

rian para él en propiedad, ó solamente de los que el legante poseía como suyos por otro título? Aunque á primera vista parece que de todo deberá deducirse, porque todos corresponden al legante, los unos en propiedad y usufructo, y los otros en propiedad solamente mientras vive su padre, sin embargo lo contrario es lo seguro, y así se deducirá únicamente de los que este hijo último heredó por sí de su madre, ó que por título le competen, cuya propiedad y usufructo gozaba, y no de los reservables; porque por muerte de este último hijo se resolvió en plena propiedad el usufructo de sus bienes que competía á su padre; y por haber cesado la causa de reservacion de la propiedad, cesó tambien la pena de privacion de ellos. Así que no pudo disponer del tercio de su importe, porque en el instante que falleció, se hicieron absolutamente de su padre; pues para que haya lugar esta pena se requieren dos cosas: la una que el viudo pase á otras nupcias; y la otra que existan hijo ó hijos ó descendientes del anterior matrimonio, á quien hayan de pasar los bienes reservables; y faltando una de ellas, no há lugar. Además la reservacion no se estableció á favor de otros que de los mismos hijos ó descendientes; por lo que si el hijo no poseía mas bienes, será ineficaz en él todo el legado (1); bien que Escobar (2) es de contrario sentir.

8. Ultimamente debo advertir al contador que si la viuda despues de la muerte de su marido vive lujuriosamente, ya sea dentro ó fuera del año de su viudedad, pierde la propiedad y usufructo de los bienes que su marido la dejó por via de herencia, legado ó donacion graciosa, la tutela de sus hijos, las arras que la dió ú ofreció, y la facultad de testar que la concedió, como tambien la mitad de ganancias que durante su matrimonio adquirió, si existen hijos de este; á los cuales, y no á ella, se debe aplicar todo en dicho caso, porque milita igual ó superior razon que si se volviera á casar, y no debe ser de mejor condicion la incontinencia y lujuria de la viudedad, que la castidad del matrimonio segundo; lo cual no procede para con su marido, segun he dicho en otra parte.

1 Paul. consil. 67 al fin. vol. 1. Alex. consil. 66. vol. 3. Bertrand. consil. 133. vol. 1. in *Novis*, y consil. 263. vol. 3. Aimon. consil. 36. Anchar. consil. 278. Te-

llo en la ley 6 de Toro, num. 67 y 68. Avendañ. en ella, glos. 10. num. 3.

2 *De ratiocin.* comp. 1. num. 20 al 22.

CAPITULO NONO.

Observaciones que deberá tener presentes el contador acerca de los hijos legitimados é ilegítimos, para la sucesion testamentaria de sus padres.

- §. 1. Razon de tratarse aqui este asunto.
2. Los hijos legitimados por el siguiente matrimonio no se diferencian de los legítimos, y así acerca de ellos debe tener presente el contador cuanto se ha dicho acerca de los últimos.
3. El legitimado por merced del Soberano no puede concurrir con los hijos legítimos á la herencia paterna ó materna.
4. Derechos hereditarios del hijo natural. Cuando el padre le deja el quinto para alimentos, y hace además algunos legados, se deducirán estos de dicho quinto, si alcanza para todo; pero si no, se deducirán solamente los gastos del funeral, y no valdrán los legados.
5. Diferencia que hay entre el padre y la madre respecto á la sucesion hereditaria del hijo natural.
6. No solo puede el padre dejar á sus hijos naturales todos sus bienes, á falta de legítimos, sino tambien el abuelo paterno á sus nietos naturales.
7. Lo dicho en los párrafos anteriores sobre la sucesion de los hijos naturales á su padre y ascendientes paternos, tiene lugar en estos respecto de aquellos.
8. Observaciones acerca de los otros hijos ilegítimos llamados espurios.
9. El hijo de adúltera cuando esta incurre por el adulterio en pena de muerte natural, no puede suceder á la madre por testamento ó abintestato.
10. El hijo de hombre casado y muger libre puede suceder á su madre por testamento y abintestato, aunque esta tenga ascendientes legítimos.
11. Los incestuosos pueden heredar á sus madres á falta de legítimos por las razones que allí se expresan.
- 12 y 13. Nada pueden heredar de sus padres los hijos de clérigo, fraile ó monja profesa.
14. Si el clérigo dejare á su nieto existente en poder de su padre espurio el usufructo de sus bienes, no se anulará la institucion, antes bien percibirá dicho nieto el usufructo.

