

CAPITULO NONO.

De los herederos abintestato.

- §. 1. Por cuatro causas hay herencia abintestato.
2. Medio de evitar el perjuicio de quedar intestado por la tercera causa.
 3. Duda resuelta sobre la validez de una institucion comprendida en la tercera causa.
 4. Por cualquiera de dichas causas que alguno fallezca intestado, deben heredarle sus parientes naturales.
 5. Sucederán en primer lugar los hijos legítimos del difunto.
 6. No solo los nacidos en vida del dicho sino tambien los póstumos.
 7. Entre los hijos legítimos se comprenden los legitimados por el matrimonio subsecuente.
 8. Esto se entiende aunque sus padres hayan contraido el matrimonio en la vejez, y haya habido otro matrimonio intermedio.
 9. A falta de hijos legítimos heredarán los nietos, y despues sus biznietos y descendientes hasta lo infinito. Qué es heredar *in capita* y heredar *in stirpem*.
 10. Para heredar los nietos han de haber sido concebidos en vida del abuelo.
 11. Sobre la sucesion de los ilegítimos.
 12. Al que muere abintestato sin descendientes le heredarán sus padres.
 13. A falta de padres le heredarán los abuelos por cualquiera línea.
 14. Si alguno al morir no tiene padres sino abuelos, heredarán estos á partes iguales.
 15. Concurriendo los cuatro abuelos, heredarán por ramas.
 16. Los hermanos del difunto no concurren con los abuelos á la herencia.
 17. Aunque por cada línea concorra un ascendiente, no llevará cada uno los bienes de su línea.
 18. Caso dudoso de herencia entre ascendientes.
 19. A falta de descendientes y ascendientes heredarán *ab intestato* los parientes por línea transversal. En esta sucesion hay que atender; primero, á la proximidad del grado.
 20. Segundo, que los grados se han de contar por el cómputo civil.
 21. Tercero, que no hay primer grado en esta línea.
 22. Cuarto, que en esta sucesion solo tienen lugar los parientes dentro del cuarto grado.
 23. Quinto, que entre los parientes de un mismo grado son preferidos los

- tienen doble parentesco.
24. Los hijos de un hermano entero del difunto prefieren á los hijos de un medio hermano.
 25. De primos carnales en adelante ya no se atiende á si hubo hermandad media ó entera.
 26. Caso en comprobacion de esta doctriná.
 27. Sexto, que el derecho de representacion en la línea transversal tiene lugar unicamente hasta el tercer grado.
 28. Séptimo y último, que los hermanos tienen por derecho varios nombres que distinguen su procedencia.
 29. Los hermanos varones ó hembras suceden con igualdad á sus hermanos muertos abintestato.
 30. Modo de heredar entre hermanos vivos y los hijos de otro hermano muerto.
 31. Modo de heredar los sobrinos carnales del difunto.
 32. Duda sobre si siendo desiguales estos heredará *in capita* ó *in stirpem*.
 33. Deben heredar *in capita*, y por qué.
 34. Otro caso de sucesion entre sobrinos del difunto y los hijos de otro hermano del mismo que repudió la herencia.
 35. ¿Como será la sucesion del que muere dejando un tío y algunos sobrinos hijos de un hermano difunto?
 36. ¿Como será la sucesion del que muere dejando un tío hermano de su padre ó madre, y algunos primos, hijos de otro tío muerto.
 37. ¿Como será la sucesion del que muere dejando sobrinos carnales y tíos hermanos de su abuelo?
 38. ¿Como será la sucesion del que deja hermanos y medios hermano?
 39. A falta de hermanos enteros y sus hijos, heredan los medios hermanos.
 40. Pero si hay hijos del hermano entero excluyen al medio hermano.
 41. Si solo quedan medios hermanos por ambas líneas, heredarán segun su línea respectiva.
 42. ¿Como será la sucesion entre sobrinos carnales, hijos de medios hermanos, en concurrencia con alguno de sus medios tíos?
 43. De los bienes troncales.
 44. Condiciones precisas para que haya lugar esta sucesion.
 45. ¿Que bienes deben volver al tronco?
 46. Mediante la ley del Fuero Real vuelven hasta los del padre del difunto.
 47. Entre los bienes troncales se cuentan los censos.
 48. Pero este Fuero no se amplía á los bienes de fuera del territorio en que se observa.
 49. El heredero troncal debe pagar á medias con el heredero regular las deudas del difunto.
 50. En las herencias abintestato en que constare haber herederos que pueden entrar en posesion, no ha de haber intervencion de juez.

51. Si los herederos son menores, podrá el juez nombrarles tutor.

52. Cuando las mugeres quedan pobres tienen derecho á la cuarta marital.

1. **H**erencia abintestato es aquella en que se sucede por la ley, y no por disposicion del difunto. Esto se verifica en cuatro ocasiones; 1.^a cuando el que tiene facultad legal de hacer testamento no lo hace; 2.^a cuando lo otorgan faltando á las solemnidades requeridas por derecho; 3.^a cuando despues de haber hecho legalmente el testamento, nace al testador algun hijo, del cual no hizo mencion en particular ni en general, en cuyo caso valen los legados; 4.^a cuando hecho legalmente el testamento, omitió el testador la institucion de heredero, ó el que instituyó no quiso aceptar la herencia; bien que subsistirán en ambos casos las mandas y demas disposiciones testamentarias.

2. Para evitar el perjuicio que resulte de la pretericion ú omision del hijo sobreviviente (que es el tercero de los modos indicados) se ordenará la institucion en esta forma: *instituyo y nombro por mis herederos en partes iguales á Pedro y á Juana mis dos hijos legitimos, y á los demas descendientes de legitimo matrimonio que por su orden y grado deban heredarme con arreglo á derecho.* De esta manera asegurará el testador su institucion, aunque se case muchas veces y no vuelva á otorgar nuevo testamento, pues comprende á cuantos hijos pueda tener en adelante. Véase en este punto el capítulo 23 de la cláusula codicilar.

