

**GUIA.** El despacho de la aduana que lleva consigo el que trasporta algunos géneros para acreditar su legítima entrada y la satisfacción de los reales derechos, á fin de que no se los detengan ni descaminen (1).

† **GUIA LEGISLATIVA DE LA HACIENDA PÚBLICA.** La colec-

cion de órdenes de este ramo que sale á luz todos los años.

**GUIDÁTICO.** Lo mismo que salvoconducto ó seguridad; y en algunas partes cierto derecho ó tributo que pagaban los transeúntes para que se mantuviesen libres de salteadores los caminos.

## H.

## HA

**HABER A UNO POR CONFESO.** Reputar y declarar por confeso al que despues de notificada la demanda no comparece dentro del término prescrito por la ley. Véase *Confesion y Rebeldia*.

**HABIL.** El que es capaz ó tiene las calidades necesarias para alguna cosa, como para testar, ser heredero ó legatario, ejercer algun cargo, poseer un beneficio, etc.

**HABILITAR.** Dar á alguno por capaz y apto para alguna cosa, como par regir por sí su hacienda ó servir algun empleo.

**HABITACION.** El derecho de habitar ó morar en casa ajena sin pagar alquiler. El que tenga este derecho podrá conservarle durante su vida, si no se le ha limitado el tiempo; morar en la casa con su familia; arrendarla ó alquilarla á personas de buena vecindad; y no pierde su derecho sino por su muerte ó renuncia en vida. Mas deberá usar de la casa con buena fe; guardarla sin deterioro por su culpa; y dar buenos fladores de que la restituirá á su dueño ó á sus herederos en su muerte ó cumplido el tiempo de su derecho. *Ley 27, tit. 51, Part. 5.*

Este derecho se diferencia del uso y del usufructo. Se diferencia del *uso*, porque el usuario no puede dar la casa en arriendo, y puede perder su derecho no solo por muerte ó renuncia, sino tambien por destierro perpetuo, por el no uso y por cesion á un tercero. Se diferencia del *usufructo*, porque no comprende mas que la facultad de vivir en la casa ajena solamente con respecto á la necesidad que se tenga de ella, de modo que si una parte de la casa fuere bastante para el que tiene el derecho de habitacion, podria el propietario ocupar por sí ó alquilar la otra parte; al paso que el usufructo se estiende á toda la casa, de manera que el usufructuario puede disfrutarla ó arrendarla toda, sin tener en consideracion su necesidad particular. Véase *Uso y Usufructo*.

(1) En la república de Méjico, para el comercio interior son documentos necesarios la factura y la guia de la aduana de donde salen los efectos, los que ántes por el art. 10, decreto de 9 de octubre de 1825, si no excedian de cien pesos, caminaban con paso en lugar de guia; pero el decreto publicado en 8 de marzo de 1857, dice en su art. 10 que: « No se expedirán en lo sucesivo pases, si no es para las mercancías cuyo valor no exceda de cincuenta pesos. » Tambien dice el art. 34 que: « Podrá continuarse la práctica, donde esté establecida, de expedir pases en cartas de envío, estampándose en ellas el respectivo sello. »

Este decreto, publicado en 8 de marzo de 1857, establece una inspeccion general de guías y tornaguías, sujeta inmediatamente al gobierno con los empleados, y atribuciones de inspeccion que allí se designan.

Se tomó el arbitrio de tornaguías por reales órdenes de 9 y 12 de octubre de 1779, publicadas en agosto de 1780: despues en orden de 22 de noviembre de 1821 se mandó observar rigurosamente el orden de tornaguías, y que dos de los vistos despachasen aquellas cuyo valor excediese de quinientos pesos. En decreto de 9 de agosto de 1822, se mandó que sin disimulo se estrechase á la presentacion de tornaguías; y en el de 4 de setiembre de 1823 se habla de providencias alusivas á la materia.

## HA

El derecho de habitacion se constituye por contrato ó concesion; por última voluntad; por prescripcion; y por el juez en los juicios divisorios. Se estingue por muerte ó remision, como ya se ha dicho.

**HACIENDA PÚBLICA.** El cúmulo de los bienes del Estado; y la administracion de ellos. Véase *Estado, Fisco y Jurisdiccion de hacienda*.

† **HACIENDA MILITAR.** tiene su organizacion particular dirigida á la aplicacion oportuna de la consignacion del presupuesto de la guerra, á que las tropas estén en toda la Peninsula asistidas con la exactitud conveniente, y á la formacion y rendicion anual de los fondos puestos á su disposicion.

**HACIMIENTO DE RENTAS.** El arrendamiento de las rentas públicas hecho á pregon.

**HALLAZGO.** El acto de encontrar alguna cosa ó porque se busca ó solicita, ó porque la casualidad la ofrece; y tambien la misma cosa encontrada. El que halla y ocupa una cosa que carece de dueño, la hace suya propia y adquiere su dominio; *ley 5, tit. 28, Part. 5.* La ley atribuye la propiedad de las cosas de esta clase al primer ocupante, por evitarle la pena que tendria en verse privado de un objeto que esperaba retener para sí; por precaver los combates con los concurrentes sucesivos; por introducir la seguridad en la posesion y en los goces; y por prevenir la opresion continua en que estaria el débil si no se adjudicase al primer ocupante la cosa que á nadie pertenece; pues entónces seria del mas fuerte.

Por el hallazgo pues, unido á la ocupacion, hacemos nuestras las cosas que nunca han tenido dueño, como por ejemplo las piedras preciosas y demas que encontramos en la ribera del mar; y las que habiéndole tenido han sido echadas ó desamparadas por él con la intencion de no contarlas mas por suyas, ya sean muebles ó raices: *leyes 5, 48, 49 y 50, tit. 28, Part. 5.*

¿ Adquiriríamos por el hallazgo las cosas arrojadas en naufragio, las arrebatadas por los brutos, las desamparadas por miedo de enemigos ó ladrones, las que se encuentran perdidas sin saberse su dueño, el tesoro escondido cuyo dueño ya no se sabe quién es, y las minas de metales ó cualesquiera otras?

Las cosas arrojadas al mar por temor de naufragio ó de piratas son siempre del propietario, y no del que las saca ó las encuentra en la playa; pues no las echó aquel con el ánimo de que ya no fuesen suyas, sino por librarse de un riesgo que le amenazaba. Lo mismo debe decirse de las arrebatadas por las fieras, y de las abandonadas por miedo de ladrones ó enemigos; pues nunca se presume que el dueño pierda la esperanza de recobrarlas, y mucho ménos que forme la intencion de que ya no se cuenten en el número de sus bienes. *Leyes 49 y 50, tit. 28, Part. 5, y ley 7, tit. 9, Part. 5.*

Las cosas perdidas cuyo dueño se ignore, deben manifestarse por el que las halle al subdelegado de bienes mostrencos y vacantes ó al alcalde del pueblo, quien depositándolas en persona idónea las hará pregonar los dias de

mercado por espacio de 14 meses, y las entregará á su dueño si se presentare dentro de dicho término, sin mas costas que las causadas en su custodia ó manutencion; mas si ninguno las reclamase en dicho tiempo, las mandará vender y aplicar su producto á la construccion y conservacion de caminos; *leyes 2, 4, 5 y 6, tit. 22, lib. 10, Nov. Rec.*: bien que habiéndose suprimido la subdelegacion general de mostrencos y sus dependencias, debe hacerse ahora la manifestacion de las cosas perdidas y halladas ante la justicia ordinaria, y aplicarse el producto en defecto del dueño á la caja de amortizacion, con arreglo á la ley de 9 de mayo de 1835. Véase *Bienes mostrencos y Estado* (1).

El tesoro pertenece al que lo encuentra en su casa ó heredad, sea que lo haya buscado de propósito, sea que se le presente por aventura; mas el encontrado *casualmente* en casa ó heredad ajena se divide por mitad entre el hallador y el dueño de la heredad ó casa, ora el dueño sea el Estado ó el comun de algun pueblo, ora lo sea alguna persona particular; *ley 45, tit. 28, Part. 3, y ley de 9 de mayo de 1835, art. 1.* Dicese *casualmente*, pues si el descubrimiento no fuese efecto de la casualidad sino de escavaciones ó registros hechos de intento, todo el tesoro perteneceria al dueño del terreno; *d. ley 45, tit. 28, Part. 3.* Algunos autores han incurrido en el error de creer que la ley 3, tit. 22, lib. 10, Nov. Rec. corrigió la ley 45, tit. 28, Part. 3, y que segun ella debé ser del rey el tesoro sin dueño, dándose solo la cuarta parte al que lo hubiese encontrado: mas la atenta lectura de la ley recopilada manifiesta bastante que su objeto no es otro sino oscitar la denuncia de los bienes pertenecientes al rey con el premio de la cuarta parte de ellos; de modo que si sabiendo uno que en terreno real existe un tesoro ó ha sido buscado y encontrado por un tercero que lo calla, ó habiéndolo él encontrado por medio de escavaciones ó registros hechos de propósito, diere cuenta de ello á la autoridad, tendrá derecho á percibir la cuarta parte de lo que se hallare ó se hubiese hallado; pero si él mismo lo encuentra por casualidad, hará suya la mitad y la otra mitad será para el rey. En este sentido entiende Gregorio Lopez dicha ley recopilada en la glosa 7 de la citada ley 45, tit. 28, Part. 3; y como quiera que sea, la disposicion de esta ley 45 se halla confirmada por la ley de 9 de mayo de 1835. Véase *Estado y Tesoro*.

Las minas se rigen por leyes particulares que pueden verse en la palabra *Minas*.

[\* Las *leyes* que se citan en el aparte que habla del tesoro, no han tenido cumplimiento nunca en América, y en su lugar se ha observado el derecho siguiente. En la república de Méjico, con arreglo á lo dispuesto en la *ley 2, tit. 12, lib. 8 de la Rec. de Ind.*, de todos los tesoros encontrados en los sepulcros, oques, casas y otros lugares, en donde los Indios ofrecian sacrificios á sus ídolos, debe entregarse á la Hacienda pública el uno y medio por ciento del valor íntegro por derecho de fundicion, ensayo y marca, si el tesoro consiste en metales preciosos fundidos ó labrados, en perlas ó en piedras, y si en cobre, plomo ó estaño, solo el uno por ciento: del valor restante debe sacarse el quinto para el mismo destino, suponiendo, tanto para este abono como para el anterior, que no consta que ántes hayan sido satisfechos uno ni otro derecho; y por último se queda la misma Hacienda con la mitad del residuo sin deduccion alguna, guardando solo la otra mitad el descubridor por toda recompensa. Si el tesoro ha de buscarse de intento en cualquier otra parte, el que se propone este objeto debe ante todas cosas hacerlo presente al gobernador, para fijar ántes de comun acuerdo la parte que podrá reservarse, y

obtener el permiso necesario para hacer las escavaciones que le convengan. Aun entónces deben preceder á la concesion del permiso garantía formal, con persona, bienes y fianzas bastantes, de indemnizar los menoscabos que cause con sus operaciones en la propiedad ajena, y el nombramiento por parte del gobernador de una persona que intervenga en todos los trabajos para asegurar el pago de los derechos. Estos son el uno ó uno y medio por ciento segun el caso, como acabamos de decir, el quinto del residuo, y las partes que se hayan estipulado en favor de la Hacienda pública; teniendo presente que los gastos del descubrimiento han de quedar esclusivamente á cargo del que lo propone, sin que por ningun titulo puedan imputarse en la masa comun de los productos: *ley 1, tit. 12, lib. 8, Rec. de Ind.*

\*\* En las repúblicas de Venezuela y de Chile se observa en un todo el derecho vigente en la de Méjico, y contenido en las citadas *leyes de la Rec. de Indias*.

