obligado á cumplirla á lo menos por fidelidad (1).

Como no era fácil que los fideicomisarios quisiesen recibir la herencia con la obligacion de restituirla toda, para que tuviesen alguna utilidad se estableció, que en premio de su trabajo y de la restitucion de la herencia, tomasen para sí la cuarta parte líquida de ella, y es la que se llama *cuarta trebeliánica*. Para computarla debe el heredero traer á cuenta lo que el testador le haya legado, y los frutos percibidos de la herencia mientras la tuvo en su poder (2). Si estos equivalen á la cuarta parte, restituirá la herencia íntegra, y si no, tomará de ella lo necesario para completar aquella (3). Pero si los frutos importaren mas, si el testador le señaló dia para la restitucion, y el heredero la verificó, hace suyos los percibidos hasta ese dia, aunque escedan de la cuarta; pero si no le señaló dia, y él fue moroso en hacer la entrega, debe restituir el esceso (4).

No tiene lugar la cuarta trebeliánica: en el testamento del soldado: si el testador prohibe que se saque: si el heredero restituye toda la herencia por ignorancia: si no hizo inventario, y por último si no quiere aceptarla (1).

[1] *Salm. tr.* 14 *cap.* 15 *n.* 66.
[2] *L.* 8 *t.* 11 *P.* 6.
[3] *D. l.* 8.
[4] *D. l.* 8.

§ X.

De los legados y fideicomisos.

Legado, manda ó fideicomiso particular, es una donacion que hace el testador en el testamento, ó en codicilo (2). Unos son forzosos, que son los que por disposicion del derecho se deben dejar por todo testador á ciertos y determinados objetos piadosos; y otros voluntarios, que son los que dependen de la voluntad del mismo.

Los legados ó mandas forzosas son en el dia en la capital de la federacion: los lugares santos de Jerusalen, redencion de cautivos, Santuario de Guadalupe, y para casar huérfanas pobres, habiendo cesado la de la causa del Venerable Gregorio Lopez por la cédula de 1 de junio de 1785. La cantidad que haya de dejarse á estos objetos, depende absolutamente de la voluntad del testador. En los estados podrán subsistir estas mismas, ó sustituirse por otras, segun hayan acordado las respectivas legislaturas.

Con respecto á los legados voluntarios, puede dejarlos todo el que puede hacer testamento, y pueden dejarse á todos los que pueden

[1] *L.* 1 *t.* 4 *lib.* 5 *R. C.*
[2] *L.* 12 *t.* 5 *P.* 6.

ser instituidos herederos; esceptuándose el de alimentos, que puede dejarse hasta á los incapaces de heredar, como son los espurios (1).

El testador puede mandar que paguen legados á todos los que perciban algo de su herencia; con tal que no los grave en mas de lo que reciban.

Se pueden legar todas las cosas que existen, ó pueden existir, con tal que estén en el comercio de los hombres y aunque sean incorporales; y asi se puede legar la cosecha venidera, un usufructo, una servidumbre, una deuda, pero no un templo, ni una plaza pública (2). Tambien puede legarse la cosa agena, y entonces tiene el heredero la obligacion de comprarla á su dueño, y entregarla al legatario, y no queriéndola aquel vender, entregara su estimacion (3); mas esto se entiende si el testador sabia que la cosa era agena: pues creyéndola suya, no siéndolo, no hay obligacion ninguna en el heredero, á menos que el legado sea á la muger ó á algun pariente (4). La obligacion de probar que el testador sabia que la cosa no era suya, es del legatario (5).

[1] *L.* 8 *t.* 3 *lib.* 5 *R.*
[2] *L.* 13 *t.* 9 *P.* 6
[3] *L.* 10 *del d. t. y P.*
[4] *La misma l.*
[5] *La misma.*

Si el legatario habia adquirido ya la cosa agena que se le lega, se debe distinguir si la adquirió por título lucrativo, ú oneroso; pues si fue por el primero, el legado es inútil, por el principio de que *dos causas lucrativas no pueden concurrir en una misma cosa y á favor de una misma persona* (1); pero si la adquirió por el segundo, se le debe la estimacion.

Se pueden legar las cosas que el testador tiene dadas á otro en prenda (2); y el heredero tendrá la obligacion de desempeñarlas, si estaban en menos de su valor, y el testador lo sabia (3); mas si lo ignoraba, las desempeñará el legatario (4). Igualmente será obligacion del heredero desempeñarlas, si estaban en una cantidad igual ó mayor que su valor, ya lo supiese ó ya lo ignorase el testador (5).

Pueden legarse tambien las cosas empeñadas al mismo que las empeñó, y entonces se entiende legado solo el derecho de prenda; pudiendo el heredero exigir al legatario la cantidad por que tenia empeñada su cosa (6).

Si el testador lega una cosa, y luego la

[1] *L.* 43 *t.* 9 *P.* 6.
[2] *L.* 11 *d. d. t. y P.*
[3] *La misma l.*
[4] *La misma.*
[5] *La misma.*
[6] *L.* 16 *del mismo tit. y P.*

enagena, si la enagenacion fue por donacion que hizo de ella, se entiende revocado el legado (1); pero si fue por venta se debe la estimacion al legatario (2).

