

155 Tampoco debe serlo el traydor declarado, ni sus hijos varones, y estos no solo están privados de heredar á sus padres, sino á otro qualquiera pariente ó estraño, y de ser legatarios; pero las hijas pueden heredar la quarta parte de los bienes de sus madres (1). En la misma pena incurren los que dan consejo, ó ayudan á hacer la traycion: los bienes de todos estos recaen en el Fisco, excepto que toquen á tercero, v. gr. muger, ú otro acreedor: y sus hijos quedan infamados para siempre (2).

156 Los Religiosos de San Francisco, asi de Observancia como de Reforma, y sus Conventos no pueden ser herederos (3): Pero acerca de esto vease lo que diré en el §. XVII. Asimismo no puede serlo el que vió herir, matar, ó cautivar á su Señor, y no lo socorrió pudiendo, ni tampoco el alevoso (4). El confesor que asiste al Testador en su última enfermedad, no puede heredarle, ni haber manda, fideicomiso, ni otra cosa suya, ni su Iglesia, Convento, ni deudo, ni vale lo que estando en la enfermedad les dexa; y el Escribano que autoriza semejante disposicion incurre por la primera vez en pena de 200 ducados, y suspension de oficio por dos años; y por la segunda en doble multa, y privacion de oficio, y cada uno de los testigos instrumentales en la de 20 ducados (5). A los Eclesiásticos, é Iglesias está prohibido adquirir bienes raíces por Testamento, compra, ó en otra manera sin licencia del Rey, y retener sin ella los que llegaren á sus manos por Testamentos, Aniversarios, y Capellanías (6); pero esto no está en observancia. Inferese de todo lo dicho, que de los que tienen prohibicion de heredar unos se llaman *incapaces*, y otros *indignos*. Los indignos son aquellos, que aunque por derecho no se les prohíbe ser instituidos, se les quita la herencia, y se aplica al Fisco, ó á los parientes *ab intestato*, como son los nacidos de dañado ayuntamiento. Y de los incapaces, unos lo son absolutos, y otros li-

(1) Leyes 2. tit. 2. P. 7. y 1. 2. y 3. tit. 7. lib. 12. N. R. (2) Dichas leyes citadas. (3) Clementin. Exivi: versic. Quia igitur: de Verbor. significat. Concil. Trident. Ses. 25. cap. 3. de Regularib. (4) Ley 11. tit. 5. lib. 3. del Fuero Real. (5) Ley 15. tit. 20. lib. 10. N. R. y nota 1. de la ley 16. d. t. (6) Auto 2. tit. 10. lib. 5. Recop.

mitada, ó respectivamente; los que lo son absolutamente, son los que tienen prohibicion de testar por delito que cometieron; y los otros, los que en ciertos casos no pueden ser instituidos, v. gr. los hijos naturales habiendolos legítimos (1).

## §. VIII.

De los herederos *ab intestato*.

157 Dos son los modos de suceder en estos Reynos, por *testamento*, y *ab intestato*. Hemos explicado en los §§. anteriores todo lo concerniente á la materia de testamentos, y á las sucesiones que de ellos se deriban; y para tratar de las herencias *ab intestato* diremos primeramente que el hombre puede morir intestado de quatro maneras. La primera, quando no hace testamento verbalmente, ni por escrito, teniendo potestad para hacerlo. La segunda, quando lo hace; pero no observa en su ordenacion y otorgamiento lo que por derecho está prescripto. La tercera, quando aunque lo haya ordenado como debe, se rompe despues por la supernascencia de algun hijo de quien no hizo mencion específica, ni genérica; pero en parte están derogadas dichas leyes, porque siendo otorgado el testamento con la solemnidad prevenida, se rompe solamente en quanto á la institucion de heredero, como dexo expuesto, y lo dice la ley 1. t. 18. l. 10. N. R. Y mandamos que el testamento que en la forma susodicha fuere ordenado, valga en quanto á las mandas, y otras cosas que en él se contienen, aunque el Testador no haya hecho heredero alguno. Si contiene la cláusula codicilar, valdrá en todo lo que por derecho puede valer, que es en la mejora de tercio y quinto, pues sin embargo de que no haga mencion de ella, la llevarán los herederos instituidos, y el preterido su legítima, y no mas, como dexo dicho; y para obviar este inconveniente y perjuicio, se ordenará la institucion en esta forma: *Instituyo y nombro por mis herederos en partes iguales á Pedro y Juana mis dos hijos legítimos, y á los demas descendientes de legítimo matrimonio, que por su orden y grado de-*

(1) Murillo, lib. 3. tit. 26. de Testam. n. 244.