1. **H**asta ahora se ha tratado de la division de la herencia del que murió testado entre sus descendientes legítimos. Como

á falta de ellos suelen suceder con preferencia á los ascendientes algunos ilegítimos, diré acerca de estos lo que crea conducente para instruccion del contador, sin repetir la doctrina que dejo sentada sobre esta materia en el libro 2, título 2, capítulo 6, adonde me remito, ciñéndome aquí á lo puramente preciso para seguir la debida serie en los trámites de la particion.

2. En el tomo 1.º, título 3, capítulo 2, tratando de las legitimaciones se dijo que los hijos naturales pueden legitimarse de dos modos, á saber: 1.º por el siguiente matrimonio de sus padres; 2.º por merced del Rey, cuya gracia puede alcanzar tambien á los espurios, y entonces se llama *dispensacion*. Esto supuesto, los legitimados por el siguiente matrimonio no se diferencian de los legítimos, y así heredan con estos si los hubiese, tanto por testamento como abintestato, segun se dijo en el libro 2, título 2, capítulo 3, desde el párrafo 2 hasta el 7, y así acerca de estos debe tener presente el contador cuanto se ha dicho sobre los legítimos.

3. El legitimado por rescripto del Príncipe no puede concurrir á la herencia paterna ó materna con los legítimos, segun la ley 12 de Toro, ó 7. tit. 20. lib. 10. Nov. Rec., citada en el capítulo 6 del título 2, libro 2, párrafo 3, la cual dice así: *Si alguno fuere legitimado por rescripto ó privilegio nuestro ó de los reyes que de nos vinieren, aunque sea legitimado para heredar los bienes de sus padres ó madres ó de sus abuelos, y despues su padre ó madre ó abuelos ovieren algun hijo ó nieto, ó descendiente legítimo, ó de legítimo matrimonio nacido, ó legitimado por siguiente matrimonio, el tal legitimado no puede suceder con los tales hijos ó descendientes legítimos en los bienes de sus padres ni madres, ni de sus ascendientes abintestato ni ex testamento; salvo si sus padres ó madres ó abuelos en lo que cupiere en la quinta parte de sus bienes que podian mandar por su ánima, le quisieren alguna cosa mandar, que hasta en la dicha quinta parte bien permitimos que sean capaces, y no mas.* A falta de descendientes legítimos puede el testador instituir heredero al legitimado por privilegio, aun cuando tenga padre ó ascendientes legítimos, segun dije en el capítulo 6, título 2, libro 2, párrafos 3 y siguientes, porque en este caso el legitimado es tenido por legítimo; á menos que el privilegio de la legitimacion se coarte á suceder *sin perjuicio de los ascendientes*.

4. Tambien puede el padre instituir heredero á su hijo natural no legitimado á falta de legítimos, aun cuando tenga as-

endientes segun se puede ver en el citado capítulo 6, párrafos 10, 11 y 12; de suerte que el hijo natural es heredero absoluto de su padre, mediante su voluntad y no en otra forma, á falta de legítimos descendientes (1); y de justicia debe darle alimentos en caso de que no tenga con que subsistir. Lo mismo podrá hacer el padre aunque tenga descendientes legítimos, si estos renuncian sin fraude su herencia (2), porque para el caso es igual no haberlos, que aun cuando los haya no puedan ó no quieran sucederle (3). Lo dicho debe tambien entenderse respecto de la madre cuando hay descendientes legítimos, de modo que existiendo estos, solo pueden dejar al hijo natural el quinto de sus bienes, del cual puede disponer este á su arbitrio, excepto en tres casos, que se especificaron en el citado capítulo 6, párrafo 19; siendo de advertir que si el padre deja á su hijo ilegítimo el quinto para alimentos, y ademas hace algunos legados pios ó graciosos, y el quinto alcanza para todo, se deducirán estos de él; pero si no, se sacarán únicamente los gastos de su funeral y entierro, y los legados, aunque sean piadosos, no valdrán, porque el derecho de los alimentos es débito necesario, y no los otros legados (4).