Suelen hacerse legados de ciertas cosas incorporales, que se llaman *legado de nombre, de liberacion y de deuda*, sobre los cuales conviene saber: que se dice de nombre, cuando el testador lega á Pedro lo que debe Juan: de liberacion, cuando se lega al deudor lo mismo que él debe, y de deuda, cuando se lega al acreedor lo que le debe el testador. Por el legado de nombre se cede al legatario la accion que el testador tenia contra su deudor; y si la deuda resultare mala, á nada queda obligado el heredero (3). Por el de liberacion está obligado á entregar al legatario la escritura de su deuda, la prenda ó cualquiera otra seguridad que hubiese dado de ella dejándolo libre enteramente. Si el testador en vida cobra y recibe la deuda en estos dos legados, se entienden revocados; pero si el deudor la paga voluntariamente subsisten ambos (4). Por el de deuda adquiere el acreedor en favor de la suya todos los privilegios de los legados; y asi de condicional y para dia cierto se hace pura y pa-

[1] *LL.* 17 *y* 40 *t.* 9 *P.* 6.
[2] *D. l.* 40.
[3] *L.* 15 *t.* 9 *P.* 6.
[4] *D. l.* 15.

gadera al punto: de no hipotecaria, se hace hipotecaria, y de ilíquida liquida.

Los legados se dicen de *género*, de *especie* y de *cuantidad*. Género es en derecho lo que en filosofia especie, v. g. un caballo, un libro. Especie equivale á un individuo, v. g. el caballo tal, la obra de Febrero; y cuantidad es un género determinado con cierto número, como cuatro caballos. Supuesto esto es fácil fijar ciertas reglas sobre la obligacion de reponer los legados cuando perece la cosa legada, y otros casos. 1.ª *La especie legada no perece para el heredero, sino para el legatario* (1); á menos que aquel sea moroso en entregar, ó que perezca por su culpa, pues como deudor está obligado á prestar la leve (2). 2.ª *Cuando se lega una universidad de cosas, por ejemplo, una manada de ovejas, el aumento ó diminucion que tuviere pertenece al legatario*, como que es dueño de la cosa desde la muerte del testador. 3.ª *Para que el legado de género sea útil es necesario que sea de género ínfimo, y que tenga ciertos y determinados límites por la naturaleza*, por ejemplo, un caballo es legado de género ínfimo; pero un animal es de supremo, y seria ridículo legarlo, pues podria pagarse con un insecto; por esto previene una ley (3) que si

[1] *L.* 34 *t.* 9 *P.* 6.
[2] *L.* 41 *del mismo t. y P.*
[3] *L.* 23 *del mismo.*

el testador lega una casa sin tenerla, el heredero no resulta obligado. 4.ª *En el legado de género tiene la eleccion el legatario;* pero de tal suerte que no puede elegir lo mejor (1), á diferencia del legado de opcion, que es cuando el testador con palabras espresas y terminantes concede al legatario la facultad de escoger de entre cosas de un mismo género la que mejor le parezca (2). En tal caso hecha la eleccion por el legatario, no puede arrepentirse de ella (3); y si él no la hizo en vida, pasa á sus herederos el derecho de escoger (4). Por lo que hace al legado de género y cuantidad la regla es, que *ni el género ni la cuantidad perecen* (5); por manera que legado, por ejemplo un caballo, si el heredero lo compra para entregarlo, y en su poder perece, queda en la obligacion, lo mismo que antes.

Por último, pueden legarse los hechos; de modo que el testador obligue á su heredero á hacer alguna cosa en favor ú obsequio de otro, con tal que ella no sea torpe ó ridícula.

En los legados se conserva el derecho de acrecer, que no existe ya en las herencias

[1] *L.* 23 *t.* 9 *P.* 6.
[2] *L.* 25 *d. d. t. y P.*
[3] *D. l.* 25.
[4] *L.* 26 *d. d. t. y P.*
[5] *L.* 41 *d. d. t. y P.*

en virtud de la l. 1 t. 4 lib. 5 de la R. y consiste en que la parte del colegatario que muere ó no la recibe, se aplica al otro. Para que tenga lugar son necesarios dos requisitos. El primero es, que falte el colegatario, y que sea antes de la muerte del testador, pues si le sobrevive aunque sea por un momento, pasa el legado á los herederos, y no acrece al otro (1). El segundo que sean conjuntos, y se llaman así los legatarios que son llamados á recibir una misma cosa, v. g. *á Pedro y á Juan les lego mi casa*; pero si á uno se lega la casa, y al otro un campo, ni son conjuntos, ni hay derecho de acrecer (2). La conjuncion puede ser *en la cosa, en las palabras, ó mista*. Se dice que la hay en la cosa, cuando dos ó mas son llamados á recibir una misma, aunque en diversas proposiciones: en las palabras cuando lo son en una sola, asignándoles partes no físicas, sino intelectuales; y es mista cuando se lega una misma cosa á muchos en una proposicion y sin señalar partes. En todos estos casos, sea que el uno de los legatarios no quiera su parte, ó que muera antes que el testador, acrecerá á los demas, presumiéndose así de la voluntad del testador por no espresarse cosa en contrario (3).