**HARINAS.** Véase *Granos*.

## HE

**HECHA.** En algunas partes el tributo ó censo que se paga por el riego de las tierras.

**HECHICERO.** Véase *Adivino*.

**HECHO.** Esta voz aisladamente tomada, tiene en jurisprudencia diversas acepciones que es preciso recorrer.

I. Un hecho puede ser objeto de una obligacion, pues que podemos obligarnos por medio de un contrato á hacer ó dejar de hacer alguna cosa. Mas para que la obligacion sea válida, es necesario que el hecho reuna las circunstancias siguientes: — 1<sup>a</sup>. que sea posible, *impossibilitum enim nulla est obligatio*, como dice la ley 85, *D. de regulis juris*: — 2<sup>a</sup>. que no sea contrario á las leyes ni á las buenas costumbres; *pacta enim quae contra leges constitutionesque, vel contra bonos mores fiunt, nullam vim habere indubitati juris est*, como dice la ley 6, *C. de pactis*, y como sienta igualmente la ley 28, tit. 11, Part. 3: — 3<sup>a</sup>. que esté bien determinado y preciso de manera que no quepa incertidumbre sobre las circunstancias necesarias para su ejecucion: — 4<sup>a</sup>. que la persona en cuyo favor se ha contraido la obligacion de ejecutarlo, tenga un interes ó utilidad apreciable en su ejecucion; porque como en el caso de que no existiese este interes, la ejecucion del hecho no causaria perjuicio al estipulante, y no daria por consiguiente lugar al resarcimiento de daños y perjuicios, podria la obligacion ser violada impunemente y seria por lo tanto nula y de ningun efecto. Mas si los hechos en que no se tiene interes apreciable, no pueden ser objeto de las obligaciones, pueden ser sin embargo carga ó condicion de ellas. Así pues, si tú te conviniere conmigo en venir á estudiar leyes á Madrid, esta convencion será nula, porque yo no tengo ningun interes apreciable en su cumplimiento; pero si convenimos en que yo te daré quinientos reales en el caso ó con la condicion de que vengas á estudiar á Madrid, mi obligacion será válida, aunque yo no tenga interes alguno en tu venida.

II. Los hechos, no solamente pueden ser objeto de las obligaciones, sino tambien causa ó origen de ellas. Mas es necesario distinguir entre los hechos lícitos y los ilícitos. Los hechos lícitos producen los cuasi contratos, y de ellos pueden resultar obligaciones así en favor como en perjuicio del autor de los mismos hechos. Los hechos ilícitos son delitos ó cuasi delitos; y siempre obligan al que los ha cometido á reparar el daño que hubiere causado, sin que jamas puedan producir obligacion á favor suyo. Véase *Cuasi contrato, Cuasi delicto, Delito, Culpa y Daño*.

III. La obligacion de hacer ó no hacer una cosa se reduce á la satisfaccion de daños y perjuicios cuando el deudor se

(1) Sobre disposiciones de Méjico, Venezuela y Chile en la materia, véase el artículo *Bienes mostrencos*.

resiste á ejecutarla, porque nadie puede ser forzado precisamente á un *hecho*, aunque pueda serlo á la *dacion* ó entrega de una cosa, pues de otro modo quedaria infringida la libertad natural del hombre y se le sujetaria á cierta especie de servidumbre, como dice Antonio Gomez, tom. 2, *Variar.*, cap. 10, n. 22. De aquí el axioma de derecho: *Nemo potest praeciari cogi ad factum*. Véase *Obligacion de hacer ó no hacer*.

IV. En virtud del derecho de propiedad que cada uno tiene sobre sus fundos, puede hacer en ellos lo que quisiere, con tal que no cause daño ni perjuicio á tercero; *leyes 13 y 14, tit. 32, Part. 3*; y aun cuando cause daño á tercero, podrá uno hacer en sus fundos lo que le acomode, con tal que lo haga por necesidad ó utilidad y no por el placer de causar daño; *ley 19, tit. 32, Part. 3*. Véase *Agua*.

V. La palabra *hecho*, considerada como sinónima de *accion*, *acto*, *cosa hecha*, es simple ó compuesta. — Es simple, cuando espresa un acto puramente material, desnudo de toda calificación moral. Si se dice, por ejemplo, que Pablo entró en su casa, que abrazó á sus hijos, que tomó un libro y que luego volvió á salir, se espresan cuatro hechos que todos son simples. — El hecho es compuesto, cuando contiene la materialidad del acto, y la calificación que este acto debe tener en sus relaciones con la moral ó con la ley. Así, cuando se dice que Pablo ha robado un caballo, se enuncia un hecho compuesto; porque la palabra *robo* espresa al mismo tiempo un hecho material de apoderamiento y sustracción, y una intención culpable de despojar al poseedor de la cosa robada, infringiendo el derecho de propiedad.

El conjunto de muchos hechos simples ó compuestos puede presentarnos por su combinacion y por consecuencia moral ó legal un hecho general y principal que no teniendo materialidad sino en los hechos elementales de que se deduce, debe llamarse *hecho moral*. Pablo, por ejemplo, pretende ser hijo legítimo de Pedro y de María; y no pudiendo probar su filiacion con la partida de nacimiento ó bautismo, justifica y demuestra su posesion de estado con una multitud de hechos que todos reunidos indican la relacion de filiacion y parentesco que tiene con la familia á que dice pertenecer, y el tribunal en su vista le declara hijo legítimo de Pedro y de María. Aunque la filiacion de Pablo haya sido en el órden de la naturaleza un hecho simple y físico, no es en este caso sino un hecho moral que se ha deducido de muchos hechos simples ó compuestos, y que no existe sino como una consecuencia legal de las pruebas ó justificaciones.

VI. La palabra *hecho* significa tambien el caso ó la especie de que se trata en una discusion ó litigio; y el *hecho* entónces es espesion de las circunstancias de que se compone el negocio contencioso: en cuya acepcion suele llamarse *punto de hecho*, por oposicion á *punto de derecho*. El *punto de hecho*, en un proceso, consiste asimismo en lo que se ha ejecutado, y muchas veces en lo que se ha dejado de ejecutar; y el *punto de derecho*, en la aplicacion y acomodamiento de la ley ó de las reglas de la justicia al *punto de hecho*.

En los escritos, informes y alegatos, deba la espesion del *hecho* preceder á la de los medios de derecho, ser sencilla, clara y analítica, y limitarse á los hechos que tienen relacion estrecha con el objeto de la causa; porque si se presenta recargada de hechos estraños, fatiga y distrae la atencion del juez y manifiesta que el abogado no tiene limpieza ni precision en las ideas, ó que no ha hecho mas que un exámen superficial del negocio que indiscretamente ha tomado á su cargo.

VII. La voz *hecho* se toma á veces en sentido contrapuesto á *derecho*: y así se usa de la espesion *de hecho*, para denotar que en una causa se procede arbitrariamente por via de fuerza y contra lo prescrito en el derecho.

**HECHO AJENO.** Todo lo que se hace, dice ó escribe por una persona con respecto á otra; lo cual se llama en juris-

prudencia *res inter altos acta*. Es principio de derecho, que el hecho ajeno no puede perjudicarnos, ni producir obligacion á cargo nuestro: *Nemo ex alterius facto praegravari debet*. Esta regla, sin embargo, admite algunas escepciones; tales son los casos en que un tutor obra por el menor, un marido por la mujer, un socio por toda la sociedad, etc. Véase *Contrato al fin*, *Prumesa y Accion perjudicial*.

**HECHOS JUSTIFICATIVOS.** Todos aquellos hechos que pueden servir para probar la inocencia de un acusado. Tales son, por ejemplo.

1º. La imposibilidad de haber cometido el delito. Tal seria el caso de que el acusado se hubiese hallado al tiempo de la accion en paraje lejano de aquel en que se verificó. Si acusado uno v. gr. de haber hecho un robo en Madrid el dia primero del año quisiese probar que este mismo dia se encontraba en Zamora, se le habria de admitir esta prueba, la cual podria hacerse tanto por instrumentos como por testigos.

2º. La oferta que hiciera el acusado, de probar que el delito de que se trata se ha cometido por otra persona, debé tambien admitirse como que es de un hecho justificativo.

3º. Otro tanto debe decirse del caso en que el acusado ofrezca justificar, que el robo que se le imputa no se ha verificado sino que es supuesto; que la persona que se dice asesinada vive todavia; que la muerte por envenenamiento de que se le acusa, no ha sido sino efecto de enfermedad natural ó de otra causa en que no ha tenido parte; que el homicidio que se le atribuye, ha sido realmente un suicidio.

4º. La demencia es igualmente un hecho justificativo, cuando existia al tiempo del delito imputado al acusado, porque no siendo libre la accion de un demente, no puede tampoco ser criminal. Lo propio ha de decirse de la accion que uno comete hallándose dormido, ó en estado de delirio, ó privado del uso de su razon de cualquiera manera independiente de su voluntad. Véase *Locura y Embriaguez*.

5º. Es asimismo un hecho justificativo el haber sido forzado el acusado á cometer la accion por alguna violencia material á que no haya podido resistir, ó por alguna órden de las que legalmente estaba obligado á obedecer y ejecutar, debiendo comprenderse en la violencia material las amenazas y el temor fundado de un mal inminente y tan grave que baste para intimidar á un hombre prudente y dejarle sin arbitrio para obrar. Véase *Miedo, Violencia y Obediencia*.

6º. Es tambien un medio eficaz de justificacion la necesidad de repeler á un injusto agresor. Véase *Defensa y Excusa*.

7º. La prueba de la vida licenciosa y disoluta de una mujer que acusa á uno de haberla violado, debe ser admitida como de un hecho justificativo.

8º. Cuando en poder de un acusado se encuentran las cosas robadas, puede alegar como hecho justificativo que las ha comprado de buena fe.

9º. Si á un particular se ocupan documentos que llevan el carácter de una conspiracion contra el rey ó contra el Estado, puede proponer como hecho justificativo la prueba de que estos documentos han sido depositados en su casa sin noticia suya, ó que se le han entregado por tal ó tal persona sin manifestarle su contenido.

10. Si con tu espada, tu cuchillo ó tu escopeta se ha cometido un homicidio, y puedes probar que habias prestado ó perdido estas armas muchos dias antes de la perpetracion del crimen, tendrás un hecho que te justifique.

11. Tendráslo tambien si pruebas que los testigos han sido sobornados, ó que tienen tachas que invalidan sus deposiciones.

12. Es por último una justificacion el acreditar que son falsos en el todo ó en alguna parte esencial los instrumentos presentados en el proceso, ó que en los autos ó diligencias se han añadido despues de su formacion ó verificacion algunas lineas ó palabras trascendentales.

**HERBAJE.** El conjunto de yerbas que se cria en los prados y dehesas; — cierto derecho que cobran los pueblos por el pasto de los ganados forasteros en sus términos concejiles y por el arrendamiento de los pastos y dehesas; — y un tributo que en la corona de Aragon se pagaba á los reyes al principio de su reinado por razon y á proporcion de los ganados mayores y menores que cada uno poseia.

**HERBAJERO.** El que toma ó da en arrendamiento las yerbas de prados ó dehesas.

**HERBOLARIO.** El que sin principios científicos se dedica á recoger yerbas y plantas medicinales para venderlas.

Ninguna persona puede vender yerbas secas ni frescas sin tener licencia para ello de la junta superior gubernativa de farmacia, quien no se la concederá sino previo exámen de su idoneidad, prescribiéndole al mismo tiempo el catálogo de las que haya de vender. El contraventor incurrirá en las multas pecuniarias que la junta estimare conducentes, cuya exaccion se hará pronta y ejecutivamente por el juez del reo en caso de resistencia á su pago; y habrá de responder además de los daños y perjuicios que hubiere ocasionado á la salud ó vida de alguna persona, debiéndosele formar causa en este caso por la justicia ordinaria con arreglo á derecho. *Ley 8, arts. 13, 14, 15 y 16, tit. 13, lib. 8, Nov. Rec.*

**HEREDAD.** Porcion de terreno cultivado; — y antiguamente hacienda de campo, bienes raices ó posesiones, como tambien herencia.

**HEREDAMIENTO.** Hacienda de campo; — y antiguamente herencia.

**HEREDAR.** Adquirir alguna herencia por disposicion testamentaria ó legal. Antiguamente significaba tambien darle á uno heredades, posesiones ó bienes raices; — nombrar ó instituir uno á otro por su heredero; — y adquirir la propiedad ó dominio de algun terreno.

**HEREDERO.** En lo antiguo se llamaba así el propietario de alguna heredad; y todavía en algunas partes se conserva esta significacion; de suerte que cuando se dice que tal ó tal camino es camino de herederos, se quiere dar á entender que es una servidumbre de camino que tienen mutuamente las heredades de un distrito para que sus dueños puedan pasar libremente de unas en otras. Esta significacion nos viene del derecho romano. Justiniano nos enseña en sus Instituciones, tit. *De heredium qualitate et differentia*, que la espression *acto de heredero* es lo mismo que *acto de propietario*, dando por razon que los antiguos llamaban herederos á los dueños ó señores: *veteres enim heredes pro dominis appellabant*; sobre cuyo texto observa Cuyacio que *heres* sale de *herus*, amo ó dueño.

