven a debida ejecucion, a los cuales desde luego los doi por nombrados y les concedo la misma facultad y potestad que a los dichos.

Item, quiero y es mi voluntad que los legados y mandas que hasta aquí van puestas en este testamento, se paguen por mis albaceas, hasta donde alcanzare, segun el orden material y literal de sus cláusulas, y que aquellos a quienes no alcanzare, reciban mi buena voluntad.

Y por el presente testamento revoco, anulo y doi por ninguno otro cualquier testamento o testamentos, codicilo o codicilos que yo haya hecho y otorgado, para que no valga ni tenga efecto alguno en juicio ni fuera de él, ahora ni en tiempo alguno que parezca y sea mostrado, aunque tengan cláusulas derogatorias y palabras particulares de que haría especial mencion, si ahora viniesen a mi memoria; todas las cuales quiero que no valgan: y asimismo no valga ni tenga efecto otro cualquier testamento o testamentos que yo de aquí adelante hiciere, si es que no haga recuerdo expreso de esta cláusula que pongo; pues quiero que la presente disposicion valga en todo acontecimiento por mi testamento, codicilo o postrimera voluntad en la forma y modo que mejor haya lugar en derecho. Otorgo este testamento en la ciudad de.....a tantos de tal mes y año del Señor de.....

*Este papel o testamento se cierra y se entrega al escribano quien suscribirá en la cubierta lo siguiente—*

En la ciudad de.....a 13 de enero de 1838. N. N. vecino de esta ciudad (a quien doi fé conozco), y estaba al parecer en su juicio y razon natural, dijo: que dentro se contiene su testamento y final voluntad, en que tiene hecha la protesta de la fé católica, y deja señalada sepultura, heredero, albacea y otras mandas en testimonio de lo cual lo firmo en presencia de N. N. N. N. N. N. N. que se hallaron presentes, y fueron llamados y rogados por el testador para verlo otorgar, quienes con el susodi-





cho lo firmaron, N. N. 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7. Lo signo en testimonio de verdad.

*Manuel Rodriguez,*  
Escrib. público.

### TESTAMENTO NUNCUPATIVO O ABIERTO.

En el nombre de la Santísima Trinidad, Padre, Hijo y Espíritu Santo, tres personas distintas y un solo Dios verdadero. Sepan cuantos este testamento y última voluntad vieren, como yo N. de N. vecino de esta ciudad de Santiago, estando sano (o enfermo), en mi juicio y entendimiento natural y completo; creyendo &c. (*Sigue lo mismo que el modelo de testamento cerrado en la página 41*).

Y concluye—Datado y otorgado en Santiago de Chile a 13 de enero de 1838 años.

Yo el escribano infrascripto doi fé que conozco al otorgante, quien a lo que parece se halla en su entero juicio y cumplida memoria. En testimonio de lo cual lo firmo siendo testigos N. N. y N. (\*)—*Fulano,* Escrib. público,

### APERTURA DEL TESTAMENTO CERRADO Y REDUCCION DEL NUNCUPATIVO A ESCRITURA PUBLICA.

Después de muerto el testador, cualquiera que tenga interés en el testamento o presuma tenerlo, puede presentarse al juez de primera instancia con el pedimento siguiente.

Fulano de tal, vecino de esta ciudad, como mas haya lugar en derecho, a V. S. digo: que N., estando enfermo (o sano) otorgó el testamento escrito, que en debida forma presento, ante Ramon, escribano del número, en el día tanto de tal mes, y bajo de él falleció tal día; y res-

(\*) Si instare mucho la enfermedad, y hai peligro en la tardanza, puede el enfermo llamar y rogar tres testigos, si no pudieren ser habidos cinco vecinos, o siete aunque no lo sean, y de palabra dirá que señala por su heredero a N., y por su albacea a N., y que esta es su última voluntad y testamento nuncupativo.