[1] *L.* 33 *t.* 9 *P.* 6.
[2] *D. L.* 33 *D.*
[3] *La misma l.*

Los legados se pueden hacer puramente, para dia cierto, con condicion, con demostracion, con causa, ó con modo. Cuando se lega puramente, no se suspende el legado por ninguna circunstancia ni acontecimiento, y el heredero tiene obligacion de pagarlo, y el legatario derecho para cobrarlo luego que muere el testador.

Legado desde algun dia, es el que tiene término para comenzar, y hasta cierto dia es aquel en que se señala el tiempo que debe durar. En el primero el legado se debe luego, pero no se puede cobrar hasta que llegue el dia; mas el segundo se debe y se puede cobrar inmediatamente. Este legado para dia cierto se trasmite á los herederos del legatario, aunque haya muerto antes que llegue el dia, como haya sido despues de la muerte del testador (1); pero si el dia es incierto como para cuando se case ó se ordene, no se trasmite por reputarse condicional (2).

En el legado condicional se deben guardar las mismas reglas que en la institucion condicional de heredero, de que se habló en el § 4.

Con demostracion se dice que lega un testador, siempre que hace descripcion de la persona ó de la cosa legada. La falsa demostracion no vicia el legado, con tal que conste

[1] *L.* 34 *t.* 9. *P.* 6.
[2] *L.* 31 *del mismo t. y P.*

de la persona (1); de modo que se sepa de quién habla el testador, aunque yerre en el nombre y apellido (2); pero si hay muchos de un mismo nombre, y no se puede saber de quien habló el testador, no vale el legado en rigor de derecho (3); aunque Molina pretende que en el fuero de la conciencia se debe dividir entre los que son del mismo nombre (4).

El legado causal en el que se espresa la causa por que se deja, vale tambien aunque la causa sea falsa, como v. g. *lego á Pedro cien pesos porque me defendió un pleito;* aunque esto no hubiese sucedido vale el legado (5); pero si el heredero probase que el testador no habria legado si hubiera conocido la falsedad de la causa, no vale el legado (6). Tampoco valdria si la causa fuera final y no impulsiva, siendo falsa, como v. g. *lego á Pedro cien pesos que gastó en mi pleito;* pues no habiéndolos gastado, no subsistiria el legado (7).

Finalmente, bajo de modo se dice un legado, cuando el testador espresa el fin para que lo deja, como v. g. *para graduarse de doc-*

[1] *LL.* 19 *y* 20 *t.* 9 *P.* 6.
[2] *Paz in Prax. t.* 1 *p.* 4 *c.* 1 *n.* 19.
[3] *L.* 9 *t.* 9 *P.* 6.
[4] *Molin. tr.* 2 *d.* 197 *n.* 2.
[5] *L.* 25 *d. t. y P. cit.*
[6] *Alvarez, lib.* 2 *t.* 20.
[7] *L.* 20 *tit. y P. cit.*

tor. Este se puede pedir inmediatamente, pero dando el legatario fianza de que cumplirá con el fin, y de restituirlo si no cumpliere (1).

El legatario adquiere el derecho al legado por la muerte del testador; de modo que si muere antes que este, ó estaba muerto cuando se le hizo, nada se debe á sus herederos (2); pero si muere despues del testador, aunque el heredero no haya aceptado la herencia, trasmite su derecho al legado á sus herederos (3).

Los legados deben cumplirse en los mismos términos que quiso el testador; pero los profaños que no puedan tener cumplimiento, los adquiere el heredero, y los piadosos se convertirán en otro objeto pio (4), acudiendo antes al ordinario (5), con cuya licencia se pueden aplicar al bien comun de la república, aun cuando no sea dificil su cumplimiento segun la disposicion del testador, en el caso de grave necesidad, como peste, hambre ó invasion (6).

El que se deja á los naturales de una ciudad se puede dar á los que tienen ánimo de permanecer en ella, y á los que llevaren diez

[1] *L.* 21 *t.* 9 *P.* 6.
[2] *L.* 34 *d. d.*
[3] *LL.* 34 *dicha y* 1 *t.* 4 *lib.* 5 *R. C.*
[4] *Greg. Lop. en la l.* 20 *t.* 9 *P.* 6.
[5] *Lug. de Just. d.* 24 *sect.* 18 *n.* 306.
[6] *Lacr. L.* 1 *p.* 2 *n.* 1346.

años, si no consta que piensan salir de allí (1), á menos que se infiera otra cosa de la mente del testador; y en defecto de verdaderos naturales solo estos parece que deberian ser admitidos (2).

El que se deja para casar huérfanas, se puede aplicar á las que tienen padres pobres é inútiles, á falta de las que propiamente lo son (3).

Si los legados no se pudieren pagar por entero por no alcanzar los bienes, se pagarán á *prorata*, aunque sean piadosos, ó de cosa determinada (4).

Si el testador lega una cosa á Juan y Francisco, se dividirá por igual entre los dos: si la lega á los dos hijos de Juan y al de Francisco, se dará la mitad á los primeros, y la otra al segundo; y si alguno muere ó renuncia, su parte acrece á los demas como conjuntos (5).