**HEREDERO.** El que por disposicion testamentaria ó legal sucede en los derechos que tenia un difunto al tiempo de su muerte. La voz *heredero* se deriva, segun unos, de la latina *herus*, que significa señor ó amo; y segun otros, del verbo *herreo* que significa estar junto ó pegado á otro, porque el heredero está próximo á la persona á quien hereda, como su pariente ó muy amigo. Así es que en latin unos escriben *heres* y otros *heres*.

I. El heredero representa la persona del difunto, y aun ambos se consideran como una misma persona: *Heres censetur cum defuncto una eademque persona*: « Segun derecho, dice la ley 13, tit. 9, Part. 7, como una persona es contada la del heredero et la de aquel á quien heredó. »

II. La calidad de heredero no puede tener otro origen que la voluntad del hombre ó la disposicion de la ley; y de aquí viene la division general de herederos en *testamentarios* ó *insituidos*, y *legítimos* ó *ab intestato*. Los herederos testamentarios se subdividen en *forzosos* ó *necesarios*, y *voluntarios* ó *estrñños*; y pueden ser libres y absolutos, fiduciarios ó fideicomisarios, propietarios ó usufructuarios,

universales ó particulares. Los herederos legítimos ó ab intestato pueden subdividirse en herederos *por parentesco*, herederos *por matrimonio*, y herederos *anómalos*. Así los testamentarios como los legítimos pueden ser puros y simples ó beneficiarios.

III. Para que uno pueda tomar la calidad de heredero de una persona se necesita el concurso de dos circunstancias: 1.º que el difunto haya podido trasmitir su sucesion á sus herederos: 2.º que los herederos puedan recoger la sucesion del difunto. En cuanto á la primera circunstancia, puede verse la palabra *Testamento*: trataremos ahora de la segunda.

IV. Puede ser heredero, por testamento ó ab intestato, todo individuo ó cuerpo que no esté comprendido en alguna de las escepciones establecidas por la ley: todo *individuo*, sea hombre ó mujer, clérigo ó lego, libre ó esclavo, padre ó hijo de familias, mayor ó menor, cuerdo ó loco, mudo, sordo ó ciego, natural ó extranjero: todo *cuerpo* ó comunidad, como una ciudad, villa, ó concejo, un establecimiento, y la nacion ó el Estado. *Ley 2, tit. 3, Part. 6, y leyes 30, 31 y 32, tit. 1, Part. 6.*

V. La ley escluye de la sucesion á algunos por incapaces y á otros por indignos. La incapacidad y la indignidad proceden de causas muy diferentes. La incapacidad viene de la naturaleza ó de la ley: de la naturaleza, como en el caso del que sale muerto del vientre de su madre: de la ley, como en el caso del condenado á muerte civil. La indignidad proviene de la falta de cumplimiento de un deber hácia la persona, la honra ó la memoria del difunto á quien se pretende heredar. El incapaz no puede adquirir ni recibir la herencia: el indigno, capaz de lo uno y de lo otro, no puede conservar la herencia que ha recibido ó adquirido. *Indignus, dice Cuyacio, est capax jure, incapax effectu: incapax vero est incapax jure et effectu.*

VI. Son incapaces de heredar los siguientes:

1.º El que no habia sido concebido al tiempo de abrirse la sucesion, porque el que no existe ni aun en el vientre de su madre, no puede tener ni ejercer derechos: *Non entis nullae sunt qualitates*, como advierte Antonio Gomez, lib. 1, *Parlar.*, cap. 1, n. 9. Véase, sin embargo, lo que sobre este punto se dice mas adelante en el artículo *Hijo póstumo*.

2.º El hijo abortivo; está es, aquel en quien no concurren las circunstancias de haber nacido vivo todo, de haber vivido á lo ménos veinte y cuatro horas naturales, de haber sido bautizado, y de haber nacido en tiempo que podia vivir naturalmente; *ley 13 de Toro*. Véase *Abortivo*.

3.º El condenado á deportacion ó destierro perpétuo, ó á trabajar por toda su vida en las minas ú otras labores del rey, porque estas penas llevan consigo la muerte civil; *ley 4, tit. 3, Part. 6*. Mas como por real pragmática de 12 de marzo de 1771 están prohibidas las condenas á trabajos forzados por mas tiempo que el de diez años y ha cesado en su consecuencia la muerte civil; y como por otra parte puede hacer testamento, de que se infiere que tambien puede ser heredero, y ademas se ha abolido por la Constitucion de 1837 la pena de confiscacion de que solian ir acompañadas dichas condenas; no debe caber duda de que ya no tiene lugar en el dia esta incapacidad de adquirir herencias por testamento ó ab intestato.

4.º El hereje declarado por sentencia, el que se hace bautizar dos veces á sabiendas, y el apóstata que siendo cristiano se torna moro ó de otra secta; *ley 4, tit. 3, Part. 6*.

5.º Las cofradías, colegios y cualesquiera otras corporaciones erigidas contra derecho ó contra la voluntad del rey; *ley 4, tit. 3, Part. 6*.

6.º Los religiosos profesos de ambos sexos, como así está declarado por la ley 10, tit. 3, lib. 3 del Fuero Real, en

cuanto á las sucesiones testamentarias, y por la ley 17, tit. 20, lib. 10, Nov. Rec. en cuanto á las sucesiones ab intestato: con la diferencia de que segun la ley del Fuero Real podian dejarse los bienes por testamento á los conventos ó monasterios, y segun la ley recopilada no podian los religiosos ni sus conventos ó monasterios con titulo de representacion ni bajo otro concepto reclamar las herencias ab intestato (1). Por la ley 13, tit. 20, lib. 10, Nov. Rec. y por real cédula de 30 de mayo de 1830 se declaran nulas las mandas que fueron hechas en la enfermedad de que uno muere, á su confesor, sea clérigo ó religioso ó á deudo de ellos ó á su iglesia ó religion. Véase *Religioso*.

7º. Los traidores declarados por sentencia y sus hijos varones, los cuales no pueden recibir herencia, ni mandas de sus parientes ni de los estraños por testamento ni ab intestato; pero las hijas pueden heredar la cuarta parte de los bienes de sus padres; *leyes 1 y 2, tit. 2, Part. 7, y leyes 1 y 2, tit. 7, lib. 12, Nov. Rec.* En el dia ninguna pena es trascendental á la familia del que la sufre, ni aun en los delitos de traicion ó lesa majestad, segun el art. 305 (que rige como decreto) de la Const. de 1812; y ademas está abolida la confiscacion segun el art. 10 de la Const. de 1837: por lo cual ha cesado ya la incapacidad para heredar de que aquí se trata. Véase *Hijos de traidores*.

8º. Los hijos ilegítimos tienen tambien incapacidad para heredar á ciertas personas y en ciertos casos, como se verá en los diferentes artículos de la palabra *Hijos*.

#### VII. Son indignos de heredar:

1º. Los herederos forzosos que han sido desheredados por alguna de las justas causas que designa el derecho y que se enumeran en la palabra *Desheredacion*. Mas esta indignidad puede considerarse bajo cierto punto de vista como verdadera incapacidad con respecto á la sucesion del desheredante, la cual pasa á los llamados por este ó á sus herederos legítimos.

2º. El heredero testamentario ó ab intestato que por obra, consejo ó culpa hubiese causado ó contribuido á causar la muerte de la persona de cuya sucesion se trata; *ley 4, tit. 9, lib. 5, Fuero Real, y ley 13, tit. 7, Part. 6*. Como para incurrir en este caso de indignidad es indispensable que haya intervenido acto criminal, culpa ó consejo, parece claro que no debe escluirse como indigno el que no ha dado la muerte al difunto sino por la necesidad de una legítima defensa. Tal es á lo ménos la opinion de Voët, sobre el Digesto, tit. *De his que ut indigni auferuntur, n. 7*. El indulto y la prescripcion estinguen la pena merecida por el delito, pero no estinguen la indignidad; y así es que aunque el heredero homicida obtuviere el perdon de su crimen ó prescribiere la pena designada por las leyes, no por eso podrá reclamar la herencia que habia perdido.

3º. El varon mayor de veinte y cinco años, que instruido de la muerte alevosa ó injusta dada á la persona á quien hereda, no tratare de vengarla en juicio, poniendo querrela ó acusacion ántes de tomar posesion de la herencia si la muerte acaeci6 por obra ó consejo de algun individuo de la familia del difunto, y dentro de cinco años si fué causada por personas estrañas; *leyes 4 y 5, tit. 9, lib. 5, Fuero Real, leyes 13, tit. 15 y 16, tit. 7, Part. 6, y ley 11, tit. 20, lib. 10, Nov. Rec.* Mas no puede oponerse la falta de acusacion ó querrela á los ascendientes y descendientes del homicida,

(1) De esta prohibicion de heredar están exceptuados los excoadjutores y sacerdotes profesos de la estinguida Compañia de Jesus, y por analogia de razon todos los regulares esclaustrados, principalmente los que lo son por haber suprimido el Gobierno los conventos de su órden; *real céd. de 5 de diciembre de 1783, comunicada á Indias por real órd. de 30 de julio de 1784* (Beleña, 5ª. fol., pág. 558 y 559, ns. 622 y 723, y tomo 2º, pág. 588, n. 74,) y *nota 2, tit. 20, lib. 10, Nov. Rec.*

ni á sus hermanos ni á su cónyuge, porque la ley 2, tit. 1, Part. 7, y las leyes 3, 4 y 5, tit. 2, Part. 5, prohiben á estas personas el acusarse unas á otras; de suerte que si el homicida de la persona de cuya sucesion se trata, fuese descendiente ó ascendiente ó hermano ó mujer del heredero, no podrá este acusarle, ni de consiguiente ser declarado por falta de acusacion indigno de la herencia. Así piensa Gregorio Lopez en la glosa 8ª. de la ley 13, tit. 7, Part. 6, fundándose en la autoridad de varios comentadores del derecho romano; y así se halla establecido en el código civil de Francia, art. 728. — Tampoco puede oponerse al heredero la falta de acusacion ó querrela, si no se supiere quién era el matador ó si este no se hallase en la tierra; *ley 5, tit. 9, lib. 5, Fuero Real, y ley 11, tit. 20, lib. 10, Nov. Rec.* ó si otro se hubiese anticipado á denunciar ó acusar al homicida; *Greg. Lopez, d. gl. 8.* — Si el difunto perdonó al homicida, ¿deberá, sin embargo, perseguirle el heredero? Ni el deber de hijo ni el celo y solicitud de heredero, dice la ley *divus Marcus, 2, D. de senatuscon. Silan.*, deben provocar el castigo de aquellos á quienes absolvió el difunto: *Nec pietas fuit nec sollicitudo heredis obtinere debet, ut ad penam vocentur quos absolvit dominus ipse.*

4º. El heredero testamentario que abriese el testamento ántes de acusar á los matadores del testador, sabiendo quiénes son; mas n6 si lo ignora ó es aldeano necio; *ley 13, tit. 7, Part. 6*. Gregorio Lopez quiere que no baste la apertura del testamento para incurrir en indignidad, sino que ademas sea necesaria la adiccion de la herencia. Si la opinion de Gregorio Lopez es razonable, hablando en general, lo será mucho mas cuando el heredero no supiere su institucion hasta despues de la apertura del testamento, lo cual naturalmente debe de suceder en el caso de que el testamento sea cerrado.

5º. El que tuviere acceso con la mujer del que le instituyó heredero, *ley 13, tit. 7, Part. 6*. Gregorio Lopez añade que tambien seria indigno el que tuviese acceso con la hija ó nuera del testador, fundándose en la ley 9, tit. 26, Part. 4, que así lo establece con respecto á la sucesion de los fendos. La ley no dice si el acceso ha de haberse cometido en vida del testador que lo ignoró ó despues de su muerte; pero Gregorio Lopez cree, que como la ley habla indistintamente, debe aplicarse á los dos tiempos. La ley hace mencion aqui solamente del heredero testamentario: ¿habrá de aplicarse su disposicion igualmente al heredero legítimo? La razon es la misma; y la injuria que en este caso hace un estraño al que le nombró su heredero, no es mayor que la que haria con tal accion un hijo á su padre, un padre á su hijo, y un hermano á su hermano que respectivamente les dejasen sus bienes ab intestato.