3. Dúdase si será válida la institucion que solo comprenda genéricamente á los hijos que no existen, como si se dijere: *instituyo por mis herederos á los hijos que tuviere en mi matrimonio.* Mi opinion es que semejante institucion es nula, y que el que muriere sin reformarla fallecerá intestado, porque el heredero debe existir al tiempo que es instituido.

4. En todos los casos en que alguno fallece *ab intestato* entran á heredarle sus parientes, porque la ley presume que el difunto los hubiera instituido si hubiese otorgado testamento: y por esta razon se suelen llamar los transversales *legítimos* herederos en un sentido lato, pero nunca *forzosos*. Este parentesco debe ser natural; pues el espiritual, que es el que proviene del bautismo y de la confirmacion, y el legal, que nace de la adopcion, no sirven para este efecto.

5. Sentados estos principios, si alguno fallece abintestato le heredarán por el orden siguiente: el hijo ó hijos legítimos que tuviere á partes iguales, sin distincion de agnados ni cognados, que son varones ó hembras, esten ó no bajo la patria potestad (1).

6. No solo los hijos vivos y nacidos deben heredar á sus padres abintestato, sino tambien los *póstumos*, que son los que al tiempo que aquellos fallecan, existen en el vientre de sus madres: y asi para el referido efecto se les conceptúa como nacidos en vida del padre de todos (2); y en lo que les es favorable gozan de las prerogativas de aquellos, segun senté en el capítulo de la sucesion de los descendientes legítimos, párrafo 3 de este título. Pero para ello han de concurrir las circunstancias que se expresaron en el párrafo citado.

7. La sucesion de los hijos á sus ascendientes legítimos se entiende no solo de los que han sido concebidos y nacidos despues de casados sus padres, sino de los que nacieron antes y fueron legitimados por el subsecuente matrimonio, por ser tal la virtud y eficacia de este, que en el todo los iguala á los referidos sin excepcion (3).

8. Lo cual procede aunque sus padres se casen despues, siendo muy viejos, de modo que no puedan procrear; ó antes de casarse con sus madres intermedie otro matrimonio con alguna, ya muerta; ó sean hijos de clérigo de menores beneficiado habidos en su concubina, si despues se casa con ella dejando el beneficio; ó el padre no haya tenido en su casa la muger en quien los procreó, con tal que al tiempo de su nacimiento esten libres uno y otro para poderse casar sin dispensacion, no obstante que al de su concepcion no lo estuviesen; pues en todos estos casos se legitimarán los hijos naturales por el subsecuente matrimonio, y sucederán por testamento y abintestato á sus legítimos ascendientes (4): porque el matrimonio posterior se retrotrae por ficcion y disposicion legal al tiempo de su nacimiento.

9. A falta de hijos heredarán sus nietos, y á falta de estos sus biznietos hasta lo infinito, todos en los mismos términos que se ha dicho respecto de los primeros. Si el difunto deja hijos y nietos, estos no heredan sino cuando ha muerto su pa-

1 Leyes 3. tit. 13. Part. 6. y 6. de Toro, que es la 1. tit. 20. lib. 10. Nov. Rec.

2 Ley 20. tit. 1. Part. 6.

3 Ley 1. verb. *Otrosí son legitim.* tit.

13. Part. 4.

4 Morquech. de *divis*, lib. 4, cap. 6. num.

17 al 24.

dre, y en este caso heredarán todos juntos la cantidad que hubiera heredado su padre si viviera; y la distribuirán entre sí á partes iguales; de modo que tales nietos tendrán juntos igual porcion de la herencia de su abuelo, que cualquiera de sus tios, que es, como ya se dijo, heredar por estirpes. Si el difunto muere teniendo tres nietos, uno de un hijo muerto y dos de otro, el primero tomará la mitad de la herencia, y los otros dos la otra mitad en representacion de sus padres respectivos (1).

10. Lo cual se entiende cuando nacieron, ó á lo menos fueron concebidos, en vida de su abuelo ó del ascendiente de cuya sucesion se trata, como sucede á los póstumos; pues no siéndolo, no le sucederán ni se subrogarán en el lugar de su padre, porque ningun parentesco tienen con él.

11. Habiéndose reunido en el capítulo 6 de este título toda la doctrina legal acerca de la sucesion de los hijos ilegítimos por testamento y abintestato á los bienes de sus padres, abuelos y parientes, puede consultarse su doctrina, que no se pone aqui por evitar repeticiones.

12. Por tanto siguiendo el orden de sucesion legítima digo: que despues de los hijos, que tienen esta calidad, y de los legitimados, entrará á suceder el sustituto pupilar expreso, pues si el padre sustituye pupilarmente en sus bienes á su hijo impúbbero, y este muere en edad de no poder testar, llevará su herencia el sustituto, y no su madre ni otro ascendiente, á quienes abintestato tocaba heredarle (2). La razon es porque la ley de Toro concede solamente á los ascendientes la herencia de sus descendientes cuando estos mueren con testamento y abintestato: y respecto no fallecer de ninguna de estas maneras el pupilo; con testamento, por no haberlo hecho, ni abintestato, por carecer de capacidad y potestad para hacerlo; ni tampoco testar el padre por su hijo sino en nombre propio como bienes suyos privativos, al modo que si este hubiera muerto antes é instituídole por su único heredero por no tener madre: es visto haber dejado en su vigor las leyes que le conceden la facultad de sustituirlo, y excluir de la herencia por medio de la sustitucion pupilar á su madre y demas ascendientes maternos. A mas de que la ley nueva habla generalmente, no deroga ni corrige los casos especiales de la antigua (3); y aun cuando fuera correctoria, no

1 Leyes 3. tit. 13. Part. 6. 6 de Toro,
y 2. tit. 20. lib. 10. Nov. Rec.

2 Leyes 6. tit. 5. y 3 al fin. tit. 9. Part.
6. Gom. lib. 1. Var. cap. 4. num. 7. vers.

Non obstant. y num. 8. et ibi Ayllon num
9 y 10.