5. La diferencia que hay entre el padre y la madre respecto de los hijos naturales es que si esta careciendo de legítimos no hace mencion de ellos en su testamento, ó los deshereda injustamente, pueden romperle ó anularle del mismo modo que los legítimos. Al contrario, si el padre los excluye expresamente de la sucesion á sus bienes ó los deshereda, á nada tienen derecho ni les compete accion alguna contra su testamento, segun dije en dicho capítulo 6, párrafos 10 y 11. Esta diferencia se funda en tres razones: 1.ª porque está decidido expresamente en derecho que á falta de hijos legítimos sean herederos forzosos ó legítimos de la madre (5), mas no del padre: 2.ª porque así como la suceden por testamento y abintestato, segun la ley citada, así tambien deben sucederla contra testamento, por la pretericion ó injusta desheredacion: 3.ª porque respecto de su padre son llamados por derecho en cierta parte y porcion solamente, que es en lo que quiera dejarles (6); pero respecto de la madre simple, y absolutamente en todos sus bie-

1 Por derecho comun solo se les podia dejar la sexta parte de la herencia.

2 Greg. Lop. en la ley 8. tit. 13. Part. 6. glos. 3. Matienz. en la ley 9. tit. 8. lib.

5 Rec. glos. 1. num. final.

3 Ley 1. §. Qui habebat, ff. de bonor.

possession. contra tab.

4 Gom. en la ley 9 de Toro, num. 40

al fin.

5 Ley 5. tit. 20. lib. 10. Nov. Rec.

6 Ley 6 del mismo tit. y lib.

nes, como sus legítimos herederos á falta de descendientes legítimos (1).

6. No solo puede el padre dejar á sus hijos naturales todos sus bienes á falta de legítimos, sino tambien el abuelo paterno á sus nietos naturales, hijos de hijo legítimo, y á los nacidos de hijo natural, aunque tenga ascendientes legítimos, v. gr. bisabuelos; porque si tiene facultad para dejarlos á los hijos, en quienes se supone mas vicio y óbice por la liviandad y torpeza de sus padres, con mayor razon á los nietos, en quienes no se considera tanta (2); y por consiguiente si se les dejare, los heredarán sin que nadie tenga accion á disputárselos.

7. Lo que queda expuesto en orden á la sucesion de los hijos naturales para con su padre y ascendientes paternos, há lugar en estos respecto de aquellos; por lo que en el mismo derecho y parte en que los hijos y nietos naturales suceden á su padre y abuelo paterno por testamento (y lo mismo abintestato), suceden estos á aquellos, como se prueba por las siguientes palabras de la ley 8. tit. 13. Part. 6, cerca del fin. *Otrosí decimos que en aquella misma manera que el fijo natural puede é debe heredar á su padre en los bienes de él, é aprovecharse de ellos, asi como sobredicho es, que en esa misma manera puede heredar el padre en los bienes de tal fijo, é ayudarse de ellos; pues asi como entre los padres é hijos legítimos es recíproca la sucesion y causa de alimentos, del mismo modo debe serlo entre los naturales (3).*

8. Por lo que hace á los otros ilegítimos, que se llaman propiamente espurios, no pueden suceder por testamento ni abintestato al padre, directa ni indirectamente, haya ó no hijos legítimos; de suerte que ni tienen derecho á pretender la herencia, ni á quejarse de la pretericion, ni aun cuando sean instituidos herederos pueden percibirla, antes bien pasará á los parientes mas cercanos del difunto (4). La razon es porque ademas de traer origen de una cópula reprobada por derecho, no se pueden contar entre los hijos por la incertidumbre de su filiacion; bien que por equidad se les deben los alimentos, como dije en otra parte. Respecto de la madre hay diferencia, pues á falta de hijos legítimos