Si se lega una cosa á Pedro, y despues la misma á Juan, si se entiende que la voluntad del testador fue revocar por el segundo el primer legado, se dará toda la cosa á Juan; pero si consta que á cada uno de por sí la quiso dar enteramente, ó *in solidum*,

[1] *Sanz. L.* 4 *cons. c.* 2 *d.* 19.
[2] *Greg. Lop. en la l.* 2 *t.* 25 *P.* 4.
[3] *Salm. tr.* 14 *c.* 5 *n.* 18.
[4] *Sanz L.* 4 *cons. c.* 2 *d.* 11.
[5] *Molin. tr.* 2 *d.* 197 *n.* 2.

se dará la cosa al que primero la pida, y al otro su estimacion (1). Si á uno se lega una misma cosa dos ó tres veces, solo se le debe una (2).

Cuando son dudosas las palabras del testador en alguna disposicion, no se conmuta, sino que se interpreta su mente, á juicio de hombres doctos que sepan pesar las circunstancias (3).

Los legados se acaban ó porque se quitan, ó porque se trasfieren, ó porque espiran. Se quitan ó por palabras, cuando el testador lo revoca en testamento ó codicilo posterior (4). O por hechos si borra ó tilda el legado por sí ó por medio de otro (5): si en vida del testador acaba la cosa legada, ó él le muda la forma; aunque en este último caso debe distinguirse, si la cosa puede reducirse á su antiguo estado, como la plata convertida en vaso, subsiste el legado; mas si no se puede, como en la lana de que se hizo paño, no subsiste (6). Por último, se quitan por escepcion, que es cuando sucede alguna cosa de la cual pueda presumirse que el testador mudó de voluntad; lo que pro-

[1] *L.* 33 *t.* 9 *P.* 6.
[2] *L.* 40 *del mismo.*
[3] *Lug. de Just. d.* 24 *sect.* 13 *n.* 306.
[4] *L.* 39 *t.* 9 *P.* 6.
[5] *La misma vers.* Otrosi.
[6] *L.* 42 *del mismo.*

bándose por el heredero, hace perder el legado al legatario (1).

Se trasladan los legados mudándose la persona del legatario, como dejando á Pedro lo que se dejaba á Juan; pero ha de ser con esta espresion: mudándose la cosa legada, como si primero se legaba á Juan la casa, y despues se le lega la hacienda: mudándose la persona á quien se obligaba á que pagase el legado; y finalmente mudándose la naturaleza del legado, como si de puro se hace condicional. Asi quitarlos como trasladarlos, se puede hacer en testamento ó codicilos; y para quitarlos no se requiere solemnidad, pues ni la exigen las leyes, y hemos visto que basta la presuncion de que el testador mudó de voluntad; pero debe probarse.

Espiran los legados, si el legatario muere antes que el testador: si perece la cosa legada sin mora ó culpa del heredero, siendo legado en especie: si era de cosa agena y la adquirió el legatario por título lucrativo: si el testamento se anula por falta de solemnidad, como si faltó el número legal de testigos (2); pero no si se rompe por pretericion ó desheredacion injusta (3), ó porque falte la institucion de heredero, ó este no acepte la herencia, pues en estos casos subsisten

[1] *Alvarez lib* 2 *t* 21.
[2] *LL.* 1 *y* 2 *t.* 4 *lib.* 5 *R. C.*
[3] *La l.* 1 *dicha.*

los legados, que espiran tambien siendo condicionales, si no se verifica la condicion estando en el arbitrio del legatario, pues no estándolo, como por caso fortuito, se tiene por cumplida (1).

Al legatario competen tres acciones para conseguir el legado contra el heredero ó albacea. La primera es personal por el cuasi contrato de la adicion de la herencia: la segunda es real en los legados en especie, por la traslacion del dominio de la cosa legada al legatario en el instante que muere el testador; y la tercera es hipotecaria por la tácita hipoteca que tienen los bienes del testador á favor de los legados. El legatario puede seguir la via ejecutiva contra el heredero, segun Paz, aunque otros lo niegan (2); pero no puede tomar de propia autoridad la cosa legada, sino de mano del albacea (3), y tomándola la pierde (4), si no es que tenga licencia tácita ó espresa del testador para ello (5).

Cuando la cosa legada es cierta ó determinada, puede pedirla el legatario, ó donde more el heredero, ó donde esté la mayor parte de los bienes del testador, ó en cual-

[1] *L.* 22 *t.* 9 *P.* 6.
[2] *Molin. tr.* 2 *d.* 194 *n.* 17.
[3] *L.* 1 *t.* 9 *P.* 6.
[4] *L.* 37 *del mismo t. y P.*
[5] *L.* 3 *t.* 18 *lib.* 4 *R. C.*

quiera lugar en que se halle la cosa; y si el heredero la mudare maliciosamente de un lugar á otro, deberá ponerla á su costa en aquel de donde la sacó. Mas si el legado es en general, ó de cosa que se pueda contar, medir ó pesar, se podrá pedir en el lugar en que mora el heredero, ó donde estuviere la mayor parte de los bienes, ó en cualquier otro lugar en que se empezaren á pagar los legados. Si el testador señaló lugar y tiempo, á él deberá estarse (1).