3 Parlad. diff. 50. §. 2. num. 7.

se extenderia por identidad ó mayoría de razon, excepto que la en que se fundan estuviese expresa en ella, y militase en el caso á que se intentase extender (1); y respecto no comprender el presente la 6 de Toro, no se deberán dar á la madre las dos partes de la herencia y la otra al sustituto, como quieren los que dicen que el padre testa por el hijo, y que si este pudiera testar lo practicaria asi, pues es suponer y fingir una voluntad y capacidad que no hay. Por cuyas razones y por otras que dan los autores, mientras no se deroguen las leyes que permiten la exclusion de la madre, ó se declare y amplie la sexta citada (lo cual seria muy útil para cortar disputas y decisiones arbitrarias), parece se debe observar en el todo la sustitucion pupilar como uno de los efectos de la patria potestad; y solo siendo pobre la madre, concibo tendrá derecho á que el sustituto la alimente por equidad y humanidad mientras subsista viuda, si la herencia lo permitiere, en caso que su marido no la haya dejado congrua sustentacion, ó á la cuarta marital que en este caso la concede el derecho (*).

13. A falta de todos los dichos heredarán abintestato los padres del descendiente difunto á partes iguales; pero no sus abuelos (2); porque entre ascendientes no sucede por representacion sino por la mayor proximidad de parentesco, y no concurrirán los hermanos del difunto con los padres en esta herencia, segun lo previene una ley de Toro reformando otra de Partida (3). Asi cuando el difunto deja padre solo ó madre sola, heredará todos sus bienes, y los abuelos nada.

14. Si alguno muere abintestato sin dejar descendientes ni padres, pero si abuelos por cualquiera línea, heredarán estos con igualdad; y si no hubiere mas que un abuelo por una línea, y hay dos por la otra, percibirá aquel tanta parte de la herencia

1 Matienz, en la ley 2. tit. 4. lib. 5. glos. 1. num. 11.

* El reformador del Febrero impugna esta opinion, tenéndola por descabellada, siendo la suya que no debe heredar el sustituto pupilar en competencia con la madre del testador. El editor del Febrero adicionado la reprueba tambien, pero sin hacer total exclusion del sustituto. Está bien, dice, que el padre señale en su testamento por medio de la sustitucion un heredero á su hijo. Sin embargo, ¿puede compararse un extraño, ni aun un consanguíneo con la madre que le trajo en su seno, le crió y alimentó? Luego es casi

evidente que no puede el sustituto excluirla de la sucesion. Siendo por otra parte principio legal, que no se vicie lo util por lo inutil, y que hay actos que deben interpretarse, valdrá la sustitucion en cuanto á la tercera parte de la herencia, de que podia disponer el hijo á su arbitrio, la cual deberá llevar el sustituto; pero las otras dos serán de la madre como heredera forzosa. Esta opinion nos parece la mas justa y racional, mientras no haya una ley que aclare en este punto las que estan vigentes.

2 Leyes 4. tit. 13. Part. 6. y 6 de Toro.

3 Ley 4. tit. 13. Part. 6.

como estos dos juntos, de modo que el primero llevará la mitad de los bienes de su nieto, y los dos segundos la otra mitad; pero nada los hermanos del muerto, porque nunca concurre la línea transversal con la recta (1). Si deja un abuelo por una línea y un bisabuelo por la misma ó por otra, toda la herencia será del abuelo, con exclusion absoluta del bisabuelo, como se dijo de los padres con respecto á los abuelos.

15. Concurriendo á la sucesion dos abuelos por una línea y dos por la otra, partirán igualmente la herencia todos cuatro, y heredarán por ramas, y por consiguiente los de la una llevarán la mitad que dividirán entre sí, y los de la otra la otra mitad. Y lo mismo se entiende para con los ulteriores ascendientes.

16. Aunque el difunto deje hermanos ó sobrinos, hijos de estos, no concurrirán con los abuelos ni demas ascendientes á la division de la herencia ni habrán parte en ella: porque estan en grado mas remoto, como lo ordena la ley 7 de Toro, que es la 2. tit. 20. lib. 10. Nov. Rec. Lo cual en esta parte corrige la de Partida inserta y otras que lo permitian.

17. Si por una línea concurre un ascendiente y otro por la otra, y ambos en igual grado, parece se deberá hacer distincion y separacion de bienes, quiero decir, que el ascendiente por parte paterna llevará los que por esta línea poseía el nieto ó descendiente de cuya sucesion se trata, y el materno los de esta. Pero no será así; pues ambos partirán indistintamente todos los que por entrambas y por otra cualquiera razon gozaba el difunto, sin diferencia de que sean adquiridos por una ú otra, ó castrensés, cuasi castrensés ó de otra clase (2), y la razon es porque despues que los bienes estan unidos é incorporados en el patrimonio de alguno se confunden y pierden el nombre; por lo que no se admite distincion ni separacion de ellos sino en los casos expresos en derecho.

18. Queda sentado que cuando concurren dos ó mas ascendientes de igual grado partirán la herencia de su descendiente intestado por iguales partes. Pero se duda, ¿si en caso de tener el padre ó abuelo el usufructo de sus bienes, serán ó no preferidos á los demas? Para lo cual es de presuponer que aunque por derecho antiquísimo nada de cuanto adventicio adquirian los hijos existentes en el dominio paterno era para ellos, pues

1 Leyes 4. tit. 13. Part. 6. y 6 de Toro.
2 Cast. ley 6. de Toro, glos. 1. Gom. en ella. num. 10. vers. *Sed his non obstantibus* Greg. Lop. ley 4. tit. 13. Part. 6. glos.