ban heredarme con arreglo á derecho, con cuyo adictamento aunque el Testador se case muchas veces, y tenga descendientes legítimos, no se podrá alegar pretericion aunque no vuelva á testar, porque no la hay, ni por consiguiente habrá *ab intestato*, por ampliarse genéricamente á todos la institucion. Pero se duda si morirá *ab intestato* el que no teniendo al tiempo de testar hijo alguno nacido, ni póstumo, nombra genéricamente por sus herederos ex testamento, ó en poder para testar á los hijos que procrear constante su matrimonio, y fallece baxo de esta disposicion sin haberlos declarado específicamente; como tambien si el comisario podrá llamarlos, ó expresar sus nombres en el testamento que ordene en virtud del poder. En quanto á lo primero soy de parecer que morirá intestado, porque el heredero debe existir, y ser nombrado por su nombre y apellido, ó con señales tan claras, que no se dude de él; y en este concepto se entiende la ley que queda citada, con arreglo á la qual está estendida la inserta cláusula. Y en en quanto á lo segundo diré, que la institucion de heredero es privativa del Testador y no del comisario. Los hijos como que son herederos forzosos del padre no es necesario que sean nombrados específicamente: basta que en general se los instituya, y en este caso las funciones del comisario se reducen á expresar con individualidad sus nombres.

158 La quarta, quando hace testamento perfecto con nombramiento de heredero, y éste no quiere aceptar la herencia; y en quanto á ésta digo lo mismo que de la tercera, pues verificado este caso, sucederá el pariente más cercano del Testador, y no habiendolo hasta el décimo grado, la llevará el Fisco (1); bien que hoy no pasa del quarto civil, como diré mas adelante. Pero si nombró substituto, la percibirá éste como segundo heredero; y en ambos casos valdrá todo lo demas que el testamento contenga, constando de la solemnidad legal de testigos, y siendo conforme á derecho (2), como queda explicado.

159 Esto supuesto, para que el Escribano se instruya ra-

(1) Ley 1. tit. 22. lib. 10. N. R. (2) Ley 1. tit. 18. lib. 10. N. R. Mat. en ella glos. 14.

dicalmente en esta materia de sucesiones *ab intestato* se advierte que el parentesco es de tres maneras: *espiritual*, *natural* y *legal*. El espiritual es el que proviene del Bautismo y Confirmacion (1). El natural, de que aqui se trata, es el que procede de la consanguinidad, y tiene tres lineas, una de descendientes, como son: hijos, nietos, viznietos, &c. otra de ascendientes, v. gr. padres, abuelos, visabuelos &c. y otra de transversales, ó colaterales, como son: hermanos, primos carnales, primos segundos, tios, sobrinos y demas parientes por consanguinidad (2), de lo qual, y del modo de contar los grados de este parentesco segun derecho Civil y Canónico; formar y entender los árboles genealógicos, y de otras cosas trataré difusamente en el cap. de los Mayorazgos, Patronatos y Capellanías. Y el legal es el que dimana de la adopcion por ministerio y disposiciones Civiles, Reales y Canónicas (3), ya sea la adopcion perfecta, que es quando el adoptado pasa al poder del adoptante, ó imperfecta, que es quando no pasa, de las quales la perfecta tiene tres lineas como la cognacion natural y consanguinea: una recta entre el adoptante, adoptado y descendientes de éste: otra transversal entre el adoptado, é hijos carnales del adoptante; y la otra de afinidad entre el adoptante y la muger del adoptado. Este parentesco de afinidad, que es proximidad de personas proveniente de ayuntamiento carnal, impide el casamiento entre los afines hasta el quarto grado; y si está hecho, lo anula como impedimento dirimente (4); pero sin embargo no nace de él parentesco alguno, como sucede en el de consanguinidad, ni dá derecho á la sucesion de los bienes de los afines (5). Asimismo se advierte que los hermanos tienen diversos nombres: unos se llaman *germanos*, y son los hijos de un mismo padre y madre: otros *consanguineos*, y son los de un padre y de diversas madres; y otros

(1) Cap. 4. 5. 6. 7. y fin. de Cognat. Spirituali y el tit. 7. P. 4. (2) Leyes 1. y 2. tit. 6. P. 4. y 2. tit. 13. P. 6. y el tit. de Consanguinitate. (3) Leyes 7. y 8. tit. 7. y 1. tit. 16. P. 4. y cap. unic. de Cognat. legali. (4) Leyes 12. y 17. tit. 2. y 5. tit. 6. P. 4. Concil. Trident. ses. 24. de Reformat. matrim. Covar. de Matrim. cap. 6. §. 1. y 7. Sanchez lib. 7. de Matrim. disp. 64. y sig. (5) Ley Afinitatis 7. Cod. commun. de Succes. y dicha ley 5. tit. 6. P. 4.

uterinos, y son los de una madre y de distintos padres. Y últimamente se advierte, que así como los descendientes suceden á sus ascendientes hasta lo infinito por derecho natural y positivo, suceden *ab intestato* los transversales hasta el grado que diré, á sus parientes por mera disposición y presunción legal, porque la ley presume que el difunto si hubiera testado, los hubiera instituido, mediante la afición que por la consanguinidad les tendria, como es natural, y por esta sola razon se llaman tambien *legítimos*, aunque no *forzosos* como los otros.

