

124 Quando hay mejora de tercio, y quinto entre diversos descendientes, debe deducirse primero éste que aquel por favor del alma del ascendiente, segun se dispone en la ley 214 del Estilo, que está en uso. El quinto es la única hacienda que el Testador tiene para disponer á su arbitrio en virtud de la ley 28 de Toro. Si se sacase antes el tercio, se gravaria al ascendiente, y al mejorado ó legatario del quinto, porque entonces importa este la tercera parte menos que si se sacase primero; fuera de que en este caso no se podria decir que disponia del quinto de todos sus bienes como se lo permite la ley. Pero quando es un descendiente solo el mejorado en ambos, y bajando de qualquiera suerte el quinto, caben en él los gastos funerarios, Misas, y Legados, lo propio es deducirlo antes que despues del tercio, porque como el residuo de aquel se agrega á éste, percibe el mejorado lo mismo, y en nada se le perjudica; todo lo qual se observa comunmente en la práctica, y está executoriado repetidísimas veces. Dudan algunos como ha de deducirse el tercio quando el Testador mejora en él á un hijo, y lega á otro, ó á un estraño el quinto, porque si se saca primero éste con arreglo á la ley del Estilo, y del resto de sus bienes el tercio, no se verifica ser mejorado en el de todos, sino en el del residuo, ni se cumple la voluntad del Testador, arreglada á la ley de Toro, que le permite disminuir la legítima de algunos de sus descendientes en el tercio íntegro, y aplicarlo á los otros, por lo qual dicen debe deducirse el quinto, y luego sacar de todo el importe del caudal del Testador el tercio, como si el quinto no se hubiera deducido. Esta sutileza se funda en un supuesto falso, porque baxar el quinto, y suponer que no se ha baxado para sacar el tercio íntegro, es una ficcion; y aunque la ley de Toro permite al Testador disminuir la legítima, y mejorar á algunos de sus descendientes en el tercio de todos sus bienes, debe entenderse, no disponiendo del quinto, pues si dispone, la mejora del tercio ha de ser del residuo, que es la legítima que se le permite disminuir: lo demas será sacarlo de caudal que ya no hay existente, y con una ficcion aérea perjudicar á los no mejorados, por lo que, para evitar dudas, y disputas prevendrá el Escribano al Testador que mande deducir el tercio de lo que quede de sus bienes, despues de separado el quin-

to, como se practica, y sino, que se saque antes que éste.

125 Si el Testador manda que se deduzca primero el tercio, se deducirá, porque como el quinto es hacienda suya, puede renunciar, ó no usar de la ley del Estilo que está establecida en su beneficio (1). Si dexa tantas mandas graciosas que no caben en el quinto, se ha de mirar qué parte legó mas que lo que podia, v. gr. si es quarta, quinta, sexta, &c., y luego proratear el resto (baxados previamente los gastos de su funeral, Misas, y legados pios), entre todos los legatarios, y el del quinto, sacando de cada legado la parte que le corresponde, atendida su cantidad, ó importe, y de esta suerte será justa la deduccion; pero esto se limita en los legados específicos, los quales no deben entrar en el prorateo, sino darse íntegros á los legatarios, porque estos adquieren dominio en ellos, y los hacen suyos al instante que muere el Testador, y como conocidos son de mejor condicion que los genéricos.

126 Las hijas no pueden ser mejoradas por razon de dote, ni casamiento en contrato entre vivos, ni se entiende serlo tácita, ni expresamente; y asi, aunque sus padres las mejoren por esta causa, no vale la mejora (2); ni por consiguiente vale tampoco el pacto ó promesa que por esta razon haga el padre á su hija ó yerno de no mejorar á los demas hijos, porque por este pacto es visto ser mejorada en algun modo, respecto privarse el padre de mejorar á los otros hijos, y recaer precisamente en ella la parte de mejora que entre ellos se habia de partir (3), si su padre los mejorara (a). Pero por Testamento, ú otra última voluntad, pueden ser mejoradas, porque no hay ley que lo prohiba, y lo que por derecho no

(1) Ley Si quis in conscribendo 29. Cod. de Pact. Cifuent. en la 25. de Toro cerca del fin. (2) Ley 6. tit. 3. lib. 10. N. R. y nota 1. Baeza de Non meliorand. filiab. cap. 4. y sig. (3) Aceb. en la ley 6. tit. 6. lib. 5. R. n. 24. Gutier. de Juramento confirmat. part. 1. c. 59. n. 14.