2. Mat. en la 1. tit. 8. lib. 5. glos. 3. num. 7. y glos. 5. num. 1. Caman. cons. 21. Corn. cons. 94. lib. 1, cons. 7. lib. 4. y cons. 164. lib. 4.

todo correspondia en plena propiedad y usufructo á su padre mientras lo tenia en su poder (1), pero por estatutos posteriores se dejó á aquellos la propiedad de sus bienes adventicios, y á este se concedió su usufructo durante la patria potestad (2). Supuesto lo referido digo: que si concurren dos ó mas ascendientes á la sucesion del descendiente intestado, y uno de ellos tiene el usufructo en sus bienes, debe ser preferido en él, y llevarlo por toda su vida; y la razon es porque al modo que por muerte de cualquiera extraño propietario no se extingue ni acaba el usufructo, tampoco por la del hijo se extingue el que su padre ó abuelo tienen adquirido en sus bienes (3). Bien que hoy mediante la disposicion de las leyes 47 y 48 de Toro, por las cuales el hijo casado y juntamente velado sale de la patria potestad, como si estuviera emancipado, y hace suyo los frutos de sus bienes sin que su padre se los pueda retener, en muy pocos casos se puede verificar lo expuesto (4).

19. De las tres líneas propuestas en el capítulo 2 de este título, que tienen derecho á suceder abintestato, es la última la de transversales ó colaterales, en cuya sucesion hay que advertir: lo primero, que los parientes transversales deben suceder á su transversal difunto que murió intestado, segun la prerogativa y proximidad de grado con él: por lo que el que al tiempo de su muerte se hallè mas cercano, obtendrá la prelacion en heredar los bienes libres que dejó; y si hay muchos en un mismo grado, y con la propia calidad, todos concurrirán igualmente sin distincion de agnacion ni cognacion, pues no hay preferencia ni diferencia entre las líneas masculina y femenina para este efecto, como por derecho comun antiguo la habia, en lo cual está derogado: y asi la hembra próxima excluye al varon remoto (5).

20. Lo segundo, que los grados de parentesco respecto de la sucesion, contratos y otros actos semejantes fuera del matrimonio, se han de computar segun la forma y modo inducido por derecho civil, y no por el canónico (6); y asi para conocer cuál es el pariente mas cercano, se debe hacer siempre la cuenta principiano desde el colateral que quiera suceder, y ascendiendo

1 Pinel in leg. 1. Cod. de bon. matern.

2 Ley 5. tit. 17. Part. 4.

3 Mat. ley 9. tit. 1. glos. cit. y en la 1. tit. 8. glos. 3. num. 18. Gom. en la 6 de Toro, num. 11.

4 Gom. ley 6 de Toro, num. 11 y 12. y en la 48. Avendañ. ley 6. de Toro, glos. 6. num. 2. Matienz. ley 1. tit. 8. lib. 5. Rec. glos. 3. num. 1 al 12.

5 Covarr. in Epitom. success. num. 11 Mat. ley 5. tit. 8. lib. 5. glos. 1. num. 4 y 5. Gom. en la 8 de Toro, num. 2 y 3.

6 Antunez. Portugal de donation. reg. part. 3. cap. 19. num. 44. Covarr. de sponsa. part. 2. t. 6. num. 8. Guerreir. de divis. lib. 4. cap. 7. num. 7. Escobar num. 3. comput. 23 al

hasta el padre ó ascendiente comun, de quien todos los pretendientes provienen, y descendiendo despues hasta el pariente ínfimo de cuya sucesion se trata: sobre lo cual véase el tratado de mayorazgos, donde se habla de este punto con mayor extensión.

21. Lo tercero, que sin embargo de que entre los colaterales ocupan el primer lugar los hermanos enteros para suceder y se suceden igualmente (1); pero no estan en primer grado de consanguinidad entre sí, sino en segundo, porque en esta línea no hay grado primero, y por lo mismo siempre se empieza á contar desde este para la sucesion y saber en cual se hallan los que pretenden heredar al pariente intestado (2).

22. Lo cuarto, que entre los ascendientes y descendientes legítimos há lugar la sucesion abintestato en bienes libres hasta lo infinito; pero no sucede así entre los colaterales, pues lejos de ampliarse se cuartaba y limitaba por el derecho de las Partidas hasta el décimo grado: de modo que desde este en adelante, sin embargo de que se encontrasen parientes, no tenían derecho á heredar los bienes del que murió intestado, antes bien recaían en el fisco (3); y hoy en estando fuera del cuarto grado civil, recaen los bienes en él, y así solo tienen derecho los hermanos, primos y sobrinos carnales del que falleció intestado: heredar sus bienes (4) (*).

23. Lo quinto, que aunque en esta línea son admitidos igualmente los parientes que estan en un mismo grado, como queda asentado, no obstante, si en alguno de ellos concurre ó interviene doble conjuncion ó cualidad mayor que en los demas, será preferido, sin embargo de que todos se hallen en el propio grado, v. gr. cuando el difunto deja hermanos enteros y medios pues los enteros entrarán á suceder y llevarán toda su herencia, y los medios nada (5).

24. Lo mismo procede si el difunto deja sobrinos hijos de dos hermanos, el uno entero y el otro medio; pues los del entero, representando á su padre le heredarán y preferirán á sus primos hijos de su medio tio (6): é igualmente preferirán á este,

1 Ley 5. tit. 13. Part. 6. Gom. lib. 1. Var. cap. 1. num. fin.

2 Ley 3. tit. 6. Part. 4. Mat. ubi proxime. Greg. Lop. en la misma.

3 Ley 6. tit. 13. Part. 6. cerca del fin. Covarr. ubi supr. num. 21. Mat. ibi. num. 2. Gom. en dicha ley 8 de Toro, num. 5.