El título 11 de la Partida 6.ª adoptó la *cuarta falcidia* del derecho de los romanos, por la cual puede el heredero tomar para sí la cuarta parte de los legados, siempre que el testador ha distribuido en ellos el todo de su caudal, de modo que nada queda á aquel por la adicion de la herencia. Como el objeto que se propuso al establecerla el derecho romano, que fue que el testamento no resultara sin heredero, no tenga lugar entre nosotros, supuesta la ley 1 tit. 4 lib. 5 de la Recopilacion, opinan varios autores (2) que tampoco lo tienen la cuarta falcidia, ni la trebeliánica de que se habló en el § anterior; pero otros sostienen que sí (3); por lo que

[1] *L.* 48 *t.* 9 *P.* 6.
[2] *Gomez. lib.* 1 *var. cap.* 12 *n.* 11. *y Cevall. q. q. cons. q.* 30.
[3] *Pichardo Matienzo, Molina y Castillo, citados por Sala lib.* 2 *t.* 6 *n.* 25.

será conveniente esplicar brevemente sus circunstancias y modo de sacarla.

No tiene lugar respecto del heredero forzoso, pues este deberá sacar su legítima entera, á la cual no pueden perjudicar los legados. El valor de los bienes del difunto para sacar la falcidia, debe considerarse atendido el tiempo de la muerte del testador, deduciendo del total las deudas, los gastos funerarios y los que se hicieren por razon del testamento, ó por otros escritos pertenecientes á los bienes del difunto; aunque con respecto á los gastos de entierro debe tenerse presente que son carga del total de la herencia, cuando á ninguno se deja el quinto, pues dejándose á alguno son carga de él (1). Si hecha esta deduccion nada quedare al heredero por la distribucion de legados, tomará íntegra la cuarta parte; pero si le quedare algo, tomará lo necesario para completar su cuarta.

No están sujetos á la detraccion de la falcidia los legados piadosos ni los que se dejan en testamento militar (2), ni los de cosa cierta con prohibicion al legatario de enagenarla (3). Si el heredero pagó algunos legados sin sacar la cuarta, creyendo que bastaba la herencia para todos, deberá pagar los demas cumplidamente; si no es que despues

[1] *L.* 13 *t.* 6 *lib.* 5 *R. C.*
[2] *L.* 4 *t.* 11 *P.* 6.
[3] *L.* 6 *d. t. y P. cit.*

que comenzó á pagar se descubra alguna deuda grande del difunto que antes no se sabia, pues entonces podrá sacarla de los legados que estén sin pagar (1). No se puede sacar la falcidia cuando el testador lo prohibe (2); y se pierde el derecho á ella si el heredero no hizo inventario (3), ó canceló maliciosamente el testamento, ó los legados, ó hurtó, ú ocultó la cosa legada, siendo vencido en juicio.

Los fideicomisos particulares se distinguian segun el derecho antiguo de los legados en su forma y en su efecto; y aunque subsiste la diferencia en lo primero porque el legado se deja directamente, como diciendo: *lego á Francisco cien pesos*, y el fideicomiso oblicuamente, encargándolo al heredero y gravándolo en dar á otro alguna cosa, se derogó en lo segundo, por haberse igualado los legados y fideicomisos; de manera, que cuanto tiene lugar en los unos, ha de tenerlo en los otros (4). Por lo que nada hay que añadir sobre ellos.

La donacion *causa mortis* es cierta especie de manda, como la llama la l. 7 tit. 10 lib. 5 R., ó legado, con el cual conviene en que

[1] *L.* 6 *t.* 11 *P.* 6.
[2] *La misma.*
[3] *L. 7 d. d t. y P.*
[4] *Gutierrez comp. de Ant. Gom. cap.* 12 *núm.* 1.

se puede revocar libremente, y en que está sujeta á la detraccion de la falcidia, pero no es lo mismo que él. Para su valor bastan tres testigos y el escribano, y se puede revocar si el donatario muere antes que el donador: si este sale de la enfermedad en que la hizo, y si él mismo se arrepiente de haberla hecho (1).

§ XI.

De la sucesion por intestado.

Esta tiene lugar ó porque aquel cuyos eran los bienes hubiese muerto sin hacer testamento, ó porque este hubiese sido anulado por faltarle alguna de las solemnidades del derecho, ó finalmente, porque en él se hubiese omitido la institucion de herederos. Las diligencias que deben practicarse en el caso de morir alguno sin testamento se esplican en el § *del juicio de inventarios*, limitándonos aquí á hablar solamente del órden de la sucesion á los bienes en cualquiera de los tres casos.

Faltando el heredero por cualquiera de los tres motivos indicados entran en la sucesion de los bienes del difunto los descendientes, en defecto de estos los ascendientes, unos y otros sin limitacion de grados, y faltando am-

[1] *L. últ. t.* 4 *P.* 5.

bos los parientes colaterales, y á falta de todos el erario público (1).

Por descendientes se entienden 1.° los hijos legítimos, bajo cuyo nombre se comprenden los hijos, nietos, biznietos, y demas que desciendan legítimamente, llamándose á los primeros *hijos de primer grado*, y á los otros *hijos de grados ulteriores*. 2.° los legitimados. 3.° los adoptivos, y 4.° los ilegítimos.