160 Sentados estos principios como reglas precisas para la inteligencia de la sucesion, digo que si el padre, la madre, abuelos, ó algunos de los demás ascendientes legítimos muere intestado, heredarán sus bienes el hijo, ó nieto suyo legítimo, ó los que sean en mucho, ó poco número sin distincion de agnados ni cognados, que es de varones y hembras, ya estén en su poder, ó fuera de él (1). Si los hijos son muchos, heredarán todos *in capita*, que es con igualdad; y lo propio sucederá si concurren muchos nietos hijos de un hijo muerto, y no hay mas hermanos de éste; pues habiendolos, heredarán *in capita*, y los nietos *in stirpem*: quiero decir, que cada uno de los hermanos llevará tanta legítima como todos los hijos de su difunto hermano, porque éste como su cabeza, á quien representan, no llevaria mas, si viviera. Y si dexa un nieto solo hijo de un hijo muerto, y dos ó mas de otro, le heredará aquel *in capita*, representando á su padre, y estos *in stirpem* en representacion del suyo (2).

161 Si el hijo legítimo muere *ab intestato* sin dexar descendientes, deben sus padres como mas inmediatos consanguíneos heredar todos sus bienes, y sus abuelos nada (3), porque entre ascendientes no se sucede por representacion como entre descendientes, si no por la proximidad de parentesco; y aunque el muerto dexa hermanos, no han de concurrir con sus padres, ni demás ascendientes á la division de la herencia, segun lo manda una ley de Toro Recopilada (4), que

(1) Leyes 3. tit. 13. P. 6. y 6. de Toro, y Meminimus 15. Cod. de Legitim. hæred. Auth. In successione Cod. eod. tit. (2) Leyes 3. tit. 13. P. 6. y 2. tit. 20. lib. 10. N. R. (3) Leyes 4. tit. 13. P. 6. y 6. de Toro. (4) Ley 7. de Toro, que es la 2. tit. 20. lib. 10. N. R.

corrige en esta parte otra de Partida, y una Auténtica concordante con ella (1).

162 Si fallece sin dexar descendientes, ni padres, pero sí abuelos, ya sean por linea paterna ó materna, heredarán estos con igualdad sus bienes, y si no hubiere mas que un abuelo por una linea, aunque haya dos por la otra, percibirá aquel tanta parte de herencia como los otros dos juntos, de suerte que llevará la mitad de los bienes de su nieto, y los otros dos la otra mitad, y los hermanos y sobrinos del muerto nada (2); porque con la linea recta no concurre la transversal, por ser de distinta naturaleza, y estar en grado mas remoto. Si dexa un abuelo por una linea, y un visabuelo por la misma, ó por la otra, llevará toda la herencia el abuelo como su mas propinquo pariente, y el visabuelo nada, al modo que quando concurren padres y abuelos, no heredan estos cosa alguna.

163 Si dexa solamente hermanos por qualquiera de las dos lineas paterna ó materna, y un sobrino hijo de otro hermano muerto, le heredarán todos *in capita*: los hermanos por su propio derecho como mas inmediatos consanguíneos, y el sobrino por el de representacion de su padre, que se le estima como vivo; pero si los sobrinos son dos, ó mas, heredarán *in stirpem*, quiero decir, que partirán igualmente entre sí la porcion que su padre ó madre si vivieran, heredarían de su tio y hermano (3). Lo mismo se deberá practicar *ex testamento*, quando sobreviven al Testador los hermanos que instituyó, y antes de partir sus bienes fallece uno de ellos dexando hijos; y quando el que entra en religion, y no tiene herederos forzosos, hace renuncia á favor de sus hermanos sin otra prevencion ni limitacion, y despues que profesa, muere uno de estos con hijos; pues en uno y otro caso como los hermanos adquirieron derecho por su supervivencia, se dividirá su respectiva parte entre sus hijos, y se observarán las reglas del *ab intestato* sin la mas leve diferencia.