4 Leyes 1. tit. 11. lib. 2. y 6. tit. 22. lib. 10. Nov. Rec.

* Véase lo que sobre este punto dice

el Dr. Don Juan Sala en su obra: *Ilustracion del derecho Real de España*, lib. 2. tit. 8. num. 11.

5 Ley 5. tit. 13. Part. 6.

6 Greg. Lop. en dicha ley 5. Covarr. in *Epitom. succes.* num. 7. Gom. Arias en la ley 8 de Toro, num. 14 y 19. Tello en ella, num. 4 y 5, y Gom. num. 7. vers. *Imo quod magis est.* Matienz. en la 5. tit. 5. gloe. 1. num. 7.

no obstante estar en grado mas cercano, porque suceden por representacion de su padre, que si viviera lo excluiria (1).

25. Pero es de advertir y tener presente que esta mayor cualidad de conjuncion se extiende únicamente á los hijos de los hermanos enteros del difunto, que son primos carnales, los cuales representando las personas de su padre ó madre, preferirán á su tio, ya sea uterino ó consanguíneo, sin embargo de ser su grado mas distante, y no se amplía á otros parientes ulteriores; por lo que si alguno muere abintestato sin dejar ascendientes, descendientes, hermanos ni hijos de este, y sí solamente un tio hermano entero de su padre, otro tio hermano uterino de este; ó por el contrario, uno entero y otro consanguíneo, no será preferido el entero, antes bien ambos serán admitidos igualmente á la sucesion por estar en igual grado, y no considerarse ni estimarse la cualidad y prerogativa de doble conjuncion fuera de los hermanos y sus hijos (2).

26. Lo propio milita por la misma razon si á la sucesion concurren hijos de hijos de hermano, pues sucederán todos igualmente al hermano de su abuelo, aunque algunos de ellos descendan de hermano entero. O si el difunto deja muchos primos, hijos de varios hermanos de su padre, que estan en cuarto grado; pues no obstante que algunos sean conjuntos procedentes de hermano entero y los otros de medio hermano, serán admitidos todos con igualdad, y se atenderá solamente á que existen en un mismo grado de parentesco; lo que no sucederá si son hijos de sus propios hermanos. E igualmente con superior razon procede lo expuesto en cada uno de los grados ulteriores ó mas distantes (3).

27. Lo sexto, que la representacion es un derecho, en virtud del cual los descendientes son llamados á la sucesion de sus ascendientes hasta lo infinito para entrar á ocupar su lugar, y percibir lo que el ascendiente inmediato percibiria del suyo si viviera: pero los transversales lo son únicamente hasta el tercer grado de su transversal (4); por lo que en la línea de los ascendientes no se admite ni há lugar; y para que la haya en los

1 Ley 5. tit. 13 Part. 6. en las palabras *E sobre todo decimos.*

2 Dicha ley 5 al fin. Greg. Lop. en ella. glos. 1. Teilo en la 8 de Toro, num. 4. Gom. en esta, num. 6. y Avendañ. glos. 2. num. 2. Matienz. en la 5. tit. 8. lib. 5. glos. 1. num. 8. Covarr. in *Epitom. succes.* num. 9.

3 Paul. de Castro in *Authent.* 1. *Pest.*

fratres, num. 4. Corn. ibi, col. 1. Gom dicho num. 8. vers. *Et ideo*, Covarr. y Matienz. lib. Morquech. *de divis.* ibi. 4. cap. num. 2 al 4.

4 Robles *de repraesent.* lib. 1. cap. 3. num. 2. Sous. in leg. *Faeminae.* ff. *de regul. jur.* num. 197 al 295. Guerreir. *de divis.* lib. 4. cap. 6. num. 1.

transversales hasta el referido grado, que son primos carnales, debe concurrir precisa é indispensablemente con ellos algun tio de igual cualidad de conjuncion, y no de otra suerte: y aun en este caso en ellos empieza y concluye sin pasar mas adelante (1). Lo cual se entiende á falta de verdadera costumbre contraria, pues si la hubiere se observará.

28. Y lo séptimo y último, que los hermanos tienen diversos nombres en derecho: unos se llaman *hermanos enteros* por ser hijos de un mismo padre y madre: *otros consanguíneos ó paternos*, y son los de un padre y de diversas madres: *otros uterinos ó maternos*, y son los de una propia madre, porque estuvieron en su vientre y los engendraron distintos padres: y *otros medios hermanos*, ya sea por consanguinidad ó uterinidad; quiero decir, por haber sido engendrados por diferentes padres en una madre, ó paridos por diversas madres y engendrados por un solo padre.

29. En los lugares de estos reinos en que no se observa fuero particular, ni hay costumbre de que los bienes de los interesados vuelvan al tronco, y la raiz á la raiz, si el difunto tiene hermanos enteros y ningun ascendiente ni descendiente, le sucederán con igualdad sus hermanos, ya sean todos varones ó hembras, ó de ambas clases: pues no se atiende á la cualidad de la agnacion ó cognacion, ni prefiere la una á la otra (2), como queda sentado.

30. Si deja un hermano entero uno ó mas hermanos y sobrinos carnales, hijos de otro hermano ó hermanos tambien enteros, heredarán por sí cada uno de los hermanos; y los sobrinos representando á sus padres muertos, por líneas: quiero decir, que se hará la cuenta de cuantos hermanos son entre vivos y muertos, y se dividirá en tantas partes la herencia como si todos existieran, y luego los hijos de los muertos partirán entre sí aquella parte ó porcion que tocara á sus respectivos padres y estos llevarian si vivieran, pues los representan, entran en su lugar y lo ocupan (3).

31. Si no tiene hermanos vivos, y sí sobrinos hijos de dos ó mas hermanos enteros muertos, heredarán cada uno de por sí, repartiendo con igualdad entre sí los bienes de su tio sin distincion de agnacion ni cognacion, como se prueba de la ley 5. tit. 13. Part. 6.