6º. El que acusare de falso, y sostuviere su acusacion hasta sentencia, aunque fuese como procurador ó abogado, el testamento en que fué instituido heredero y que por fin se declara legítimo, á no haberlo acusado por mandato ó en beneficio del rey, ó en favor de algun huérfano de quien fuese tutor ó curador; *ley 13, tit. 7, Part. 6*. Gregorio Lopez quiere que para incurrir en esta indignidad haya de tener el heredero mas de veinte y cinco años de edad, y que baste para evitarla el desistir de la acusacion de falsedad ántes de la sentencia de la última instancia.

7º. El que prestare su nombre á un testador para que lo instituya heredero con el objeto de recibir la herencia y pasarla despues al que por derecho es incapaz de heredar; *ley 13, tit. 7, Part. 6*. Luego que se descubre el fraude, queda sin efecto la disposicion testamentaria; y tanto el heredero fiduciario como el fideicomisario, esto es, tanto el heredero instituido como el que por su interposicion ha de percibir los bienes hereditarios, deben quedar privados de la sucesion: este último como incapaz, y aquel como cul-

pable de un fraude que le hace indigno. Mas si el fideicomisario delatare ó descubriere este fideicomiso tácito ó secreto, tendrá derecho cuando ménos á la mitad de los bienes de la herencia, como dispone la ley 14, tit. 7, Part. 6.

8º. El mayor de diez y ocho años que sabiendo que su padre ú otro ascendiente se halla en estado de demencia ó imbecilidad, le deja abandonado y permite que le recoja y cuide un extraño; quien si le tuviere en su casa hasta su fallecimiento habrá derecho en premio á los bienes de la sucesion, con esclusión de los herederos, así en el caso de que el difunto hubiese hecho testamento antes de su imbecilidad ó locura como en el de que muriese intestado; leyes 5, 6 y 17, tit. 7, Part. 6, y glosa 10, de Greg. Lopez. Si nadie hubiese recogido y cuidado al imbécil ó demente; todavía serán los hijos mas indignos de sucederle, y habrán de ser con mas razon privados de la herencia; Greg. Lopez, glosa 9 de d. ley 5, tit. 7, Part. 6.

9º. El mayor de diez y ocho años que teniendo derecho por testamento ó ab intestato á la sucesion de alguno que se halla cautivo, no quiere redimirle pudiendo hacerlo, y le deja morir en poder de los enemigos; en cuyo caso se destinarán los bienes hereditarios á la redencion de cautivos, leyes 6, 11 y 17, tit. 7, Part. 6. Gregorio Lopez dice que la indignidad del heredero tiene lugar no solo cuando no quiso redimir á la persona de cuya sucesion se trata, que se hallaba en poder de enemigos ó de ladrones ó de piratas, sino tambien cuando no quiso librarla de la cárcel en que habia sido puesta por el juez ó de la pena en que habia incurrido, con tal que la pena ó la cárcel fuese redimible por dinero.

10º. El que hubiese causado ó procurado causar á su hermano de hecho ó por acusacion la pérdida de la vida ó de miembro ó de la mayor parte de los bienes, pues ni en el caso de que este muera intestado ni en el de que haya instituido á una persona infame, podrá reclamar los derechos que á la herencia tendria sin aquellas muestras de ingratitud ó aversion; ley 12, tit. 7, Part. 6.

11º. El que esperando heredar á uno por testamento ó ab intestato, le impidiere hacer testamento ó mudar el ya hecho, usando con él de violencias ó amenazas, ó intimidando al escribano ó á los testigos; y el que sirviéndose de los mismos medios obligare á otro á testar en su favor; leyes 26 y 27, tit. 1, Part. 6.

12º. El padre ó madre que espusiere ó permitiere que sea espuesto su hijo legitimo ó natural, pues por solo el hecho de la esposicion pierde la patria potestad y todos los derechos que en vida ó muerte tuviese sobre el hijo y sus bienes; ley 1, tit. 22, lib. 4 del Fuero Real; ley 4, tit. 20, Part. 4; y ley 5, art. 23, tit. 37, lib. 7, Nov. Rec. Mas esta indignidad se entiende solo de la sucesion ab intestato; pues el testamento del hijo á favor de sus padres seria una prueba de que habia perdonado esta injuria.

13º. La madre y demas parientes del huérfano menor de catorce años, que viendo á este sin tutor testamentario y no queriendo serlo legitimo ninguno de ellos, dejaren de pedir oportunamente al juez el nombramiento de tutor dativo que tenga probidad y facultades para responder de la administracion de la tutela; ley 12, tit. 16, Part. 6. Esta indignidad, del mismo modo que la anterior, debe entenderse igualmente con respecto á la sucesion del huérfano que muriese sin testamento, como advierte dicha ley 12.

VIII. Tales son los incapaces y los indignos de suceder segun las leyes.

El incapaz se considera, ya para toda especie de sucesiones, ya para la sucesion de que se trata, segun los casos, como si no existiese. Mas hay una diferencia muy notable entre los herederos forzosos y los extraños: los primeros pueden adquirir la herencia, con tal que estén libres de incapacidad al tiempo de la muerte de la persona de cuya su-

cesion se trata; y los segundos no pueden adquirir la herencia, si no están esentos de incapacidad en tres tiempos, esto es, al de su institucion ó nombramiento, al de la muerte de dicha persona, y al de la aceptacion ó adicon de la herencia; ley 22, tit. 5, Part. 6. La sucesion que corresponderia al incapaz, si no lo fuese, pertenece por serlo al sustituto si le hay; en su defecto, al que tenga el derecho de acrecer; y por falta de uno y otro, al heredero ab intestato; d. ley 22, tit. 5, Part. 6. Véase *Acrecencia y Heredero sustituto*.

Los incapaces de heredar son incapaces, generalmente hablando, con respecto á todas las sucesiones, excepto algunos que solamente lo son con respecto á sucesiones determinadas. Aquellos se llaman *simpliciter* incapaces, y estos incapaces *secundum quid*. Mas los indignos nunca son indignos de heredar á todas y cualesquiera personas, sino solamente á aquellas contra quienes han cometido los actos que constituyen la indignidad.

IX. La herencia de que se priva al indigno, corresponde al fisco en los casos números 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º y 11, segun la ley 15, tit. 7, Part. 6, y las leyes 26 y 27, tit. 1, Part. 6. Pero habiéndose abolido la confiscacion y no habiendo ya pena alguna que sea trascendental á la familia del que la sufre, parece que debe considerarse derogada indirectamente la disposicion de estas leyes en cuanto á la aplicacion que hace al fisco de la herencia que al indigno se quita.

X. Es pues ahora necesario arreglar el orden de las sucesiones que pierden los indignos, del mismo modo hasta cierto punto que el de las que no pueden adquirir los incapaces. Si el indigno es heredero extraño instituido por testamento, la herencia de que se le escluye pertenecerá al sustituto si le hay, en su defecto al que tenga el derecho de acrecer, y por falta de uno y otro al heredero ab intestato del testador. Si el indigno es heredero legitimo, pasará la sucesion al que despues del indigno fuere llamado por la ley para suceder al que muere sin testamento, sin que los hijos del indigno puedan venir en representacion de su padre, ya porque no se representan las personas vivas, ya porque el indigno no puede ser representado vivo ni muerto, pues que en este caso es un hombre sin derechos. Así es, que si un hijo *único* que uno deja es declarado indigno de la sucesion de su padre y tiene hijos, vendrán estos hijos del indigno *por su propio derecho* á la sucesion de su abuelo, como parientes mas próximos del difunto; no debiendo recaer sobre ellos la indignidad de su padre, pues que siendo personales las faltas, deben serlo tambien las penas. Mas si dos hermanos suceden á su padre difunto y uno de ellos es declarado indigno, no podrán los hijos de este tomar parte alguna en la sucesion de su abuelo, sino que su tio heredará por entero como pariente mas inmediato, sin que ellos tengan derecho á ser admitidos como representantes de su padre.

XI. Como los efectos de la indignidad son puramente relativos á la sucesion de la persona contra quien se ha cometido la falta, culpa ó delito, es consiguiente que aunque los hijos del indigno no puedan representar á su padre en la sucesion de su abuelo, como se ha dicho, podrán sin embargo representarle, si hubiese muerto, en la de su bisabuelo que falleciere despues, porque el mismo padre, si viviera, no seria indigno con respecto á esta sucesion sino solo con respecto á la del abuelo padre suyo.

XII. Ya que los hijos del indigno que vienen á la sucesion por su propio derecho y sin el auxilio de la representacion, no deben ser escluidos por la culpa ó el delito de su padre; ¿tendrá este padre sobre los bienes de esta sucesion el usufructo que la ley concede á los padres sobre los bienes de sus hijos? Es un principio, que la herencia una vez acep-

tada deja de ser herencia y pasa á ser patrimonio del heredero, *hereditas adita non est amplius hereditas, sed patrimonium heredis*; y de consiguiente, siendo propios de los hijos los bienes que por su propio derecho adquirieron de la sucesion de su abuelo, parece que el padre debe tener sobre ellos el usufructo legal. La ley francesa, sin embargo, no quiere que el padre pueda reclamar en caso alguno el usufructo sobre esta especie de bienes; *cód. civ., art. 750*. La disposicion que adopta la ley francesa es con efecto muy justa, muy consiguiente consigo misma, muy conforme con los principios del derecho, y debe ahora segun mi opinion seguirse tambien entre nosotros como arreglada al espíritu de nuestra legislacion. El que en virtud de prohibicion legal no puede hacer ni lograr directamente una cosa, no puede tampoco hacerla ni obtenerla por medios indirectos: asi es que el incapaz de heredar á una persona no puede percibir su herencia por medio de otras personas interpuestas, segun se echa de ver en la ley 13, tit. 7, Part. 6, que mas arriba se ha citado: y no solo no puede el incapaz percibir la herencia por medio de personas interpuestas, pero ni aun adquirir de modo alguno el usufructo de ella, segun establece Antonio Gomez en el número 17 de su comentario á la ley 9 de Toro, donde despues de sentar que puede el abuelo instituir heredero á su nieto nacido de un hijo espurio, incestuoso ó de condenado ayuntamiento, sostiene que el nieto ganará y conservará tanto el usufructo como la propiedad, con exclusion de su padre que se considera incapaz de uno y otro. Del mismo modo pues, el que por indignidad no puede percibir directamente los bienes hereditarios de su padre, no debe tampoco disfrutarlos cuando hayan pasado á poder de su hijo; y todavia es mas fuerte la razon que milita para escluir del usufructo al indigno, que la que hay para escluir al incapaz, pues que la indignidad es efecto de un hecho propio, al paso que la incapacidad no procede aquí sino de un hecho ajeno. El objeto de la ley que escluye al indigno es privarle absolutamente no solo de la propiedad sino tambien y aun mas principalmente del usufructo de dichos bienes, por evitar á la sociedad el escándalo de ver á un hombre complacerse y gozarse con los despojos de una persona contra quien ha pecado ó delinquido; y en tanto grado es tan completa privacion el objeto de la ley, que para que nunca pueda llegar el caso de que el indigno recoja ni aun por las vias mas indirectas y remotas los bienes de su víctima, manda que desde luego de la apertura de la sucesion se apliquen estos al fisco, envolviendo en la exclusion de ellos al indigno y á toda su descendencia. Ya pues que ahora, en virtud de los nuevos principios que se han proclamado, ó por mejor decir, en virtud de los principios primitivos de nuestra antigua legislacion que se han restablecido como se encuentra en la ley 7, título 1, libro 6 del Fuero Juzgo, queremos que ninguna pena, ni aun la de la indignidad, recaiga sobre los hijos del culpable, no será justo ni moral que concediendo á este el usufructo sobre los bienes de la sucesion que ha desmerecido, hagamos casi enteramente ilusoria la ley que con tanta razon se los quita; la cual debe subsistir en todos sus efectos con respecto al padre, sin sufrir mas modificaciones que las que convengan á los hijos para no ser postergados al fisco.