(a) El pacto ó promesa que haga el padre á la hija de no mejorar á los demas hermanos, no puede considerarse como una mejora respecto de ella. La ley solo prohibe una desigualdad á favor de la hija por via de dote, pero no que el padre se obligue á guardar una igualdad dictada por la razon, en que interesa tambien la tranquilidad y armonia de las familias. Es quanto se puede cabilar contra las mugeres, y un enigma indisoluble, el decir que la privacion de mejorar es mejora.

está prohibido, se entiende permitido. Lo propio parece sucederá por contrato entre vivos, con tal que la causa impulsiva y final de la mejora, no sea el casamiento, ó aunque lo sea, no exceda la dote de la renta que señala la *ley 7. t. 3. l. 10. N. R.*, en cuyos casos aunque supere á la legitima que les debe corresponder, atendido el valor de los bienes que dexen sus padres, ó el que las mejoró, parece no tendrán obligacion de restituir el exceso, y que se les imputará todo en legitima; mas no obstante, vease sobre ello lo que digo en mi segunda parte, que es lo que se debe seguir como mas cierto en mi concepto. Y sin embargo de que la *ley 29. de Toro*, que es la *5. t. 3. l. 10. N. R.* dice que para llamarse inoficiosas las dotes, se ha de mirar si exceden del tercio, quinto, y legitima, y si caben en los bienes que dexa quando muere el que las dió, ú ofreció, ó en los que tenia quando las mandó, segun quisiere elegir la persona á quien fueron prometidas y mandadas, hoy no tiene lugar esta eleccion, porque las hijas no pueden ser mejoradas por contrato entre vivos, sino en los dos casos propuestos, y en el que explicaré en mi citada segunda parte, en donde trataré de este punto con mas extension, como en su propio lugar.

127. Los descendientes no mejorados deben pagar á los que lo son, el valor del tercio y quinto, ó al extraño el de éste en los mismos bienes que el Testador señaló, y no en dinero, y no habiendolos señalado, en la parte de hacienda que dexó, á menos que esta no pueda dividirse cómodamente, que entonces pueden satisfacerse en dinero (1). Se previene que aunque el Testamento se rompa por pretericion, ó exheredacion, valen las mejoras de tercio y quinto, del mismo modo que sino se rompiese (2); pero para que sean válidas, ha de constar de la legal solemnidad.

128. Si los ascendientes se obligan por contrato entre vivos á no mejorar á descendiente alguno, y luego lo mejoran, no valdrá la mejora; pero si en la misma forma prometen mejorarlo por razon de casamiento, ó por otra causa onerosa, deben ser obligados á cumplirlo, y si no lo hicie-

(1) *Ley 20. de Toro*, que es la *4. tit. 6. lib. 10. N. R.* (2) *Ley 24. de Toro*, que es la *8. tit. 6. lib. 10. N. R.*

ren se habrá por hecha la mejora despues de su fallecimiento (1). Si esta mejora fuese perfecta, y hecha simplemente por contrato entre vivos, no se podrá imponer despues condicion, ni gravamen en ella (2).

129. Si el ascendiente mejora en el quinto de sus bienes por donacion pura inter vivos á alguno de sus legítimos descendientes, ó á otro por Testamento, ú otra última voluntad, y no dispone del tercio, valdrán ambas mejoras sin embargo de que la *ley 28. de Toro* prohibe á los ascendientes mandar mas de un quinto en vida y muerte (3). La razon es, porque si tiene potestad para mejorar á alguno, ó algunos de ellos en el tercio, y quinto de sus bienes libres, con mucha mayor razon la tendrá para mejorarlo en el segundo quinto, y en este caso como que su importe es menor que el del tercio, queda el exceso á beneficio de los demas coherederos, aumentandose en esta parte su legitima respectiva.

130. Pero se duda de qual de los dos quintos se deberán sacar los gastos de entierro, funeral y misas. Ayora dice que deben deducirse del quinto legado en el Testamento, porque en la donacion inter vivos irrevocable hecha puramente, no puede el donante imponer despues condicion, ni gravamen alguno al donatario sin su consentimiento: que quando pudo, fue al tiempo de hacerla, por haber tenido para ello libre facultad: que el primer quinto atendida la qualidad de las personas, se entiende haber sido donado en lugar del tercio, no constando expresamente lo contrario de la voluntad del donante, el qual asi como lo donó á su descendiente, pudo haberle donado el tercio, quarto, ó sexto á su arbitrio; y que si esto no se entendiera asi, se gravaba demasiado, porque se privaba de la facultad de testar y legar, la que es visto haberse reservado para el tiempo de ordenar su Testamento, como mas propio, regular, y adecuado, testando en uso de ella del segundo quinto unico patrimonio suyo libre, que teniendo descendientes, le concede la *ley 28. de Toro*. Esta opinion como mas arreglada, que la de otros

(1) *Ley 22. de Toro*, que es la *6. tit. 6. lib. 10. N. R.* (2) *Ley Perfecta donatio 4. Cod. de Donat. quæ sub modo*, Gom. en la *17. de Toro*, n. 22. (3) *Mat. en la ley 12 tit. 6. lib. 5. R. glos. 3. y 4. Angulo de Meliorat. glos. 1. n. 3. 4. y 5. Ayora, de Partit. part. 2. quæst. 8.*

AA. que estan por la contraria, es la que sigo en el lib. 2. cap. 1. de mi segunda parte. En efecto el primer quinto debe estimarse como parte del tercio, y en cuenta de él, y de consiguiente como una donacion pura é irrevocable, sobre la qual no puede imponerse gravámen ni condicion alguna.