1 Gomez en la ley 9 de Toro, num. 12.

2 Ley fin. Cod. de naturalib. liber. Gomez en la ley 10 de Toro, num. 7.

3 Gom. en la ley 10 de Toro, num. 7. Gom. Arias en la 9 de Toro, num. 7.

4 Véase lo que acerca de esto dije en una nota al párrafo 14, capítulo 6, título

2, libro 2, donde hice ver la contradiccion en que incurrió Febrero; como tambien otra en cuanto á la obligacion de alimentar el padre á los hijos espurios, segun puede verse en una nota al párrafo 16 del mismo capítulo.

la heredará el espurio, asi por testamento como abintestato excepto en los dos casos que se expresan en dicho capítulo 6, párrafo 15. Mas como alli no se desenvolvió lo bastante esta doctrina, reservando su aclaracion para este lugar, diré lo que se observa acerca de cada uno de estos espurios.

9. Los que nacen de muger casada, ya sea ó no consanguínea del adúltero, no heredarán á sus madres por testamento ni abintestato, aunque carezcan de legítimos, y solo podrán legarles el quinto de sus bienes, como lo dice la ley 9 de Toro, ó 5. tit. 20. lib. 10. Nov. Rec. *Salvo si los tales hijos fueren de dañado y punible ayuntamiento de parte de la madre, que en tal caso mandamos no puedan heredar á sus madres ex testamento ni abintestato; pero bien permitimos que les puedan en vida ó en muerte mandar fasta la quinta parte de sus bienes, y no mas, de la que podian disponer por su alma; y de la tal parte, despues que la ovieren, puedan disponer en su vida ó al tiempo de su muerte los dichos hijos ilegítimos como quisieren. Y queremos y mandamos que entonces se entienda y diga dañado y punible ayuntamiento cuando la madre por el tal ayuntamiento incurriere en pena de muerte natural.* De los siete casos en que la muger casada incurre por el adulterio en pena de muerte natural trata Matienzo (1).

10. Siendo hijos de hombre casado y muger libre, aunque si esta es pública concubina suya, merecen ser castigados los dos, pero como no se les impone pena de muerte, sin embargo de ser ayuntamiento dañado, parece podrán suceder á sus madres por testamento y abintestato, no obstante que tengan ascendientes legítimos, segun la misma ley 9 de Toro, que asi lo ordena. Al padre no pueden suceder sino en el quinto por via de alimentos, porque no son hijos naturales á quienes pueda á falta de legítimos dejar sus bienes, sino espurios, por cuanto al tiempo de su generacion y nacimiento estaba imposibilitado de casarse con su madre. Esta es la opinion de varios respetables autores, á la cual me inclino, pues la ley 10. tit. 13. Part. 6, que no está derogada ni corregida por otra posterior, dice terminantemente: *Nascido seyendo alguno de fornicacion ó de incesto ó de adulterio, este atal non puede ser llamado fijo natural, ni debe heredar ninguna cosa de los bienes de su padre.* Por consiguiente tampoco podrá este espurio heredar á sus parientes paternos.

1 En la ley 7. tit. 8. lib. 5. Rec. glos. 11.

11. Los nacidos de hombre y muger consanguíneos, ya sean nefarios ó incestuosos (que es ayuntamiento dañado tambien, aunque no punible como el de la casada), heredarán á sus madres por testamento y abintestato en defecto de legítimos: lo primero, porque por el acceso no incurre en pena de muerte; y lo segundo por la generalidad de dicha ley 9 de Toro, que al principio dice: *Los hijos bastardos ilegítimos de cualquier calidad que sean: y mas abajo prosigue: y en caso que no tenga la muger hijos ó descendientes legítimos, mandamos que el hijo ó hijos ó descendientes que tuviere naturales ó espurios, por su orden y grado, le sean herederos legítimos ex testamento y abintestato* (1): bien que algunos (2) dicen lo contrario, fundados en la exclusion que de los incestuosos hace la ley 11. tit. 13. Part. 6, ibi: *Fueras ende si fuese tal hijo como el que llaman en latin incestuoso: y en la final, tit. 18. Part. 7, que impone pena de adulterio á los que sabiendo son parientes cometen el incesto, que es al hombre la de muerte, y á la muger la de azotes, reclusion y pérdida de su dote y arras, excepto que se prostituya á su siervo. Pero yo me adhiero á la opinion de Gomez, porque á mas de la generalidad de la ley 9 de Toro, por la que es visto corregir las de Partida, concurre el que esta ley constituye á los hijos herederos de su madre, cuando por tenerlos no incurrió en pena de muerte: es asi que por el derecho de las Partidas no incurre en ella por el adulterio, como el hombre, segun la ley penult. tit. 17. part. 7: luego aunque por la final del 18 se la impone la de adulterio, no siendo como no es la de muerte, la heredarán, porque se conceptúa haber querido que cada uno sufriese la que por este delito le estaba impuesta, y no precisamente la de muerte, como el hombre. A su padre sucederán por testamento en el quinto, como cualquiera extraño; mas no abintestato, porque sin dispensacion no podia casarse con su madre al tiempo que los procreó, ni les concede derecho á sus bienes* (3).