Los hijos legítimos suceden todos indistintamente á sus padres, con esclusion de otros cualesquiera parientes (2), sin diferencia de grados, pues el nieto y biznieto son llamados lo mismo que el hijo, con tal que no tengan padre que esté mas inmediato que ellos: sin distincion de sexos, pues lo mismo suceden los hombres que las mugeres; y estén ó no emancipados; como igualmente los póstumos, siendo nacidos en el término y con los requisitos legales (3).

Aunque en el llamamiento á la sucesion de los padres no hay diferencia de grados en los hijos, si concurren de diversos no tienen iguales partes; por lo que conviene tener pre-

[1] *L.* 12 *t.* 8 *lib.* 5 *R. C.*

[2] *L.* 3 *t.* 13 *P.* 6.

[3] *Los requisitos legales, que ya se han esplicado en otra parte, son nacer vivo, vivir veinte y cuatro horas, ser bautizado, y nacer antes de comenzarse el onceno mes del fallecimiento del marido. L.* 8 *t.* 8 *lib.* 5 *R. C.*

sente lo que se dijo en el § 5 de la sucesion por cabezas y por familias, y distinguir tres casos. 1.° *Si solo hay hijos del primer grado, todos suceden por cabezas;* esto es, á todos corresponden partes iguales. 2.° *Si solo hay hijos de los grados ulteriores, todos suceden por linages ó familia;* esto es, se harán tantas porciones iguales, cuantos sean los hijos representados por estos, sin consideracion al número de nietos ó biznietos que los representan. 3.° *Si concurren hijos del primer grado y de los ulteriores, los del primero suceden por cabezas, y los de los otros por linages;* esto es, se harán tantas porciones iguales, cuantos sean aquellos y los representados por estos. Asi es que si un padre deja dos hijos, sus bienes se dividirán en dos partes iguales de las que se dará una á cada uno, pues suceden *por cabezas.* Si en lugar de los hijos deja un nieto de uno y dos de otro, se harán dos partes, de las que se dará una al nieto único que representa á su padre, y la otra subdividida en dos será para los otros dos, siendo la sucesion *por familias.* Si deja un hijo y tres nietos de otro, estos llevaran juntos igual porcion á la que lleve aquel, mas la dividirán entre si en partes iguales: y en ese caso hay sucesion *por cabeza y por familia.*

Los legitimados pueden serlo ó por subsiguiente matrimonio, ó por decreto de la autoridad suprema, que antes era rescripto del príncipe, y en el dia es decreto del cuerpo

legislativo; *si lo son por subsiguiente matrimonio suceden del mismo modo que los legítimos* (1); pero si lo son por rescripto es necesario distinguir si la legitimacion es para suceder ó no; en este segundo caso nada recibirán; mas en el primero sucederán, si no hay legítimos ó legitimados por matrimonio, que habiéndolos no pueden concurrir con ellos á la herencia de sus padres, madres, y demas ascendientes (2).

Adoptivos se llaman los que lo son por adopcion, y esta es de dos maneras: ó se hace de un hombre libre de la potestad paterna y con autoridad suprema, y entonces se llama *adrogado,* ó de un hijo de familia y con autoridad judicial, y entonces es *adoptivo* propiamente. Los adrogados suceden en la cuarta parte de los bienes del adrogante, y los adoptivos en todos los del adoptante (3), si ni uno ni otro tienen hijos legítimos, pues teniéndolos no suceden en nada (4).

Los ilegítimos, si son naturales, suceden al padre que no tiene hijos legítimos en el quinto (5); mas si son espurios en nada suceden;

[1] *LL.* 1 *t.* 13 *P.* 4 *y* 10 *t.* 8 *lib.* 5 *R. C.*
[2] *La d. l.* 10 *de la R.*
[3] *LL.* 8 9 *y* 10 *t.* 16 *P.* 4.
[4] *LL.* 5 *t.* 6 *lib.* 3 *y* 1 *y* 5 *t.* 22 *lib.* 4 *del Fuero Real.*
[5] *L.* 8 *t.* 8 *lib.* 5 *R. C. y Feb. reform. P.* 1 *c.* 5 § 1 *n.* 70.

BIBLIOTECA PUBLICA

aunque asi á estos como á aquellos, en el caso de que haya legitimos, parece equitativo que se les den alimentos del quinto de los bienes de que pudo disponer el padre si hubiera hecho testamento. A la madre no teniendo legítimos, suceden en todos sus bienes, no solo los naturales, sino tambien los espurios, con tal que no sean sacrílegos ni de dañado y punible ayuntamiento (1).