131 Si mejora únicamente en el tercio á alguno, ó algunos de sus descendientes legítimos, no dispone del quinto, y manda que el mejorado en el tercio pague los legados de su Testamento y gastos del entierro y misas del tercio en que le mejora, estará obligado á pagar y cumplir todo esto hasta en la cantidad á que ascienda el quinto de todos los bienes del padre, y no mas; porque el exceso es parte del tercio, y éste legitima de los descendientes, á la qual no se ha de tocar en su detrimento. Si mejora en el tercio de todos sus bienes á uno de sus descendientes, y no hace mejora del quinto á él, ni á otro, se sacarán del quinto los gastos del entierro, misas y legados, y si sobrare algo, se sacará el tercio del sobrante, y el resto se agregará al cuerpo de bienes que haya resultado, deducido el tercio de la mejora, y el quinto, repartiendose todo por iguales partes entre todos los herederos. De lo contrario no se cumple la voluntad del Testador, que quiso mejorar en el tercio íntegro de todos los bienes que quedasen despues de deducidos los gastos y expensas referidas, al descendiente, por cuya razon no dispuso de todo el quinto como podia (1). Lo propio debe practicarse, quando el legatario muere antes que el Testador, porque como aquel no adquirió derecho al legado, recae en los herederos de éste, y no pasa á los del legatario, no constando lo contrario de la disposicion en que se hizo.

132 Si los bienes de la mejora de tercio y quinto están entregados en vida al mejorado, parece que de este quinto no se deben deducir los gastos y legados referidos, sino de el de los demas bienes, porque como el mejorado se hizo dueño de aquellos por la entrega y donacion inter vivos, no se le podrá desmembrar cosa alguna, por no ser ya del Testador; pero lo cierto es que deben deducirse de él los gastos funerarios y misas, y no los legados, porque como habiendo tercio entre

(1) Ayora, de Partit. part. 2. quæst. 5. y 10.

descendientes, no puede haber mas que un quinto, del qual se hizo dueño el mejorado por la entrega, y el Testador usó en vida de toda la potestad legal que tenia, nada tuvo que legar en muerte. Mas esto no procederá quando en la donacion impone el gravamen de satisfacerlos, pues entonces debe pagarlos el mejorado hasta en donde alcance el quinto, y no mas. Se previene que si los mejorados son muchos, y el Testador no señala á cada uno la parte, ó quóta que ha de percibir, se debe dividir igualmente entre todos la mejora, porque no puede ser mas que una.

133 Pueden los ascendientes revocar hasta su muerte la mejora hecha á sus descendientes en contrato entre vivos, ó ultima voluntad, por las causas, porque se permiten revocar las donaciones perfectas, de que trataré en el cap. III. á menos que siendolo por contrato entre vivos, hayan entregado al mejorado, ó á quien le represente, la posesion de los bienes de ella; ó á presencia de Escribano la escritura, ó que en ésta se haya reservado la facultad de revocarla, ó que el contrato se haya celebrado con tercero por causa onerosa, v. gr. por casamiento, remuneracion, ó otra semejante, que en estos quatro casos es irrevocable (1). Y al modo que siendo hecha simplemente, se amplía, y estiende no solo á los bienes presentes, sino á los futuros del mejorante, si éste no lo limitó, y concurrieron las circunstancias referidas; asi tambien su irrevocacion; pero no al quinto, porque es revocable hasta la muerte (2); bien que sobre esto hay variedad de opiniones.

134 Si marido, y muger mejoran de conformidad constante matrimonio á alguno de sus descendientes por Testamento, ú otra ultima voluntad, podrán revocar la mejora, en consecuencia de la ley 17. de Toro que dice: *Salvo si fuere hecha la dicha mejora por contrato entre vivos, oviere entregado la posesion de la cosa, y cosas en el dicho tercio contenidas á la persona á quien la hiciere*, de que se prueba que la irrevocacion se entiende quando la mejora del tercio es hecha por contrato entre vivos, y no en ultima voluntad, y que

(1) Ley 1. tit. 6. lib. 10. N. R. Mat. en ella, glos. 9. 10. y 11.

(2) Gom. en la ley 17. de Toro, n. 10. 11. 12. y 13.

quando se hace en ésta debe seguir su naturaleza; sobre lo qual véase á Gom. en dicha ley n. 24.