12. Los hijos de clérigo ordenado *in sacris* en nada deben suceder por testamento ni abintestato á sus padres, ni tampoco haber de ellos ni sus parientes cosa alguna por via de legado y donacion, ni aun con titulo de venta que les hagan, ni por con-

1 Gom. en dicha ley 9 de Toro, num. 14. vers. *Tertio infero*.
 2 Greg. Lop. en la ley penult. tit. 13. Part. 6. glos. 9. vers. *Hodie per leges*. Matienz. en la 7. tit. 8. lib. 5. glos. 11. num. 1 y 2. Acerv. en ella num. 44. Velazquez de Avendañ. en la 9 de Toro. glos. 2. num. 4. y glos. 8. num. 8. y alli Tello num. 6.
 3 Gom. ibi, vers. *Patri vero*.

siguiente ser sustituidos pupilarmente de otro hijo legítimo impúbero, porque esta sustitucion es segunda institucion directa, segun se prueba de las leyes 4 y 5. tit. 20. lib. 10. Nov. Rec. Y aunque el padre diga en su última disposicion que les debe frutos, dinero ú otra cosa, no estan obligados sus herederos á entregársela, excepto que lo acrediten por otro medio legal, porque se presume que lo hace por beneficiarlos, perjudicar á sus herederos, y defraudar la ley (1). Esta prohibicion no se amplía á los hijos de clérigo de menores que goza beneficio eclesiástico, porque dejando y perdiendo el beneficio, puede casarse con su madre, y por el coito no se impone pena civil á uno ni otro, como dice Matienzo (2) citando otros, y es lo corriente. El nieto de clérigo *in sacris*, hijo legítimo y natural de su hijo espurio, bien puede ser instituido (ya su padre viva, ó esté muerto) por el clérigo su abuelo, no siéndolo por contemplacion de su padre, porque esta ley habla solamente de los hijos, y no se extiende á los nietos (3).

13. Asimismo no pueden heredar cosa alguna de sus padres los hijos de monjas, frailes y freiles profesos, segun previene la citada ley 5. tit. 20. lib. 10. Nov. Rec.; y de consiguiente tampoco deberán llevar cosa alguna de sus parientes por testamento, abintestato, ni por contrato (4), como se prueba de la expresada ley 9 de Toro, que manda se observe con los hijos de estos lo que la próxima inserta ordena acerca de los clérigos. De modo que los hijos ilegítimos ó espurios en todos casos pueden heredar á sus madres, excepto en tres: el primero, si tienen hijos legítimos: el segundo, si la madre por tenerlos ilegítimos incurra en pena de muerte: y el tercero, si son hijos de monja profesada; con la advertencia, de que en los dos primeros les pueden dejar el quinto, pero en el tercero nada.

14. Si el clérigo deja á su nieto existente en poder de su padre espurio el usufructo de sus bienes, parece que no valdrá la disposicion estando el nieto bajo la patria potestad, porque siendo su padre incapaz de haberlo por su propia persona, del mismo modo lo será por interposicion de otra. Sin embargo, lo cierto es que la institucion no se anula, ni el padre adquiere para sí el usufructo, antes bien lo hace suyo el nieto, por ser visto

1 Ley 3. tit. 14. Part. 3. Ley *Qui testam. 27. ff. de probat.*

2 Glos. fin. de la ley 7. tit. 8. lib. 5. Rec.

3 Covarr. cap. 8. §. 5. num. 14. Cifuent. en la ley 9 de Toro, num. 7. Gom. en ella

num. 17. Matienz. en la ley 6. tit. 8. lib. 5. glos. 8. num. 24. Dueñ. regul. 36. limitat. 2 al fin.