XIII. La indignidad ha de probarse por el que la alega contra la persona á quien trata de escluir de la herencia por esta causa, y es materia por lo tanto de una accion judicial. Esta accion es puramente civil, pues que no tiene por objeto sino la adquisicion de bienes: debe introducirse ante el juez del domicilio del heredero, por ser accion personal, fundada sobre un hecho personal; bien que si la cuestion de indignidad se suscitare incidentalmente en un juicio sobre peticion ó particion de herencia, se habrá de fallar por el juez que conociere de la demanda principal: no se estingue sino

por el transcurso de tiempo que es necesario para prescribir las acciones de su clase: y puede ejercerse por todos los llamados á recoger los derechos de que el indigno debe quedar despojado, de suerte que puede acaecer que un hijo indigno se vea escludido por un colateral hasta el décimo grado, por un hijo ilegítimo, por el cónyuge sobreviviente, y aun por el fisco.

XIV. El indigno declarado está obligado á restituir con los bienes hereditarios todos los frutos y rentas que hubiere percibido desde la apertura de la sucesion, como asimismo los intereses de las cantidades que hubiere cobrado por créditos del difunto ó por venta de cosas de la herencia, pues es poseedor de mala fe y debe ser tratado como tal; *l. 1, de his quib. ut indign.; y l. 18, D. de his que ut indign. aufer.* Si era deudor del difunto, su deuda estinguida por confusion en todo ó en parte, renacerá contra él; y si por el contrario era acreedor, su crédito renacerá igualmente en beneficio suyo, pues que debe quedar en la misma posicion que si nunca hubiera sido heredero.

Mas si el indigno ántes de la declaracion de su indignidad ó á lo ménos ántes de la contestacion del pleito, vendió, donó ó hipotecó algunos de los bienes hereditarios, ó pleiteó y transigió con algun tercero sobre ellos; ¿podrá el que le escluye de la sucesion mirar como nulos todos estos actos y otros semejantes? En cuanto á los actos y contratos celebrados á título oneroso y de buena fe por personas que igneraban la indignidad del sugeto con quien trataban, no hay duda de que deben ser mantenidos por el escluyente salvo su derecho para pedir al escludido, si hubiere lugar, la correspondiente indemnizacion, porque el indigno escludido era heredero hasta su exclusion y disponia de cosas que todavia le pertenecian como á tal. En cuanto á las enajenaciones á título gratuito, puede decirse que las donaciones hechas ántes de la sentencia de indignidad pueden revocarse por el que la ha obtenido á su favor, no obstante la buena fe de los donatarios, en virtud de la regla *resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis*, la cual es aplicable á los donatarios, porque tratan de hacer una ganancia, *certant de lucro captando*, y nó á los adquirentes por título oneroso, porque tratan de evitar una pérdida, *certant de damno vitando*. Sin embargo, es preciso reconocer, que la distincion que en ciertos casos debe hacerse entre los que combaten por evitar una pérdida y los que combaten por hacer una ganancia, no encuentra en la presente especie una aplicacion muy exacta; porque en realidad el que ha escludido al indigno, recoge por esta exclusion un derecho que no poseia, hace por consiguiente una ganancia, y se halla por lo mismo bajo este aspecto en una posicion semejante á la de los donatarios, quienes tienen ademas sobre él la ventaja de la posesion; *et in pari causa melior est conditio possidentis*. Como quiera que sea, si la donacion se hubiese hecho por el indigno por razon de matrimonio del donatario, sería entonces ménos capaz de revocacion, porque habiendose procedido tal vez en vista de la donacion á la celebracion del matrimonio, no deberia dejarse burlada la confianza de los esposos y de sus familias que suponemos de buena fe, sin que por eso dejase de tener recurso el heredero contra el indigno para el resarcimiento.

XV. Como el heredero representa la persona de aquel á quien sucede, segun se ha sentado mas arriba, llamándose por eso *successor in universum jus quod quis tempore mortis habuit*, es consiguiente que pasen á él los derechos activos y pasivos que tenia el difunto al tiempo de su muerte, esto es, así los bienes, créditos, derechos y acciones que tenia este á su favor, como las obligaciones y deudas que tenia contra sí.

Esta es la regla general, pero regla que no carece de excepciones importantes. No todos los derechos absolutamente

ni todas las obligaciones del difunto se transmiten á su heredero.

Hay con efecto derechos tan inherentes á la persona que se acaban y estinguen con ella. Tales son los derechos de usufructo, de uso y de habitacion; siendo de notar, sin embargo, que si un usufructuario cediese á otro el ejercicio de su derecho, y el cesionario llegase á morir ántes que el cedente, continuarían los herederos de aquel con el goce de dicho ejercicio durante la vida de este último, como se decide en la ley 8, D. *de commodo et periculo rei venditæ*. Tales son tambien los privilegios personales del difunto, que no estaban fundados sino en el favor particular debido á su persona, sin relacion alguna con sus bienes, como por ejemplo el beneficio de competencia; pero no los privilegios que tienen por objeto la conservacion de los bienes mas bien que el favor á la persona, pues estos pasan á los herederos, como v. gr. el beneficio de la restitucion de los menores, el del senadoconsulto Velejano y el del senadoconsulto Macedoniano, cuya causa principal es la lesion que sufren los menores, las mujeres y los hijos de familia. Véase *Privilegio*. Tales son asimismo el derecho de un donador para revocar la donacion por causa de ingratitud; el de un marido para intentar contra su mujer la accion de adulterio; el de un injuriado para pedir satisfaccion de la injuria. Véase, no obstante, lo que se dice en los artículos *Donacion é Injuria*.

Así como hay derechos que se estinguen con la persona del difunto, hay igualmente obligaciones que se acaban del mismo modo y no pasan á los herederos. Tales son las obligaciones que consisten en servicios que exigen industria, ciencia ó habilidad en la persona que ha de prestarlos: *officia industrialia ad hæredem non sunt transitoria*, como dice Gregorio Lopez en la glosa 3<sup>a</sup>. de la ley 2, tit. 8, Part. 5. Tales son tambien las obligaciones penales que provienen de delito ó cuasi-delito, las cuales no pasan á los herederos sino solo en el caso de que se hubiese entablado y contestado el pleito en vida del ofensor y del ofendido. Véase *Accion penal y Acusado*.

XVI. No solo tiene que llenar el heredero las obligaciones de la persona á quien sucede, ménos las que se estinguen con ella, sino entregar tambien á los interesados los legados y mandas hechas por el difunto y cumplir las cargas y gravámenes que este le hubiere impuesto, con tal que no le disminuyan su legitima en caso de tener derecho á ella por ser descendiente ó ascendiente. Véase *Legados, Legítima y Albacea*.

XVII. Debe asimismo el heredero ab intestato hacer el entierro, exequias, funerales y demas sufragios que se acostumbren en el pais, con arreglo á la calidad, caudal y circunstancias del difunto; y en caso de no cumplir con esta obligacion, debe ser compelido á ello por su propio juez, sin que por dicha omision y para el efecto referido pueda mezclarse ninguna justicia eclesiástica ni secular en hacer inventario de los bienes hereditarios, los cuales deben entregarse al heredero integros sin deduccion alguna; *ley 14, tit. 20, lib. 10, Nov. Rec.* La misma obligacion tiene el heredero testamentario en caso de que el testador nada hubiese dispuesto sobre este asunto. Véase *Albacea*. — La ley 36 de Toro (*ley 15, tit. 20, lib. 10, Nov. Rec.*) dispone que cuando el comisario encargado por el difunto no hizo testamento por haber pasado el tiempo designado, ó por no haber querido ó por haber muerto sin usar de esta facultad; el heredero ab intestato que es quien ha de percibir entónces la herencia, haya de invertir la quinta parte de ella, no siendo descendiente ni ascendiente, por el alma del testador dentro del año contado desde el fallecimiento de este mismo, debiendo compelerle á ello en caso de morosidad la justicia ordinaria. ¿Habrá de considerarse como regla general esta

disposicion de la ley 36 de Toro, de manera que siempre que uno muera intestado por no haber hecho testamento por sí, ni dado comision para que otro lo haga por él, esté obligado el heredero ab intestato que no sea descendiente ó ascendiente, á emplear el quinto de los bienes hereditarios por el alma del difunto? La disposicion de la ley de Toro debe limitarse al caso de que habla, ya porque toda disposicion gravosa debe reducirse mas bien que estenderse, ya porque quien da poder á otro para testar manifiesta su voluntad de que disponga del quinto en beneficio de su alma, como está mandado por las leyes 32 y 36 de Toro; lo que ni se ordena ni se presume en otros casos. Véase *Funerales*.

XVIII. Como el heredero, sea testamentario ó ab intestato, se considera una misma persona con el difunto, tiene que satisfacer las deudas que este dejó y entregar las mandas que hizo, aun cuando importen mucho mas que los bienes hereditarios; y no puede sacar de estos lo que el difunto lo debia, ni tampoco está en el caso de pagar á los mismos lo que él debia al difunto, porque todas sus deudas activas y pasivas quedan estinguidas por la *confusio* que se verifica de derecho entre sus bienes y los de la persona á quien sucede. Mas para evitarle estos males, le concede la ley dos beneficios; á saber, el de deliberacion y el de inventario: por el primero puede usar de cierto plazo para averiguar los bienes y deudas de la herencia y resolver en su vista si le conviene mas admitirla ó repudiarla; y por el segundo puede hacer constar mediante instrumento legitimo los bienes en que consiste la herencia para no quedar obligado sino en cuanto importaren. Véase *Aceptacion de herencia, Beneficio de deliberacion y Beneficio de inventario*.

XIX. Aunque el heredero es representante del difunto, no se reviste de esta calidad hasta que acepta la herencia, sea pura y simplemente por palabras ó por hechos, sea con beneficio de inventario; pero una vez aceptada, cualquiera que sea la época de la aceptacion, se reputa heredero y por consiguiente propietario y aun poseedor de los bienes hereditarios desde la muerte del difunto, pues los efectos de la aceptacion se retrotraen al dia de dicha muerte. Las consecuencias de este principio son importantes, segun puede verse en los artículos *Aceptacion de herencia y Beneficio de inventario*.

XX. Como el heredero se reputa heredero desde el fallecimiento de la persona á quien hereda, segun se acaba de sentar, porque desde aquel punto quedan sin dueño los bienes que este deja y deben pasar á las personas llamadas por la ley ó por la voluntad del testador, importa mucho averiguar y fijar el momento preciso de dicho fallecimiento, para saber quién es el heredero, especialmente cuando en un mismo acontecimiento perecen dos ó mas personas que la disposicion testamentaria ó legal llama respectivamente á sucederse la una á la otra. Véase *Muerte simultánea*. — Tambien interesa mas de una vez en materia de sucesiones fijar la época del nacimiento. Véase *Nacimiento y Nacimiento simultáneo*.

XXI. Puede el heredero testamentario ó legitimo apoderarse por sí mismo de la herencia que se hallare vacante; *ley 11, tit. 6, Part. 6*. Pero si otro poseyere los bienes que la constituyen, ó le disputare la calidad de heredero, deberá el que se tiene por tal pedir al juez, con presentacion de los correspondientes documentos, que le declare heredero y le ponga en posesion de los bienes hereditarios. Véase *Herencia*.