1 Ley 5 al princip. tit. 13. Part. 6. y ley 241 de *Estilo*.

2 Ley 5, tit. 13. Part. 6.

3 Ley 5. cit. y ley 8 de Toro, que es la 2. tit. 20. lib. 10. Nov. Rec.

32. La disposición de esta ley y la de la 13. tit. 6. lib. 3. del Fuero Real parece debe entenderse cuando los sobrinos, hijos de cada hermano, son iguales en número, y no cuando son desiguales, v. gr. de un hermano uno, de otro dos, de otro tres ó mas &c.; pues como que lo representan los de cada uno, heredan por líneas, que es solamente la parte que, si viviera, llevaria cada hermano del difunto. Sobre lo cual hay diversidad de dictámenes, por no distinguir las dos leyes citadas, ni la 8 de Toro, que dice: *Mandamos que sucedan los sobrinos con los tios abintestato á sus tios in stirpem y no in capita.*

33. Pero el que debe seguirse es: que ya sean muchos ó pocos; é iguales ó desiguales en número, deben suceder á su tio en cabeza propia: lo primero, porque indistintamente lo ordenan las leyes citadas, y cuando no distinguen no debemos distinguir; lo segundo, porque la 8 de Toro no habla de este caso, sino de cuando concurren los sobrinos con los tios, y así no es correctoria de ella; y lo tercero, porque todos los sobrinos estan en igual grado; y aunque entran por representacion á heredar á su tio muerto, esto es cuando está vivo algun hermano de este, que tambien concurre á heredar y les sirve de forma y causa para que tenga lugar la representacion y que no sean excluidos, y así solo en este caso le tiene y en él se extingue: mas no cuando son solos, pues entonces no tienen á quien representar porque les falta el fomento para la representacion, por lo que entran á heredar por su propio derecho como parientes mas cercanos que estan en igual grado (1); y es lo que como justo se observa.

34. Y si concurriendo hermano del muerto y sobrinos hijos de otro hermano de ambos tambien muerto, repudiare el hermano vivo su parte de herencia, y tuviere hijos no se acrecerá esta á sus sobrinos hijos de otro hermano muerto, antes bien la llevarán los hijos del repudiante, y por consiguiente se dividirá igualmente toda la herencia del difunto intestado entre todos sus sobrinos, hijos de sus dos hermanos: la razon es porque los hijos del repudiante y los del otro hermano estan en igual grado ó lugar, y entran por su propio derecho como parientes mas inmediatos, pero no por el de sus padres; así que se conceptúa al repudiante para este caso como si no existiera, y á sus hijos

1 Greg. Lep. en dicha ley 5. glos. 3. Cast. en la 8 de Toro, glos. 1. Cifuent. en ella, num. 4. Tello num. 3. Avendaño, glos. 1. Gom. Arias num. 3 y 4. Matienz.

en la 5. tit. 8. lib. 5. glos. 1. num. 14 y 15. Molin de primog. lib. 3. cap. 7. num. 21 y 22.

como á los del otro hermano muerto; por esta razon y por las expuestas en el párrafo inmediato heredarán todos cada uno por su propia persona (1).

35. Muriendo alguno, y dejando un tio, hermano de su padre ó de su madre, y asimismo hijos de un hermano suyo ya difunto, parece que todos concurrirán igualmente, porque cada uno está en tercer grado, y los hijos del hermano no suceden representativamente sino cuando concurren con otro hermano vivo del difunto. Pero no obstante serán preferidos al tio los hijos del hermano del muerto, aunque sean medios hermanos: lo primero, porque la línea de los descendientes aun respecto de los colaterales siempre se reputa mas cercana, y por derivacion natural debe ser preferida á la superior tambien de ellos; y lo segundo, porque el hijo del hermano representa indistamente al padre del difunto, y para heredar es lo mismo que si este viviera, porque toma sus veces y se subroga en su lugar, ya concorra con otro hermano vivo del difunto ó con los hijos de otro hermano muerto de este: y en los ascendientes no hay representacion (2).

36. Si deja un tio hermano de su padre ó madre y primos suyos hijos de otro hermano tambien de su padre ó madre (que son sobrinos carnales del tio vivo) no entrarán estos á la sucesion, y sí solo el tio, porque está en grado mas cercano, y los sobrinos en el cuarto (3).

37. Falleciendo un tio hermano de padre, si concurren á heredarle sobrinos hijos de un hermano suyo, y quiere concurrir tambien un hermano de su abuelo ó abuela paterno ó materno, será excluido el hermano de los abuelos, y heredarán los hijos del hermano del muerto, por la representacion de su padre y por hallarse en grado mas inmediato; lo cual se entiende aunque sean medios hermanos (4).

38. Si deja el difunto varios medios hermanos consanguíneos ó uterinos, que es por la línea paterna ó materna, y otros enteros, ó por ambas líneas, nada llevarán los medios hermanos ni sus hijos, antes bien toda la herencia será para los enteros, los cuales obtendrán la preferencia por la doble conjuncion (5), como he sentado en los párrafos anteriores.

1 Greg. Lop. en dicha ley 6. glos. 2. Covarr. *in Epitome success.* vers. *Decima conclus.* Matienz. en dicha ley 3. glos. 1. num. 18.

2 Gom. en la ley 8 de Toro, num. 14. vers. *Sed his non obstantib.* Matienz. ibi, num. 19. Parlad. lib. 2, *Rer. quotidianar.*

cap. 15.

3 Decio cons. 444. vol. 4. Parlad. ibi.

4 Gom. en dicha ley 3. num. 14. Mat. ibi, num. 19.

5 Ley 5. tit. 13. Part. 6. verb. *E sobre todo.*

39. Pero faltando estos y sus hijos, si tiene solamente hermana no ó hermanos consanguíneos ó uterinos, le heredarán en el todo indistintamente. Lo cual procede aunque el difunto deje tio hermano de su padre ó madre, por cuya línea poseía los bienes, pues los medios hermanos como mas inmediatos parientes de su hermano entero, prefieren al tio que está mas distante; y así sucederán en todos sus bienes de cualquiera calidad y parte adquiridos, sin diferencia de título ni líneas (1).