4 Ley 2. §. 1. ff. de *admin. test. ad civit. pertinent.* ley *Sed plures*, §. *in arrogato*, ff. de *vulgar. et pupillar. substitut.*

y presumirse que el testador así lo quiso y dispuso, para que fuese valedero, y no inútil el acto; porque aunque por derecho antiguo todo cuanto adquiría el hijo era para su padre, y nada podía quedar en él, aun cuando quisiese el donante ó testador; por derecho nuevo ó posterior adquiere el hijo la propiedad y dominio de lo donado, y el padre el usufructo solamente, á menos que lo prohíba el testador ó donante (1); por lo que, no pudiendo adquirirlo el padre por su incapacidad, lo adquiere el hijo, y en él se queda por tácita voluntad del testador (2). De suerte que los nietos del hijo espurio, quiero decir, que el procedente de hija espuria, ó de la muger de hijo espurio, puede ser instituido heredero, con tal que el testador abuelo no tenga prole legítima, que no intervenga incesto, y que no se haga la institución por contemplación del hijo ó hija espurios (3) (*).

1 Authent. *Excipitur*, Cod. de bonis quæ liber.

2 Paul. in leg. *Gallus*, §. *Quid si is*, ff. de liber. et posthum. Gom. en la ley 9. de Toro, num. 17. vers. *Sed dubium*, Matienz. en la 6. tit. 8. lib. 5. glos. 8. num. 26.

3 Lara, *Compendium vitæ homin.* en el cap. 5.

* Acerca de los hijos adoptivos véase lo que se dijo en el citado capítulo 6. párrafos 8 y 9.

CAPITULO DECIMO.

Observaciones acerca de la sucesion por testamento de los ascendientes á sus legítimos descendientes. ¿De que parte de sus bienes podrán estos disponer en perjuicio de aquellos, si de ella se han de sacar ó no los gastos de su funeral y legados; y últimamente si tendrá lugar la colacion entre los ascendientes?

- §. 1. Derechos hereditarios de los ascendientes.
2. En esta sucesion no se deba hacer diferencia ni separacion de bienes entre los ascendientes.
3. Excepcion acerca de los bienes troncales.
4. Entre los ascendientes no tiene lugar la representacion cuando se trata de suceder á los descendientes.
5. Los descendientes pueden disponer del tercio en perjuicio de sus ascendientes, é imponer en él las condiciones que quieran. Este

tercio se entiende de lo líquido, deducidas ante todas cosas las deudas que haya contra el caudal del descendiente.

6 hasta el 9. Si los gastos del funeral y entierro del descendiente, misas que manda celebrar y legados que hace, ¿se han de deducir ó no del tercio de que dispone, ó del cuerpo de los bienes que deja?

10. Entre los ascendientes no tiene lugar la colacion, como entre los descendientes.

1. **A**si como son herederos forzosos de los ascendientes sus descendientes legítimos, lo son aquellos de estos, no solo abintestato sino por testamento (1); de modo que no interviniendo y probándose alguna de las ocho causas legales, que expliqué en el libro 2, título 2, capítulo 13, párrafo 10, no pueden exheredarlos; pues por derecho deben ser instituidos, y sucederles en todos sus bienes libres y partibles de cualquiera calidad que sean, sin excepcion de adventicios, profecticios, castrenses ni casicastrenses, no teniendo hijos ú otros legítimos descendientes, ó que hayan derecho de heredarlos, segun se

1 Ley *Nam et si parentibus*, Cod. de inoffic. testam., et ibi Barbo. Authent. de heredibus et falcidia, §. 1. collat. 1. y Authent. *Ut cum de appellatione*, §. *Illud quo-*

que capitulum, collat. 8. Guerreir. de divis. lib. 3. cap. 1. num. 2. Gom. lib. 1. Var. cap. 4. num. 7. vers. *Nec obstant.*