164 Pero no sucederá así quando el Testador nombra por herederos v. gr. á tres hermanos que entonces tiene, si al

(1) Leyes 4. tit. 13. P. 6. y Auth. Defuncto, Cod. de Legit. hæred. (2) Leyes 4. tit. 13. P. 6. y 7. de Toro. (3) Ley 5. tit. 13. P. 6.

tiempo que fallece no vive mas que uno de ellos; pues éste llevará su herencia íntegra, y los hijos de los otros dos que le premurieron, no entrarán á partir con él *in capita*, ni tampoco *in stirpem*, á pretexto de que sus padres vivian quando testó, y fueron instituidos juntamente con su tío, y de que por su representacion deben heredarle como éste, porque se subrogan en su lugar, y lo ocupan. Lo primero, porque los sobrinos no fueron instituidos específica ni genéricamente, ni tuvieron derecho á serlo, ni el mas leve á los bienes de su tío contra su voluntad. Lo segundo, porque las palabras se deben entender naturalmente segun su propio genuino y verdadero significado, y no impropriamente. En el nombre apelativo de hermanos, vienen y se comprehenden los existentes en segundo grado civil, y no los ulteriores (1); y el derecho no concede representacion *ex testamento* entre los transversales, sino *ab intestato*, y esto en el caso y grado referidos, y no en otros. Lo tercero, porque en la disposicion del Testador se debe considerar como mas natural la mayor aficion y proximidad de grado que la remota (2). Lo quarto, porque si hubiera querido que á falta de sus hermanos le heredasen los hijos de estos, los hubiera llamado y substituido, y prevenido este caso, en el que siendo simple el llamamiento del hermano por su propio nombre, y el de los sobrinos con modo colectivo, heredarían *in stirpem* como en el *ab intestato*; ó los hubiera instituido en disposicion nueva posterior al fallecimiento de sus padres (3), respecto haber tenido tiempo para ordenarla. Y lo quinto, porque del que está vivo no hay herencia, legados, ni herederos. Por la mera institucion no se adquiere derecho á los bienes del que la hace, es indispensable que se confirme con su muerte, hasta la qual por ser revocable, no se puede estimar por tal. Tambien es preciso que le sobrevivan los instituidos, porque si mueren antes, caduca y queda sin efecto la institucion, y de consiguiente como que nada adquieren, no pueden transmitir á sus hijos un

(1) Ley Cum virum 16. Cod. de Fideicommiss. Gom. en la 8. de Toro n. 17. (2) Bart. in leg. Omnia 32. §. fin. ff. de Legat. 2. (3) Leyes Attius 11. Interdum 13. y Liber. homo 59. ff. de Hæredib. instituend. ley Si pater. ff. de Vulgar. & pupillar. substitut. y ley Si quis Titio, ff. de Usufruct. accrescend.

derecho que no han tenido. Por esta causa se acrecen al hermano que queda vivo las porciones que hubieran heredado los otros si viviesen. Acerca del derecho de acrecer vease lo que explico en mi segunda parte.

165 No dexando el difunto ascendientes, descendientes, ni hermanos, y si sobrinos carnales hijos de dos, ó mas hermanos muertos por linea masculina ó femenina, le heredarán *in capita*, repartiendo con igualdad entre sí los bienes de su tío sin distincion de agnacion, ni cognacion; lo qual se prueba de la ley 5. tit. 13. Part. 6. que dice: *Mas si este que muriese sin testamento, non habiendo ascendientes, ni descendientes, hoviese sobrinos de dos hermanos de parte de su padre, ó de su madre, é fuesen los hermanos amos muertos, heredarán los sobrinos los bienes de su tío, é partíroslos han entre sí por cabezas igualmente:* y como esta ley, y otra de Toro recopilada (1), no distinguen, ni dicen si esto se ha de entender ya sean muchos los hijos de un hermano, y los del otro pocos, parece que debía tener lugar la igualdad quando los herederos son iguales en número; y que no siendolo, heredasen los mas *in stirpem*, y los menos *in capita*, representando á sus respectivos padres; mas no obstante, se observa la disposicion legal segun suena, y es la razon, porque aunque los hijos de los hermanos, que son primos carnales, y están en quarto grado por derecho civil, entran por representacion á la herencia de su tío muerto, y en ellos empieza, se verifica y extingue el derecho representativo, esto milita y se entiende quando tienen algun tío carnal vivo, que les sirve de forma y causa para la representacion, pero no quando son solos, porque falta el fomento de ella, y por lo mismo entran á heredar por su propio derecho como parientes mas cercanos, que están en igual grado; y mediante no distinguir la ley, ni estar derogada, ni corregida, debemos arreglarnos á ella, mientras no se establezca otra que disponga lo contrario.

166 Si el difunto dexa medios hermanos, bien sean consanguíneos ó uterinos, y hermanos enteros de padre y madre, nada llevarán los medios hermanos, antes bien los en-

(1) Ley 8. de Toro que es la 2. tit. 20. lib. 10. N. R. Mat. en ésta, y Gom. en las 7. y 8. de Toro n. 11. al 13.