Dicen algunos autores, y entre ellos Febrero, apoyándose en la ley 3, tit. 54, lib. 11, Nov. Rec., que el que entra en la herencia sin autorizacion judicial, habiendo otros coherederos, pierde por el hecho mismo el derecho á ella. Mas lo que dispone la ley es que si habiendo descendientes ú otros parientes que por testamento ó ab intestato tienen de-

recho de heredar los bienes que dejó el difunto, se apodera a algún tercero de ellos bajo protesto de que se hallan vacantes y de que los herederos no han tomado corporalmente su posesion, pierda cualquier derecho que en ellos tuviere, y no teniendole los resultuya con otros tantos en castigo de su osadía

**XXII** Cuando hubiere dos o mas herederos cada uno de ellos tiene derecho a pedir que se divida la herencia para disfrutar independientemente la parte que le corresponde, cada uno debe contribuir en proporcion de su haber hereditario al resarcimiento de los gastos que durante la particion se hubieren hecho para la conservacion o defensa de la herencia y cada uno es responsable proporcionalmente de las deudas del difunto, de modo que el que se viere reconvenido por el todo de una deuda puede obligar al acreedor a que dirija tambien su accion contra los otros, sin perjuicio del derecho de hipoteca que este tuviere sobre alguna finca determinada, y sin que por eso dejen de estar obligados todos hipotecariamente por el todo de la deuda *Vease Particion de herencia*

El heredero puede ser demandado, para la entrega o pago de legados, ante el juez de su domicilio, o ante el del lugar donde hubiese empezado a pagarlos, o donde estuviese la mayor parte de los bienes del testador, o donde se halla la cosa legada, o donde el testador hubiese mandado que se hiciese el pago, *ley 48, tit 9, Part 6* mas en materia de deudas se le tiene que demandar generalmente hablando, ante el juez de su propio domicilio

**HEREDERO INSTITUIDO O TESTAMENTARIO** La persona que nombra el testador para que despues de su muerte le suceda en sus bienes, acciones y derechos Los herederos instituidos o testamentarios excluyen siempre a los legitimos o ab intestato, con tal que sea valida su institucion *Quandiu possit valis et testamentum, tándiu legitimus non admittitur, ley 89, D de rey ju* El testador no siempre es libre en instituir herederos a cualesquiera personas, pues si tuviere descendientes o ascendientes legitimos en linea recta, esta obligado a dejarles todos sus bienes, menos cierta parte determinada de que puede disponer a no ser que los desherede en virtud de alguna de las justas causas que señalan las leyes De aqui viene la division de herederos testamentarios en forzosos y estraños

**HEREDERO FORZOSO O NECESARIO** El que no puede ser excluido de la herencia por el testador sin causa legal tales son todos y solos los parientes del testador por linea recta, esto es, los descendientes y ascendientes legitimos, sin limitacion de grados, y en algunos casos lo son tambien los legitimos, como se veira mas abajo Dicese *forzoso y necesario*, porque el testador no puede prescindir de nombrarle heredero, y bajo cierto aspecto se llama tambien legitimo porque la ley prohibe que se le prive de la herencia

I El hombre puede en general disponer libremente de sus bienes, pero la ley le limita esta facultad en ciertos casos, y no quiere que el que tiene descendientes o ascendientes pueda dar a estraños toda su fortuna, y desconocer así las obligaciones que le impone la naturaleza, a no ser que aquellos le hubiesen dado motivo para ello, pues solo entonces podra desheredarlos *Vease Desheredacion*

II Los hijos pues y demas descendientes legitimos del testador tienen derecho a todos los bienes del mismo, excepto a la quinta parte, de la cual puede disponer el padre o la madre en su testamento, segun le parezca y los padres y demas ascendientes tienen derecho a todos los bienes de los hijos que mueren sin descendientes, a escepcion del tercio, de que pueden disponer a su arbitrio los mismos hijos, *ley 1, tit 5, lib 4 del Fuero Juzgo, ley 1, tit 6, lib 3 del Fuero Real, y leyes 6 y 28 de Toro, o sea leyes 1*

y 8, *tit 20, lib 10, Nov Rec* Así los ascendientes en la institucion de sus descendientes como estos en la de aquellos deben segun el mismo orden que se halla establecido para las sucesiones ab intestato *Vease Ascendientes, Descendientes, Hijos, Padres, Legítima, Quinto y Tercio*

III Los ascendientes tienen facultad para dejar a uno o mas de sus descendientes, ademas de lo que corresponda por su parte o legitima, la quinta o la tercera parte de sus bienes, o una y otra juntamente, lo cual se llama *mejoras*, y produce una disminucion proporcional en las legitimas, *ley 1, tit 5, lib 4 del Fuero Juzgo, ley 9, tit 5, lib 5, del Fuero Real, leyes 213, 214 del Estato, y leyes 17, 18 y 19 de Toro Vease Mejora*

IV Ni los ascendientes a los descendientes, ni estos a aquellos pueden imponer gravamen ni condicion alguna en sus legitimas o porciones que les corresponden, pero bien pueden hacerlo en el quinto o tercio, si lo dejan a ellos, así como pudieran dejarlo a los estraños, *ley 17, tit 1, ley 11, tit 4, y leyes 4 y 7, tit 11, Part 6*

V No pudiendo gravarse las legitimas de los descendientes, es claro que los gastos de entierro y misas y las mandas gratuitas deben sacarse del quinto de la herencia, y no del cuerpo de ella, aunque el testador haya mandado lo contrario, segun que así lo dispone la ley 30 de Toro, y como la disposicion de esta ley se dirige principalmente a precaver que se perjudique a los herederos forzosos en la parte de herencia que les corresponde, siendo tan forzosos y legitimos herederos los ascendientes de sus descendientes, como estos de aquellos, se sigue por necesidad que cuando los ascendientes sean herederos de sus descendientes, ha de observarse con ellos esta misma regla, sin otra diferencia que la de haberse de sacar del tercio de la hacienda los gastos del funeral y los legados, como lo advierte el señor Covarrubias, cap 18, de testam, § 3, n 4 *Vease Funerales*

VI Como prescindiendo de las mejoras, no pueden los padres dar a un hijo mas que a otro, es consiguiente que los hijos u otros descendientes legitimos que sean herederos tienen que traer a colacion y particion los bienes que recibieron del caudal paterno o materno en vida de sus padres, para que aumentandose con ellos la masa de la herencia, se haga la division con la debida igualdad entre todos los herederos Mas los ascendientes no tienen esta obligacion, porque nada han dispuesto las leyes sobre este punto, y así es que aunque un hijo o nieto haya dado en vida a su padre, a su madre o a un abuelo algunos bienes, y nada u otro ascendiente que este en igual grado, lo mismo heredara el uno que el otro *Vease Colacion*

VII Si el hijo casado y su mujer hubiesen hecho pacto reciproco de sucederse mutuamente faltando alguno de los dos, creen algunos autores que los ascendientes quedan excluidos de la herencia, pero no puede sostenerse tan absurda opinion, porque semejante pacto no es capaz de destruir los efectos de la ley 6 de Toro que manda dejar a los ascendientes los bienes de los descendientes que mueren sin hijos, como que es un pacto que no pudieron celebrar marido y mujer en perjuicio de sus padres o abuelos, así como tampoco podrian celebrarlo en perjuicio de sus hijos o nietos

VIII Disputase con calor sobre si el sustituto pupilar nombrado por el padre al hijo impuber escluido a la madre de este, como disponia la ley 12, tit 5, Part 6 y parece mucho mas probable la opinion que lo niega, pues no pudiendo el hijo privar a su madre ni a otro ascendiente de lo que tiene que darles en virtud de la ley 6 de Toro, menos podria privarlos el padre cuando hace testamento a nombre del mismo hijo *Vease Sustitucion pupilar*

IX No solamente son herederos forzosos los hijos legiti-

mos, sino tambien los hijos *naturales* legitimados por subsiguiente matrimonio, pues que estos no se diferencian de los legítimos los legitimados por el rey deben ser nombrados herederos cuando no hay legítimos, con preferencia a los ascendientes, y los no legitimados pueden ser preferidos tambien a los ascendientes por el padre, y deben serlo por la madre. Los hijos *espurios* tienen derecho a ser preferidos del mismo modo por la madre a los ascendientes cuando no hay hijos legítimos, a menos que sean adulterinos. Pero así los *naturales* como los *espurios*, cuando quedan excluidos de la herencia, pueden reclamar de sus padres o madres los alimentos, *leyes 1 y 2, tit 13, Part 4, ley 2, tit 6, lib 3 del Fueno Real, y leyes 9, 10 y 12 de Toro*. Véase *Hijos ilegítimos* en sus diferentes artículos — Véase *Legislación*

**HEREDERO EXTRAÑO O VOLUNTARIO** El que nombra libremente el testador para que le suceda en sus bienes después de su muerte, o todo individuo a quien el testador nombra heredero, sin estar obligado a ello

I Como el testador solo está obligado a instituir herederos a sus descendientes y en defecto de ellos a sus ascendientes, es claro que todos los herederos que no se encuentren en ninguna de estas dos líneas o clases, sean herederos *estipulados* o voluntarios. Tales son por lo tanto así los parientes colaterales del testador como los que ninguna relación de parentesco tuvieren con él dase a unos y a otros la denominación de *extrínsecos*, porque el testador no tiene obligación de nombrarlos herederos, y la de *voluntarios*, porque se les instituye en su caso voluntariamente y no en fuerza de la ley, *ley 1, tit 6, lib 3 del Fueno Real, y leyes 2 y 12, tit 7, Part 6*. Hay sin embargo algun caso en que los hermanos tienen derecho de invalidar la institución de un heredero que hubiese sido nombrado en perjuicio de los mismos. Véase *Desheredacion y Hermanos*

Puede pues el testador que no tiene herederos forzosos, o que los ha desheredado con justa causa, nombrar por herederos a cualesquiera personas, sean o no sean sus parientes, como tambien a cualesquiera corporaciones, con tal que no sean incapaces de heredar. Son incapaces de heredar las personas y cuerpos que se designan en el artículo *Heredero*, n VI Véase tambien *Amortizacion eclesiastica* al fin

II El testador debe instituir al heredero en testamento y no en codicilo mas si le nombrare en codicilo, mandando o rogando a los que de cualquier modo hayan de heredarle que le entreguen la herencia, estarán estos obligados a entregársela, sacando para si la cuarta trebelianica, *ley 7, tit 3, Part 6*. Dicen algunos autores que aun cuando no haya dicho mandamiento o encargo deben los herederos testamentarios o legítimos entregar los bienes hereditarios al heredero nombrado en el codicilo, porque si bien la institución de heredero hecha en codicilo no vale como institución *directa*, quieren que a lo menos valga como *fideicomiso*, pero esta opinión, que entre otros sienta Febrero, se opone a la letra y al espíritu no solamente de dicha ley 7, como es facil conocer, sino tambien de la ley 8 que la subsigue, en la cual se previene que no pueda el testador sustituir en codicilo otro heredero al nombrado en testamento, ni aun para el caso de morir este antes de obtener la herencia. No es, sin embargo, absolutamente necesario que el testador espresese en el testamento el nombre de su heredero, pues basta decir en este instrumento que instituye por heredero al sujeto que designa en el codicilo, *ley 8, tit 3, Part 6*, y aun puede reservar tambien dicha designación para alguna memoria testamentaria, con tal que después no haya duda de haber sido estendida esta por el testador, segun opinión comun de los autores. Véase *Codicilo y Cuarta trebelianica*

III Tampoco es indispensable designar al heredero por

su nombre y apellido, pues puede igualmente designarle el testador por señales o demostraciones ciertas y determinadas que no dejen duda de cual es la persona a quien quiere instituir, con tal que estas señales o demostraciones no consistan en injurias o dictámenes especiales de tal naturaleza que mas parezca que el testador se propone deshonrar e infamar a una persona que no dejarle sus bienes, como si la designase con la denominación de *traidor* o *hucije*, *leyes 6 y 10, tit 3, Part 6*

IV El testador debe designar al heredero por si mismo, sin que pueda dejarlo al arbitrio de un tercero, ni dar comisión a otro para que le instituya, y aun cuando confiera facultad a uno para hacer testamento en su nombre, tiene que designarle la persona del heredero a es que quiere tenerle, *ley 11, tit 3, Part 6, y ley 31 de Toro*. Véase *Comisión testamentaria*. No obstante, cuando preguntado por el escribano u otra persona no sospechosa si instituye por su heredero a tal sujeto determinado, respondiere que si, valdrá la institución aunque no pronuncie su nombre, con tal que se halle todavia en su juicio, *ley 11, tit 3, Part 6 (1)*. Algunos autores añaden que la respuesta afirmativa debe haberse dado de viva voz y no por señas mas habiendo seguridad de que el testador entiende lo que se le pregunta, no parece que deba desecharse la respuesta que diere por señas en caso de no poderla dar por palabras

V Hace nula la institución el error del testador sobre la persona del heredero, pero no el error en el nombre o sobrenombre, cuando por otra parte no dudare de la persona, *leyes 12 y 13, tit 3, Part 6*. Tambien el error en la *calidad* de la persona es causa de nulidad de su institución, cuando la institución se ha hecho por razón de esta calidad. Así es que si uno instituye su heredero a otro por creerle hijo, hermano o primo suyo, no siendolo en realidad, habra de quedar sin efecto dicha institución, pero si le instituyere llamandole *hijo* o *hermano*, no por creer que lo es, sino por amistad o cariño, la institución sera válida, aunque no sea hijo ni hermano suyo el instituido, *leyes 12 y 13, tit 3, Part 6*

VI El testador puede hacer la institución por cualesquiera palabras que manifiesten su voluntad de dejar a cierta persona sus bienes, y aun válida la institución, aunque la cláusula que la contenga sea imperfecta gramaticalmente considerada, como si el testador dijere *Pedro Lopez sea heredero* sin añadir *mi*, o bien *Pedro Lopez heredero* omitiendo *sea*, o ya *Pedro Lopez sea* sin poner *mi* ni *heredero*, porque se presume que estas faltas proceden de la enfermedad con que se hallaba gravado el testador y no de otras causas, *ley 6, tit 3, Part 6*

VII Puede el testador hacer el establecimiento de heredero pura y absolutamente o bajo condicion. Véase *Condicion* en sus diferentes artículos.