No habiendo descendientes, suceden los ascendientes sin limitacion de grados y con esclusion de los parientes colaterales; mas como en los ascendientes no tiene lugar el derecho de representacion debe observarse la regla siguiente. *En la sucesion por intestado los ascendientes mas cercanos escluyen á los mas remotos; y siendo de una misma línea dividen entre sí la herencia por cabezas, y si de distintas la dividen por líneas* (2): por ejemplo, si el intestado deja abuelo de una parte, y bisabuelo de la otra, solo aquel heredará, porque el mas cercano escluye al mas remoto; si concurren dos abuelos de una parte y dos de otra partirán la herencia por igual; y siendo uno de una parte y dos por la otra no se dividirá por tercias partes, sino que el uno llevará una mitad, y los otros dos la otra (3). Esta division debe ser sin hacer distincion de

[1] *L.* 7 *t.* 8 *lib.* 5 *R. C.*
[2] *LL.* 4 *t.* 13 *P.* 6 *y* 1 *t.* 8 *lib.* 5 *R. C.*
[3] *L.* 4 *t.* 13 *P.* 6.

bienes, de suerte que los paternos toquen á los ascendientes por parte de padre, y los maternos á los de madre, pues toda la herencia se debe partir indistintamente por **mitad** para cada línea; á no ser que haya costumbre de que cada ascendiente lleve lo que por su línea disfrutaba el descendiente intestado (1). Si los padres ó ascendientes del difunto no fueren legítimos, sucederán del mismo modo que hemos dicho suceden los hijos naturales y espurios á sus padres, madres, y demas ascendientes (2); pero esto no se entiende de los adoptivos, pues de estos no son herederos por intestado los padres adoptantes (3), sino sus parientes mas cercanos.

A falta de descendientes y ascendientes entran en la sucesion del intestado sus parientes colaterales. Estos pueden ser legítimos ó naturales. Para los primeros deberán guardarse las reglas siguientes. 1.ª *Los hermanos enteros, sean varones ó mugeres, y sus hijos, escluyen á todos los demas colaterales, y suceden los hermanos por cabezas, y los hijos de estos por familias* (4). 2.ª *Si solo hay hijos de hermanos enteros, que son sobrinos del difunto, heredarán todos por cabezas, y repartirán*

[1] *Alvarez, lib.* 8 *t.* 1 *con remision á las LL.* 4 *t.* 13 *P.* 6 *y* 1 *t.* 8 *lib.* 5 *R. C.*
[2] *L.* 8 *al fin t.* 13 *P.* 6.
[3] *L.* 5 *t.* 22 *lib.* 4 *Fuero Real.*
[4] *L.* 5 *t.* 8 *lib.* 5 *R. C. y* 5 *t.* 13 *P.* 6.

con igualdad entre sí la herencia del tio (1). 3.ª *Habiendo solamente medios hermanos del difunto por una línea, estos llevarán toda la herencia; pero si los hubiere por ambas, los que fueren hermanos por la línea paterna herederán los bienes paternos, y los que fueren de madre los maternos* (2); *y unos y otros partirán igualmente lo que el difunto adquirió por su industria, arte ú oficio, ó de otro cualquier modo* (3).

Para el caso de que ó el difunto ó sus parientes sean naturales se observarán las siguientes. 1.ª *Si el que muere sin descendientes ni ascendientes fuere natural, serán sus herederos los hermanos que tengan hijos de la misma madre, y los hijos de estos sin que tengan derecho alguno los hermanos que hubiese de parte de padre solamente* (4). 2.ª *Si el hijo natural que muriese intestado solo tuviese hermanos por parte del padre, serán sus herederos como parientes mas cercanos; pero si entre estos hubiere alguno legítimo, este solo será preferente á todos* (5). 3.ª *Si un legítimo muere sin dejar parientes legítimos, sino solo naturales, le heredarán los*

[1] *La misma l.* 5 *t.* 13 *P.* 6 *y* 18 *t.* 6 *lib.* 3 *del Fuero Real.*

[2] *LL.* 5 *y* 6 *t.* 13 *P.* 6.

[3] *D. L.* 6.

[4] *L.* 12 *t.* 13 *P.* 6.

[5] *D. l.* 12: *en la que fundan algunos que preferirá aun á los hermanos de madre.*

que sean de parte de madre, y los de parte de padre serán escluidos (1).

Esta sucesion entre colaterales no pasa del cuarto grado (2), aunque no faltan autores que intenten sostener que se estiende aun hasta el décimo, como se prevenia en las Partidas (3); y los bienes del que no los tiene en ese grado entran en el fisco (4), sin que tenga lugar ya la sucesion de la muger al marido, ni de este á su muger (5).

Aunque por derecho novísimo está permitido á los religiosos de órdenes que pueden poseer bienes, ser herederos por testamento (6), se les ha prohibido espresamente suceder por intestado á sus padres ó parientes por ser opuesto á su absoluta incapacidad personal, y repugnante á su solemne profesion en que renuncian al mundo y todos sus derechos temporales (7).

[1] *L.* 12 *t.* 13 *P.* 6.

[2] *LL.* 3 *t.* 9 *y* 9 *t.* 10 *lib.* 1 *R. C. que parecen derogatorias de la* 6 *t.* 13 *P.* 6.

[3] *Es dudoso si estos grados deben contarse por derecho canónico ó civil.* Nota de Alvarez.

[4] *Real inst. de* 27 *de nov. de* 1785 *y* 27 *de agosto de* 1786.

[5] *D. inst. y L.* 12 *t.* 8 *lib.* 5 *R. C.*

[6] *RR. céd. de* 29 *de nov. de* 1796 *y* 29 *de abril de* 1804.