## §. V.

## De los desheredamientos.

135 Queda explicado quiénes pueden y deben ser instituidos por herederos: resta expresar por qué causas pueden ser desheredados, y perder la herencia, aunque en virtud de institucion hayan entrado en ella. *Desheredar es cosa que tuelle á omz el derecho que habia de heredar los bienes de su padre ó de su abuelo, ó de otro qualquier quel tangá por parentesco* (1). El que es capaz de testar, puede desheredar á otro de sus bienes (2). Pero si el Testamento en que fuese desheredado se rompiese por algun motivo legal, ó se desatase porque los herederos instituidos no quisiesen entrar en la herencia del Testador, entonces el que fuese desheredado en tal Testamento no le empecteria. El desheredamiento no tiene lugar propiamente, sino respecto de los descendientes y ascendientes legítimos. Debe hacerse nombrando el Testador al desheredado por su nombre y apellido, ó por otra señal cierta y verbal, que no dexé duda de su persona, ya sea varón ó hembra, que esté ó no en poder del Testador (3). El que fuese desheredado lo ha de ser sin condicion alguna en todos los bienes, y no en una cosa tan solamente (a), y de lo contrario no valdrá, porque ninguno puede ser en parte heredero, y en parte desheredado (4), al modo que tampoco puede representar, y no representar al Testador. Pero el póstu-

(1) Ley 1. tit. 7. P. 6. (2) Ley 2. tit. 7. P. 6. (3) Ley 3. tit. 7. P. 6.

(a) Las leyes de Toro ni otra alguna de las recopiladas han derogado la de Partida, en quanto dispone que la desheredacion no puede hacerse condicionalmente, ni solo de parte de la herencia; antes bien la ley 24 dice que quando el testamento se rompa por pretericion ó desheredacion, valgan las mejoras de tercio y quinto que se hubieren hecho en él, dexando en su fuerza y vigor todas las leyes de Partida que establecen la nulidad del testamento en el caso de desheredamiento.

(4) Leyes Cum Quidam 19. ff. de Liber. & posthum. Si ita quis 74. ff. de Hæredib. instituend. y 3. al fin, tit. 7. Part. 6. Molin. de Hisp. primog. lib. 1. cap. 9. n. 20.

mo no puede ser desheredado, porque hoy se requiere causa, y á lo menos la edad de 10 años y medio para serlo (1).

136 En estos Reynos de Castilla tienen facultad los padres de desheredar á sus hijos por muchas causas. La primera, por poner en ellos las manos ayradas para prenderlos ó herirlos, ó maquinár su muerte con yerbas, veneno, ó en otra forma, ó su daño, de suerte que pierdan, ó se les menoscave gran parte de su hacienda, ó acusarlos de delito que tenga la pena de muerte ó de destierro; pero si el crimen es de lesa Magestad, y los hijos lo prueban, no deben ser desheredados por esta razon (2).

137 La segunda, por infamarlos de modo que valgan menos: ó tener acceso carnal con su madrastra, ó con otra muger que tuviese su padre paladinamente por amiga, ó ser hechiceros, ó encantadores, ó vivir con los que lo son (3).

138 La tercera, si estando preso por alguna deuda, no los quisieren fiar en quanto pudieren; pero esta causa no comprende á las mugeres á quienes por derecho está prohibido ser fiadoras: ó por impedirles que testen, pues si luego hacen Testamento, pueden desheredarlos. Si impiden á su padre que dexé algun legado á otro, puede el legatario acusarlos de este delito, y probandoselo, deben perder la parte que debian haber de la herencia del padre, é ser del Rey. En este caso deben los Legatarios haber su legado, si se probáre que el Testador tenia voluntad de mandárselos, si hubiese hecho el Testamento (4).

139 La quarta, por lidiar por dinero con hombre, ó bestia contra la voluntad de su padre, ó hacerse Juglares, no siéndolo éste. La quinta, quando dotando el padre á la hija segun su clase, y sus bienes, resiste casarse contra su voluntad, y despues se hace ramera; pero si quiere, y su padre lo difiere hasta los 25 años, pasados que sean, aunque se prostituya, ó se case contra su voluntad, no puede desheredarla (5) (a).

(1) La misma ley 2. tit. 7. P. 6. (2) Ley 4. tit. 7. P. 6. (3) Dicha ley 4. (4) Ley 4. tit. 7. P. 6. (5) Ley 5. tit. 7. P. 6. Greg. Lop. en ella.

(a) Por la Pragmática-sancion de 23 de Marzo de 1776, se impusieron varias penas á los hijos que se casasen sin la licencia ó consentimiento de sus padres, dirigidas á contener los abusos que se habian introducido en esta