VIII Puede tambien el testador instituir heredero a uno hasta cierto tiempo o desde cierto tiempo, en cuyo caso pertenecera la herencia al heredero instituido hasta el tiempo o desde el tiempo que se le hubiere señalado, y al heredero abintestato, o al que tal vez se hubiere sustituido, por todo el tiempo en que el testamentario no deba tenerla. Dice, por ejemplo, el testador que nombra heredero a Pedro o hasta fin de diciembre de 1850 o hasta que muera su abuelo, o

(1) Esta doctrina es de Febr., cap 2 de los herederos en general, fin del n. 4, quien se refiere a la ley citada, es decir, ley 11, tit 3, Part 6, pero esa ley no dice tal cosa. Gomez en los num. 109 y 110, en la ley 3 de Toro trata de la materia, pero puramente por derecho romano, que a nada conduce para los Americanos. Véase tambien a Flores de Mená, lib 1, *Par quasi*, 4, num. 45 a 51, sobre los casos en que el testador apenas puede responder si o no

bien desde la muerte de su abuelo o desde 1º de enero de 1851 en adelante en el primer caso tendrá Pedro la herencia desde la muerte del testador hasta fin de diciembre de 1850 o hasta el fallecimiento del abuelo de que se trata, y desde cualquiera de estas respectivas épocas en adelante será la herencia del heredero abintestato del testador, si este no hubiese dispuesto otra cosa, pero en el segundo caso, el heredero abintestato del testador disfrutará la herencia respectivamente hasta la muerte de dicho abuelo o hasta 1º de enero de 1851, en cuya época debía entregarla a Pedro que es el heredero testamentario. No era así entre los Romanos según sus leyes se consideraba simple y absoluta la institución á día o desde día cierto, temiéndose por nulo el señalamiento de tiempo, de suerte que el instituido *ad diem vel ex die* entraba en la herencia luego que se abría la sucesión y la retenía para siempre, porque el que una vez era heredero no podía ya dejar de serlo, y porque nadie podía morir en parte testado y en parte intestado en cuanto a los bienes ni en cuanto al tiempo. *Semel hæres, semper hæres. Nemo pro parte testatus, et pro parte intestatus decedere potest.* La legislación de las Partidas adoptó estos principios con todas sus consecuencias, y así es que por la ley 15, tit 5, Part 6, se dispuso que si uno establecía a otro por su heredero hasta tal día o desde tal tiempo en adelante, tomase luego el heredero a la muerte del testador la herencia en que había sido instituido, sin esperar el día ni el tiempo asignado. Mas la legislación recopilada, y especialmente la ley 1, tit 18, lib 10, Nov Rec, ha dado disposiciones que destruyen la base de los indicados principios de las leyes de los Romanos y de las Partidas, y se ha levantado sobre sus ruinas una nueva jurisprudencia que admite y quiere se ejecuten a la letra las instituciones de herederos, ora sean por tiempo o sin tiempo, ora por parte o por el todo de la herencia. Es por tanto muy de extrañar, que al cabo de 300 años que lleva ya de existencia esta doctrina, vengan ahora escritores, incluso el *Fuero Novísimo*, que apoyándose en dicha ley 15, tit 5, Part 6, digan que en el nombramiento de heredero desde cierto día hasta cierto día es válida la institución de heredero y que no lo es la designación del plazo, de modo que el heredero entrara según ellos en la herencia como si tal cláusula no existiese.

**IX.** Puede el testador nombrar uno, dos o mas herederos, y repartirles la herencia del modo que mejor le parezca, pues cuando no hay herederos forzosos, tiene la libertad de distribuir sus bienes entre las personas y en la forma que mas le acomode, ley 16, tit 3, Part 6.

Era un axioma general entre los Romanos que cuando se institua uno o mas herederos se les debía dejar y distribuir toda la herencia de modo que nada sobrara de ella, porque nadie podía morir en parte testado y en parte intestado. *Ita dividenda est hæreditas, ne quid ex toto esse supersit.* Seguiose de aquí — 1º que el heredero *unico* instituido en una parte de la herencia, se la llevaba toda, de suerte que si el testador dejaba  $\forall$  gr 50,000 monedas de oro, o 4 viñas o 6 olivares o 12 casas o todas estas cosas juntas, y nombraba á Ticio heredero de la mitad o del cuarto o del tercio de esta hacienda o solo de una casa o de un olivar o de dos viñas o de cuatro o seis mil monedas, sin disponer de las restantes a favor de otra persona, Ticio se llevaba absolutamente por cierta especie de derecho de acrecencia o atracción todas las monedas, viñas, olivares y casas, sin que nada pasase a los herederos abintestato — 2º que si habiendo sido instituidos dos o mas herederos en partes señaladas, quedaba todavía vacante alguna porción de herencia, se les había de aplicar este sobrante a los mismos herederos instituidos en proporción de la parte que a cada uno se hubiese asignado, de manera que si el testador dejó 40,000 monedas y nombro a Virgilio heredero de la mitad

y a Horacio de la cuarta parte de ellas, debían dividirse las 40,000 que restaban entre ambos coherederos, llovándose Virgilio 7,500 y 2,500 Horacio, sin que tampoco los herederos abintestato tuviesen derecho alguno a recoger este sobrante.

Todas estas disposiciones, consecuencias necesarias del citado axioma, se encuentran establecidas del mismo modo que en el derecho romano, en las leyes de las siete Partidas, y especialmente en las leyes 14, 15 y 17, tit 5, Part 5, y aunque han caducado ya completamente por ser contrarias a nuestras instituciones y costumbres que tan diferentes son de las romanas, a nuestra jurisprudencia, y a los principios sentados en la ley 1, tit 18, lib 10 de la *Novis Recop* (según la cual es válido el testamento aunque no haya institución de heredero, en cuyo caso debe pasar la sucesión al heredero legítimo, de modo que ya puede morir uno en parte testado y en parte intestado), se consideran y citan todavía como vigentes en algunas obras modernas, y aun en la del Febrero Novísimo, que por lo mismo que en virtud de su antigua reputación anda en manos de todos es capaz de inducir en graves errores a los principiantes.

**X.** No hay mas regla ni axioma en el día para las disposiciones testamentarias entre extraños que la voluntad del testador. *Dicat testator, et est lex.* La voluntad del testador es la que debemos escudriñar y no los principios del derecho romano para distribuir los bienes que deja, y entre las leyes de las Partidas no nos pueden servir ahora de guía en esta materia sino aquellas que se acomodan mas bien con dicha voluntad que con los citados principios.

Así es que si el testador instituye a uno o mas herederos en la mitad  $\forall$  gr o en los dos tercios de sus bienes, o tal vez solo en los raices o solo en los muebles, sin disponer de los que restan, no gozaran ya dichos herederos del derecho de atracción para llevarse toda la herencia, sino que percibirán tan solo las partes que respectivamente se les hubieron señalado, y las restantes pasaran a los herederos abintestato, pues por el hecho de no disponer el testador sino de cierta parte de sus bienes a favor de esta años manifiesta bastante ser su voluntad que los demas queden a favor de las personas llamadas por la ley a sucederle, de modo que puedo decirse que tacitamente las instituye. Esta doctrina se deduce tan inmediata y necesariamente de la citada ley 1, tit 18, lib 10, Nov Rec, y es por otra parte tan equitativa y razonable, que no deja de causar admiración el que haya en el día quien la califique de mera opinión de jurisconsulto, y manifieste adherirse a los principios del derecho romano cuya aplicación sería ahora injusta y ridícula. El derecho de acrecer no tiene ya lugar sino cuando dimana de la voluntad del testador. *Véase Acrecencia o acrecimiento.*

**XI.** Como el testador puede dividir la herencia en cuantas partes quisiere, como no es ya costumbre acomodarse a la división en doce onzas o partes adoptada por el derecho romano y por las leyes de las Partidas, de que se ha hablado en el artículo *A*, pues que ya no se dejan las herencias por onzas ni por libras, y como habiendo cesado el antiguo axioma de que nadie podía morir testado e intestado a un mismo tiempo, no hay mas regla para la aplicación de una herencia que el examen de la voluntad del testador, parece inútil y aun perjudicial recoger esa multitud de casos que se siguen y deciden los romanistas conforme a principios y reglas que ya no existen. casos unos que decidirá con prontitud y facilidad cualquiera que no este preocupado con doctrinas romanas, y casos otros que ni ocurren ni es fácil que ocurran, y que si ocurrieran probarían tal vez el desarreglo en que se hallaba el testador con respecto a sus facultades intelectuales.

**XII.** Si el testador nombra dos, tres, cuatro o mas herederos sin designar a cada uno la parte que quiere dejarle,

es claro que todos ellos quedan instituidos con igualdad, y que cada uno debe percibir tanta parte como cualquiera otro de sus compañeros, *ley 17, tit 3, Part 6*, y si a cada uno señala su parte, es claro tambien que cada uno debiera llevar la parte que se lo hubiere asignado y no mas, de modo que si algo sobra e del total de la herencia sea para los herederos ab intestato, y si algo faltare para cubrir la asignacion hecha se decrecera o disminuirá proporcionalmente a los herederos instituidos

Puede suceder con efecto que un testador poco exacto en sus calculos, dividiendo su herencia en partes alicuotas, señale a sus herederos mas partes que las que componen un todo, como si deja por ejemplo a Pedro la mitad, a Juan la tercera, y a Diego la cuarta parte de sus bienes, en cuyo caso habra de rebajarse a prorata a cada uno de los herederos el excedente que resulta, procediendo por la regla de proporcion o de tres Suponiendo v gr que la herencia importa 12,000 rs cuya mitad son 6,000, la tercera parte 4,000, y la cuarta 3,000, que en todo componen 13,000, se formara la cuenta de esta suerte si 13,000 me dan 12,000, ¿cuantos me daran 6,000, cuantos 4,000, y cuantos 3,000? Me resultan 5,558 rs 16 mrs a favor de Pedro por su mitad, 3,692 rs 10 mrs a favor de Juan por su tercera parte, y 2,769 rs 8 mrs a favor de Diego por su cuarta. El mismo resultado se obtiene haciendo la cuenta de esta otro modo se dividen los 12,000 rs en 15 partes, y salen en cada una 925 rs v mrs se multiplica esta cantidad por 6 que es la mitad correspondiente al primer heredero luego por 4 que es la tercera parte perteneciente al segundo, y ultimamente por tres que es la cuarta parte señalada al tercero Si la herencia fuere de 100,000 rs, daremos por cualquiera de los dos metodos 46,155 rs 29 mrs al heredero de la mitad, 30,769 rs 8 mrs al heredero del tercio, y 23,076 rs 31 mrs al heredero del cuarto

XIII Instituyendo el testador a uno por su heredero en la parte que dice tenerle señalada en su codicilo o testamento anterior, si no se encontrase en uno ni en otro tal señalamiento, no se considerará instituido tal heredero, y lo propio habra de decirse en el caso de que alguno fuese nombrado heredero en la misma parte en que el testador supone haber sido instituido el mismo por otra persona, si luego resulta que no existo esta institucion Mas si el testador se refiere en la institucion a tiempo futuro, diciendo que instituye á Pedro v gr en la parte que le señalara en codicilo u otro instrumento, y despues no resulta señalamiento alguno o no aparece codicilo, se entenderá instituido Pedro en toda la herencia Tal es la opinion de algunos autores, pero como el testador no manifiesta intencion de dejar a Pedro todos sus bienes sino solamente una parte de ellos, no parece muy justo adjudicarselos todos por no haber señalamiento especial, y quizá se presentaran circunstancias que hagan creer que si el testador omitio despues el señalamiento que habia anunciado, fue mas bien por dejar a Pedro sin nada que por dejarle toda la herencia Si el testador instituyese por sus herederos a dos o mas personas, reservando para el codicilo la designacion de partes que queria se diese a cada uno, y despues no hiciese codicilo u omitiese en el la designacion, habria de dividirse entonces la herencia entre todos ellos por iguales partes