40. Si deja sobrinos hijos de hermano entero, aunque tenga un medio hermano, lo excluirán no obstante estar en grado mas cercano que ellos, y llevarán toda la herencia: y la razon es porque si su padre viviera lo excluiria por la mayor cualidad de conjuncion doñe de parentesco con el difunto; y respecto representar los sobrinos la persona de su padre deben excluir tambien á su medio tio por la propia razon (2).

41. Y si deja solamente medios hermanos, unos por una línea y otros por la otra, heredarán los de la consanguínea ó paterna los bienes que por ella poseia el difunto, y los de la materna ó uterina los que por esta gozaba: y si tenia algunos mas adquiridos por arte, oficio ó otro título los partirán igualmente, como se prueba de la ley 6. tit. 13. Part. 6. Y en cuanto á las deudas pagará cada uno las que contrajo por razon de sus respectivos bienes el difunto; y si no consta por cuales las causó, las satisfarán todos á prorata de los que hereden (3).

42. Del mismo modo sucederán á su difunto tio los hijos de los hermanos uterinos y consanguíneos, representando las personas de sus padres, ya concurren entre sí solos ó con algun medio tio suyo, con la diferencia de que concurriendo entre sí heredarán por cabezas, y si interviene su medio tio por ramas, porque versa la propia razon que cuando son enteros, y ninguna ley ordena otra cosa en este caso; pero en los nietos y demas descendientes de estos no há lugar esta distincion ni separacion de bienes, ni en los tios hermanos de padre ó madre, ó de otros ascendientes, cuando concurren á heredar á sus sobrinos; y así todos se dividirán con igualdad entre los que sean y esten en un propio grado, sin diferencia de adquisicion, sea por el título que fuere, porque en derecho no se halla preceptuado lo contrario: ni respecto de ellos se hace distincion de bienes,

1 Matienz. en dicha ley 5. glos. 1. num. 9.

2 Ley 5 al fin. tit. 13. Part. 6. Gom. en la 8 de Toro, num. 7. vers. *Imo quod magis est*, Gom. Arias en ella, num. 19. y

Avedañ. glos. 2. num. 2. Mier. *de majorat.* part. 2. quæst. 7. num. 3. Mat. ibi, num. 7.

3 Greg. Lop. en ley 6. insert. glos. 2.

por cuya razon no se llaman paternos ni maternos, como entre los hermanos y sus hijos por estar mezclados y confundidos, y no considerarse sino proximidad de grado, ni deberse ampliar ni entender sino de los derechos expresados (1); por lo que los medios hermanos del difunto excluirán al tio hermano del padre ó madre de este, como mas propincuos, ya haya heredado de su padre ó madre, hermanos de su tio, ó de otra parte, los bienes que dejó.

43. Aunque la referida doctrina es la general, hay territorios en los cuales es costumbre que vuelvan al tronco los bienes de los que mueren sin descendientes legítimos, la cual tiene origen en el derecho romano, ó mas bien en la variedad de interpretaciones que los jurisconsultos daban á la ley 3 del Código, *de bonis quæ liberis*. Introdújose en Castilla, estableciéndola ó confirmando la el Rey Don Alonso en el Fuero de Sepúlveda, y dióle mayor fuerza la ley 10. tit. 6. lib. 3. del Fuero Real, que dice: *el abuelo que fue del padre herede lo que fue del padre, y el abuelo que fue de la madre herede lo que fue de la madre*. Y aunque la ley 4. tit. 13. Part. 6. derogó las anteriores, mandando que en caso de morir un hijo sin testamento y sin dejar descendientes ni hermanos, *que entonces el padre é la madre deb'n heredar igualmente todos los bienes de su fijo*, no por eso dejó de observarse la anterior costumbre en algunos pueblos, por no haberse admitido generalmente las leyes de Partida. Queriendo pues los Reyes Católicos respetarla, exceptuaron al establecer la ley 6 de Toro, los pueblos en que aquella estuviese en observancia (2); y asi se practica en Sepúlveda, Molina y otros varios.

44. Para la inteligencia de esto es de advertir; lo primero, que es preciso se pruebe claramente el uso y observancia del Fuero (3), porque el uso y costumbre consisten en hecho, y debe probarlo el que los alega (4); lo segundo, que el precepto de esta ley se entiende abintestato, y no por testamento, pues de lo contrario se impediria al testador la libertad de testar (5), lo cual se limita en el caso de que la costumbre sea volver los bienes al tronco, y la raiz á la raiz, pues entonces procederá

1 Gom. en la ley 8 de Toro. num. 8 vers. *Item adde prosequendo materiam*. Greg. Lop. en la ley 6, tit. 13. Part. 4. glos. 1. Matienz. en la 5. tit. 8. lib. 5. glos. 1. num. 12. Covarr. *in Epitom. success.* num. 8.

2 Ley 1. tit. 20. lib. 10. Nov. Rec.

3 Suar. *in Proem. leg. For.* art. 6. Burg. de Paz en la ley 1 de Toro, num. 102. Greg. Lop. en la 7. tit. 2. part. 1. glos. 4.

4 Greg. Lop. *ibi*.

5 Rojas *in Epitom. success.* cap. 30. num. 11. Gom. en la ley 6 de Toro, num. fin. vers. *Sed his non obstantibus*.

tanto por testamento como abintestato (1); y lo tercero, que no es suficiente que el fuero comprenda al pueblo en que se quiere usar, pues es preciso que esté robustecido con la costumbre de usarse y guardarse, y en otros términos no vale, ni se debe juzgar por él, como lo ordena la ley 1 de Toro.