[7] *Prag. de* 6 *de julio de* 1792.

Los bienes de los que mueren intestados se deben entregar á aquellos que tienen derecho á sucederles del modo y con el órden esplicado; mas en las sucesiones transversales se deducirá de los bienes libres, sin distincion de grados, el dos por ciento para la hacienda pública (1), de que se hallan espresamente esceptuadas las sucesiones entre ascendientes y descendientes (2).

Los herederos por intestado deben invertir algunos bienes en beneficio de la alma del difunto; mas para saber cuanto debe ser, es necesario hacer distincion de casos y herederos. Estos ó son legítimos y forzosos, ó transversales, y el difunto ó murió absolutamente intestado, ó bajo poder para testar, y el comisario no verificó el testamento. Si los herederos son descendientes ó ascendientes, ya sea que el pariente halla fallecido absolutamente intestado, ó bajo poder para testar, sin que el comisario usase de él en el tiempo prefinido por las leyes, no están obligados á distribuir todo el quinto por su alma, sino á pa-

[1] *Art.* 5 *del reglamento inserto en la cédula de* 11 *de junio de* 1801.

[2] *Art.* 2 *del mismo. Estas disposiciones que son las últimas del derecho de España sobre deducciones de los intestados, podrán haber sido modificadas ó variadas en los estados de la república como punto perteneciente á su gobierno interior.*

gar los funerales, y aplicarle los sufragios que sean de costumbre en el pais, atendido el caudal, calidad y circunstancias del difunto, sin que para esto haya de hacer el juez el inventario de los bienes (1); y lo mismo debe decirse de los transversales que heredan al que murió absolutamente intestado; pero si heredan al que falleció bajo poder para testar del que no usó el comisario en el tiempo de la ley, deben invertir el quinto íntegro dentro de un año en beneficio del alma del difunto (2), y en el caso solo de no cumplir con esta obligacion los herederos, se les compela á ello por sus propios jueces, sin que por dicha omision, y para el efecto referido se mezcle ninguna justicia eclesiástica ni secular en inventariar los bienes (3) (*).

[1] *L.* 16 *t.* 4 *lib.* 5 *R. C. y el argumento de la* 10.

[2] *D. l.* 10 *t.* 4 *lib.* 5.

[3] *Cédula de* 20 *de junio de* 1766 *en que se inserta la pragmática de* 2 *de febrero del mismo año.*

[*] *Sala en el n.* 13 *del t.* 8 *del lib.* 2, *dice que esta prohibicion de poderse mezclar la justicia á formar inventario de la herencia del difunto intestado se entiende, como lo indica la ley, limitada al caso en que pretendiere hacerlo á título de que el heredero no quisiera gastar lo correspondiente al bien del alma. Mas lo podrá formar si los herederos fueren menores ó es-*

Para el conocimiento de las testamentarías y recaudacion y distribucion de los bienes de los que morian intestados sin dejar notoriamente herederos, ó con testamento, pero con herederos que vivian fuera del distrito de cada audiencia, se estableció el *juzgado de bienes de difuntos*, de cuya ereccion y facultades se trata largamente en el tit. 32 del lib. 2 de la Recopilacion de Indias, y en la Recopilacion de Beleña desde el n. 119 al 132 del último foliage. Mas habiéndose estinguido los juzgados privativos por la ley de 9 de octubre de 1812 se devolvió el conocimiento de los intestados á los jueces de primera instancia conforme al art. 32 del cap. 2 á cuya disposicion deberá estarse, á menos que las leyes particulares de los estados hayan determinado otra cosa. Las diligencias que deben practicarse en el caso de un intestado que no deje herederos, se esplican en el § del juicio de inventarios.

tuvieren ausentes, con la circunstancia de que sea necesario para contar el dinero ó inventariar alhajas preciosas, sin gastar en ello mas de dos dias, ni llevar mas derechos que treinta reales por mañana y otros tantos por tarde y cita á Febrero en el lib. 1 cap. 1 § 1 n. 16.

§ XII.

Del cónyuge viudo.

Al cónyuge viudo han concedido las leyes cierto derecho á los bienes de su cónyuge, y al mismo tiempo le han impuesto ciertas obligaciones que ha parecido conveniente reunir y esplicar en este §.

I. Tiene derecho el cónyuge que sobrevive á la mitad de los bienes gananciales habidos durante el matrimonio. Este derecho se funda en la sociedad, ó *compañia legal* que hay entre los casados, como efecto civil del matrimonio (1). No tiene lugar en el caso de divorcio, pues el cónyuge que dió motivo á él, pierde el derecho á los gananciales; tampoco en el de apostasía de cualquiera de ellos; y aunque por derecho antiguo se perdia por el delito de traicion, abolida por el nuestro constitucional la pena de confiscacion, que le era consiguiente, y causa de aquella pérdida, subsiste el derecho. Tambien lo pierde á favor de los herederos de su marido la viuda que vive deshonestamente (2).

No se reputan bienes gananciales los que tenian los cónyuges antes del matrimonio,

[1] *Todo el t. 9 lib. 5 R. C.*
[2] *L. 5 del mismo.*