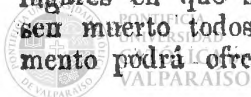


pecto de tener entendido que me dejó por su albacea, o heredero (o lo que sea), para que se cumpla debidamente lo que en el dicho testamento se dispone—A V. S. suplico que habiéndolo por presentado, se sirva mandar que se abra y publique con las solemnidades legales; y que reduciéndolo a escritura pública, se den a los interesados las copias y testimonios que pidan, interponiendo para ello y su validación la autoridad judicial, en cuanto ha lugar. Es justicia, juro lo necesario &c.—*Fulano de tal.*

A consecuencia de este pedimento, mandará el juez que se examinen los testigos instrumentales, haciéndoles que reconozcan el pliego cerrado, sus firmas y la del testador, y que expongan si este, al tiempo de otorgar el testamento estaba en su entero juicio.

Examinados de este modo los testigos instrumentales, ya sean todos ellos o los que puedan ser habidos; y declarando como legítimo y legal el testamento, en virtud de sus deposiciones, se mandará romper el sello con que estuviere cerrado; y despues de leerlo privadamente, por si contiene alguna cláusula secreta, lo leerá el juez o el escribano en público y a presencia de los que hubiesen concurrido. Despues se pondrán las correspondientes diligencias autorizadas por el escribano. A continuacion proveerá el juez que se lleve a ejecucion lo dispuesto en aquel testamento, y que poniéndose en el registro de escrituras públicas, se den a los interesados las copias necesarias.

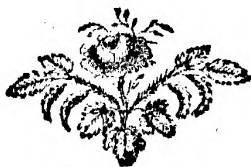
Cuando no pudiesen ser habidos los testigos del otorgamiento, por hallarse todos ausentes, pedirá el interesado que el juez se sirva mandar abrir el testamento ante otros testigos fidedignos; y haciéndose así, despues de haber sacado una copia, se mandará cerrar de nuevo el orijinal, firmándolo los testigos que presenciaron su apertura, hasta que parezcan los instrumentales para que reconozcan sus firmas y se haga la publicacion en la forma indicada. Tambien se puede hacer que estos testigos reconozcan sus firmas, mandando cartas requisitorias a las justicias de los lugares en que se hallen. Mas si dichos testigos hubiesen muerto todos, el interesado en la apertura del testamento podrá ofrecer su respectiva informacion de abono



y de reconocimiento de las firmas, y admitida dicha informacion y rendida la prueba necesaria, se mandará abrir el testamento segun queda expresado.

Si el testamento fuere nuncupativo otorgado ante escribano público, no necesita para su valor de esta publicacion judicial, porque por sí hace toda la fé necesaria. Pero si no hubiese intervenido escribano, y se hubiese otorgado solo con testigos, ya sea de palabra o por simple escritura, muerto el testador, debe presentarse cualquiera que tuviese interes en el testamento, relacionando la muerte de aquel, bajo dicho testamento nuncupativo, hecho por palabra o por memoria escrita, (y en este caso acompañando la memoria para acreditarlo); y pidiendo que en atencion a esto se le reciba la correspondiente informacion de los testigos instrumentales, con citacion de los interesados, y al mismo tiempo que se declare como última voluntad, para que obre los efectos que haya lugar, mandando se reduzca a instrumento público y se protocolice en la forma ordinaria, dándose las copias necesarias e interponiendo para todo su autoridad judicial. A este pedimento proveerá el juez mandando que se examinen los testigos instrumentales, con citacion de los interesados, lo cual se hará en la forma que dejamos dicha para el exámen de los testigos del testamento cerrado. Resultando de estas declaraciones ser legítimo y legal aquel testamento nuncupativo, mandará el juez que se tenga por tal, y que reduciéndose a escritura pública, se den a las partes las copias necesarias, interponiendo para todo ello su autoridad y decreto judicial.

**FIN DEL APENDICE.**



PONTIFICIA  
UNIVERSIDAD  
CATÓLICA DE  
VALPARAÍSO