45. Conviene examinar ahora, ¿que bienes raices deben volver al tronco segun este fuero? ¿Han de ser solamente los que el difunto intestado heredó de sus ascendientes superiores, v. gr. bisabuelos, abuelos, ó los que su padre y madre adquirieron; ó tambien los que el mismo difunto hubo de otra parte? Y parece que deberán volver solamente los que le provenieron de sus ascendientes; porque las palabras *volver al tronco*, denotan con propiedad haber provenido de aquel adonde han de regresar.

46. Pero mediante la ley del Fuero Real inserta, se incluirán no solo los que adquirieron los abuelos y demas ascendientes, sino los que compró y heredó su padre. Y lo propio milita, segun Avendaño (2), para con los que el hijo adquiere de otra parte; bien que dudo de esto, porque ni la ley lo dice ni de ella se colige.

47. Entre estos bienes troncales se deben numerar los censos perpetuos, porque siguen la naturaleza de bienes raices, y asi deben volver al tronco sin disputa; pero no los redimibles (3), sin embargo de que Ayora (4) afirma que sí: y la razon es porque estos bienes no son raices, ni mas que un dinero puesto á interes con seguridad y prohibicion de pedirlo al que lo da, hasta que el que lo recibe quiera devolverlo, y el que lo da ningun dominio tiene en la finca afecta á su responsabilidad, y si solo hipoteca en ella y derecho á percibir sus réditos; y si se redime el capital, no hay finca raiz, y queda únicamente el dinero, que es la cosa mas movable que hay. Lo cual se entiende, execepto que en el pueblo haya costumbre contraria.

48. No se amplía la disposicion de este fuero á los bienes raices existentes fuera del territorio en donde se usa, ni á personas de quienes ninguna mención hace, ni á los bienes muebles aunque esten en el mismo pueblo, ni tampoco á los que la mujer lleva en dote estimados con estimacion que causa venta, pues como se transfere al marido su dominio, puede volverlos

1 Avendañ. ley 6 de Toro, glos. 11. num. 8.

2 Dicha ley 6. glos. 11. num. 15. al 23.

3 Avendañ. en dicha ley 6 de Toro, y

glos. 11. num. fin. Sigüenz. de *clausul.* lib 2. cap. 11. §. 37. num. 291. y otros que citan.

4 Part. 3. quæst. 28.

ó su estimacion, sin que muerto el hijo, se le obligue precisamente á su devolucion(1).

49. Por conclusion de esta materia digo: que asi el heredero de los bienes troncales como el de los demas pagarán á prorrata las deudas del difunto, no el troncal solo, porque ambos son verdaderamente herederos y no legatarios, este en virtud del fuero municipal, y aquel por la ley de Toro.

50. En las herencias abintestato en que constare haber herederos que pueden desde luego entrar en su posesion, no deben intervenir los jueces asi eclesiásticos como seculares, sino que se entregarán íntegras á los herederos, en los términos y casos que previene la ley 13. tit. 20. lib. 10. Nov. Rec., siendo de cargo de estos hacer el entierro, exequias y demas sufragios, segun la costumbre del pais y clase del difunto. Mas si en esto anduviesen omisos, entonces y no antes podrán compelerlos á ello sus jueces propios, sin que se entrometan á inventariar ni hacer ninguna otra gestion en los bienes de la herencia (2). Pero si no hubiere parientes conocidos, entenderá del asunto la Superintendencia general de bienes mostrencos y abintestato, por medio de los jueces subdelegados de la misma, y con apelacion al Superintendente general; para lo cual debe denunciarse el hecho al juez, ya sea por algun alguacil del juzgado ya por otra persona, y aquel proceder al inventario, depósito y custodia de los bienes, llamando á los que tengan ó crean tener derecho á ellos, por medio de edictos, y aplicándolos despues á quien correspondan, segun las leyes citadas (3). El nombramiento de dicha Superintendencia general dejó sin uso la Real cédula de 9 de octubre de 1766, que daba el conocimiento de las herencias abintestato á las justicias ordinarias con apelacion á las chancillerías y audiencias (4).

51. Si los herederos son menores, y no tienen tutor que pida el inventario, ó está ausente, podrán los jueces respectivos nombrarles tutor ó defensor, y mandar inventariar y depositar en persona segura, con asistencia de este, los bienes *abintestato*, con el fin de evitar su extravio, y entregarlos despues á los herederos sin deduccion del quinto ni otra cosa; mas no deberán los jueces asistir al inventario, segun mas extensamente se dice en el juicio de particiones.

1 Leyes 18, 19 y 20 tit. 11. Part. 4. Si-
guenz. lib. cap. y ó. cit. num. 81.

2 Ley 14, tit. 20, lib. 10, Nov. Rec,

3 Real instruccion de 17 de agosto de
1786, cap. 7.

4 Nota 1, tit. 22. lib. 10, Nov. Rec,

52. Cuando las viudas quedan muy pobres, y sus hijos ricos con la herencia de su padre, tienen derecho á la cuarta parte de los bienes de su marido, con tal que no exceda de cien libras de oro (1), y esto es lo que se llama la *cuarta marital*. Este derecho no tiene lugar en tres casos, á saber: cuando la viuda vive licenciosamente; cuando se casa segunda vez; y cuando queda usufructuaria (2). En caso de casarse segunda vez, antes ó despues del año de viuda, perderá la propiedad de los bienes que le tocaron por su cuarta marital, y se transmitirá á los herederos del marido; pero el usufructo de dichos bienes lo tendrá por toda su vida (3). Muchos autores dan igual accion al viudo pobre, y aunque parece que hay la misma razon en este caso que en el otro, no he visto que en la práctica se haya adoptado su opinion.

1 Ley 7. tit. 13. Part. 6.

2 Grog. Lop. en dicha ley 7.

3 Cast. en la 6. de Toro, Gratian, *Discept. for. cap. 120.*