XIV Cuando el testador establece varios herederos, tres por ejemplo, instituyendo a cada uno de ellos en todos sus bienes, se entiende que los instituye con igualdad, y cada uno por lo tanto percibirá la tercera parte de la herencia, *ley 19, tit 3, Part 6*

XV Nombriendo el testador sus herederos en esta forma *Instituyo a Pedro por mi heredero en la mitad de mis bienes, y a Juan en la otra mitad, y a Diego en la misma parte que a Juan*, no se dividirá la herencia en tres partes iguales sino

que Pedro lleve a la mitad de toda la herencia, y Juan y Diego la otra mitad por iguales partes, pues parece quiso el testador que estos dos se considerasen unidos como una sola persona

XVI Si el testador nombrase varios herederos, con designacion de partes a unos y a otros sin ella, llevarán aquellos las partes que se les hubieron designado, y estos percibirán con igualdad entre si el resto de la herencia, *ley 17, tit 5, Part 6*

Si el testador hubiese instituido cuatro herederos, señalando a uno de ellos la mitad de la herencia y a otro la otra mitad, sin asignar parte alguna a los dos restantes, llevarán aquellos la mitad de la herencia y no mas, y estos la otra mitad, debiendo unos y otros distribuirse entre si por iguales partes, de suerte que cada uno sacará la cuarta parte de los bienes hereditarios, como si todos hubieran sido instituidos con igualdad, *d ley 17, tit 5, Part 6*

XVII Si el testador nombrase a uno por heredero de todos sus bienes, y despues a otro mandando que este lleve el resto de su herencia, todo se lo llevará el primero y nada el segundo, porque nada le queda que heredar, a no ser que el primero tenga incapacidad legal para suceder, y el testador dijere que instituye al segundo en la parte que no pudiero haber el primero, pues entonces será del segundo toda la herencia, *ley 19, tit 3, Part 6*

XVIII Estableciendo el testador muchos herederos, al uno simplemente por si mismo y a los otros de un modo colectivo, aquel se entenderá instituido en la mitad de la herencia, y todos los demas en la otra mitad, que dividirán entre si por partes iguales Si dico pues el testador *Instituyo herederos a Pedro y a los hijos de Juan*, o bien *instituyo a Pedro, y tambien instituyo a Diego y Francisco*, Pedro recibirá la mitad de los bienes hereditarios, y la otra mitad será para los hijos de Juan en el primer ejemplo, y para Diego y Francisco en el segundo, porque las personas conjuntas no ocupan mas lugar que el de una sola Esta doctrina, sin embargo, no tendrá lugar cuando por alguna frase o palabra o clausula o disposicion se venga en conocimiento de que, a pesar de la conjuncion, quiso el testador que todos le heredasen con igualdad Así piensan varios autores y entre ellos Antonio Gomez, *lib 1, Variar, cap 2, n 5*, pero siendo regla general prescrita por la citada *ley 17, tit 5, Part 6*, que cuando el testador establece muchos herederos sin designacion de partes todos hayan de percibir las iguales, y que si quiere darlas a unos mayores que a los otros deba señalarlas y esprocarlas, parece inferirse por una consecuencia rigurosa que mientras no haya este señalamiento deben ser iguales todos los herederos instituidos, sin que para que no lo sean basten conjeturas fundadas en algun descuido de redaccion o en la poca exactitud con que a veces se esplican los testadores o los que reducen a escrito sus disposiciones

XIX Suscitan los autores no pocas cuestiones sobre los casos en que los herederos deben entenderse llamados a suceder al testador simultaneamente y los casos en que deben entenderse llamados por orden sucesivo No entraremos en el examen circunstanciado de tantos casos como imaginan ni de otros muchos que todavia imaginar pudieran, pues unos se presentan de facil resolucion a todo hombre que se halle dotado de sentido comun, y otros no parecen sino partes de caberas enfermizas y pasadas ya de sutilezas y cavilidades La regla general es que todos los herederos se entienden llamados a suceder simultaneamente o a un mismo tiempo al testador que los instituye, tengan o no tengan relaciones de parentesco entre si mismos unos con otros, y solo habian de heredar por orden sucesivo, esto es, unos despues de la muerte de los otros, cuando los terminos en que está concebida la institucion no dejan duda de que el

testador así lo quiere, y cuando la sucesion simultanea de todos los instituidos es imposible por no existir todavia algunos de ellos

XX El testador no solamente puede nombrar primeros herederos, sino tambien segundos, esto es, despues de haber nombrado herederos, puede sustituirles otros para que perciban la herencia en defecto de los instituidos en primer lugar. En este caso el primero se llama *sustituido* y el segundo *sustituto*. Véase *Sustitucion*.

XXI Puede hacerse la institucion de heredero, no solo directamente, sino tambien de un modo indirecto, rogando el testador al establecido por heredero que restituya la herencia a otro. En este caso se llama *fiduciario* el encargado de restituir la herencia, y *fiducomisario* el que ha de recibirla de el. Véase *Fideicomiso*, y *Sustitucion fideicomisaria*. = Véase *Heredero*.

**HEREDERO LEGÍTIMO O AB INTESATO** El llamado por la ley a la sucesion de un difunto cuando no hay heredero testamentario. No hay heredero testamentario — 1º cuando el difunto muere sin hacer testamento, — 2º cuando, aunque lo hizo, no guardo las solemnidades requeridas por derecho, — 3º cuando despues de haberlo hecho legalmente, se anulo el testamento o se revoco o rescindio o quedo sin efecto por alguna razon, a lo meros en cuanto a la institucion de heredero, — 4º cuando habiendo hecho testamento en debida forma, omitio en el la institucion de heredero, — 5º cuando habiendo hecho testamento y nombrado heredero, este no quiere aceptar la herencia, o por causa de incapacidad no puede recibirla, o es privado de ella por indignidad. *ley 1, tit 13, Part 6, y ley 1, tit 18, lib 10, Nov Rec Véase Heredero*, n VI y sig hasta el XIV inclus. Dicese *legítimo* el heredero que viene a la sucesion en defecto de testamentario, porque es llamado por disposicion de la ley y no del hombre, y se denomina *ab intestato*, porque la persona a quien sucede no hizo testamento, o si lo hizo es lo mismo que si no lo hubiese hecho, a lo menos en cuanto a la institucion de heredero.

No habiendo pues o faltando el heredero testamentario, quiere la ley que perciban la herencia, por el orden y segun las reglas que luego se espicsaran, las personas siguientes — 1º los descendientes — 2º los ascendientes — 3º los parientes colaterales hasta el cuarto grado inclusive — 4º los hijos naturales por lo respectivo á la sucesion del padre — 5º el conyuge que sobrevive — 6º los colaterales desde el quinto hasta el decimo grado inclusive — 7º el fisco o sea el Estado. Mas para que las personas contenidas en los seis primeros numeros que preceden, puedan recoger y conservar la herencia, se requiere que no sean incapaces ni indignas de suceder al difunto. Véase *Heredero*, n. VI y sig.

### Primer orden de sucesion descendientes

I Los primeros que deben heredar al difunto intestado son sus descendientes legitimos, sin limitacion de grados, sin distincion de varones o hembras, ni de emancipados o hijos de familia, ni de nacidos o solo concebidos, y aunque procedan de diferentes matrimonios, pues que todos estan unidos con el mismo vinculo a su padre o a su madre, *leyes 1, 2 y 20, tit 2, lib 4 del Fuero Juzgo, leyes 1, 3, 7 y 8, tit 6, lib 3 del Fuero Real, ley 3, tit 13, Part 6, y ley 6 de Toro Véase Hijo postumo*

II Mas aunque vengan á la sucesion todos los descendientes sin limitacion de grados, con tal que entre ellos y el difunto no medie otra persona, esto es, con tal que no tengan padre o madre que este en grado mas proximo al difunto, no todos empero han de percibir igual parte de la herencia. Deben con efecto distinguirse tres casos, pues o concurren

solo descendientes del primer grado, que son los hijos, o solo de los grados ulteriores, que son los nietos, biznietos y demas, o juntamente del primero y de los ulteriores — Si solo hay hijos, suceden *por cabezas*, esto es, por sus propias personas, y se hacen tantas partes de la herencia cuantos son los mismos hijos de suerte que si un padre o madre que tiene cuatro hijos deja una hacienda de cuarenta mil pesos, cada uno de los hijos percibirá diez mil — Si solo hay nietos o biznietos, no suceden por sus propias personas sino *por troncos o estirpes*, esto es, en lugar y representacion de las personas de sus padres o abuelos que si vivieran vendrian a la sucesion, y así no se hacen tantas partes de la herencia cuantos son los nietos o biznietos, sino cuantos son los troncos o estirpes de manera que si una persona que habiendo tenido cuatro hijos que le precedieron en la muerte deja del primero cuatro nietos, del segundo tres, del tercero dos y del cuarto uno, no se dividirá la herencia de los cuarenta mil pesos del ejemplo de arriba en diez partes iguales sino solo en cuatro, dobiendo llevar diez mil pesos el unico descendiente del cuarto hijo, diez mil los dos del tercero, diez mil los tres del segundo, y otros diez mil los cuatro del primero, en el concepto de que los del primero, segundo y tercero han de subdividir luego entre si por personas su respectiva cuarta parte, y el del cuarto gozará enteramente de la suya por ser unico — Si concurren juntamente hijos y nietos o biznietos, los hijos suceden *por cabezas*, y los nietos o biznietos *por estirpes o troncos*, de modo que en el ejemplo propuesto de la herencia de los cuarenta mil pesos y de los cuatro hijos, si viven dos de estos y han fallecido los otros dos dejando el uno por su parte tres hijos y el otro cinco, se darán diez mil pesos a cada uno de los hijos vivos, diez mil a los tres que dejó el uno muerto, y otros diez mil a los cinco que dejó el otro, con la indicada calidad de subdivision por individuos. *Ley 3, tit 13, Part 6 Véase Representacion, y Colacion de bienes*

III Hemos dicho que los primeros que deben heredar a un difunto intestado son sus descendientes, aunque procedan de diversos matrimonios. Si muere pues un hombre dejando dos hijos, uno de su primer matrimonio y otro del segundo, ambos tendran los mismos derechos a su sucesion, pues que es uno mismo el vinculo que los enlaza con su padre, por lo cada uno de ellos sucedera por si solo a su madre respectiva, *ley 4, tit 3, lib 4 del Fuero Juzgo, y ley 12, tit 6, lib 3 del Fuero Real Casase Juan y gr con Maria, y de ella tiene a Pedro, se casa con segundas nupcias con Antonia, y de ella tiene a José. Pedro sea heredero unico de Maria, y Jose lo sera de Antonia, mas Pedro y Jose dividiran entre si por iguales partes la herencia de Juan, que es su padre comun*

IV Los descendientes del primer grado, esto es, los hijos, son siempre llamados a la sucesion por *cabezas*, como parientes mas proximos del difunto, y los descendientes de los grados ulteriores, cuales son los nietos, biznietos y demas, son llamados por *troncos o estirpes*, como representantes de sus padres o abuelos, así en el caso de que concurren solos en grados iguales o designales por haber muerto previamente todos los hijos y aun algunos nietos del difunto, como en el de que concurren juntamente y en union con algunos hijos que sobrevivan, de modo que la representacion tiene lugar hasta lo infinito en la linea recta de descendientes. Esta doctrina es una consecuencia necesaria de las disposiciones de la ley 3, tit 13, Part 6, que mas arriba se han explicado, y esta admitida sin contradiccion por todos los autores. Mas ¿podia darse algun caso en que los descendientes del segundo, tercero y demas grados sean llamados tambien por *cabezas* como los del primero? ¿Podran los nietos suceder alguna vez por su propio derecho al difunto

del mismo modo que los hijos. Dos casos se presentan en que tal sucesion puede verificarse 1º el de indignidad, 2º el de renuncia. Muere, por ejemplo, un hombre dejando dos hijos, y ambos a dos son declarados indignos de sucederle los hijos de los indignos vendran por su propio derecho a la sucesion de su abuelo, y se la partian por cabezas, aunque se hallen en *segundo grado*. Renuncia un hijo unico la herencia de su padre los hijos del renunciante vendran igualmente a la sucesion de su abuelo por sus propias personas como parientes mas inmediatos, aunque sea tambien *segundo* el grado en que se hallan. Ni el renunciante ni el indigno pueden ser representados, pues que ni el uno ni el otro tienen derechos que sus hijos puedan hacer valer, y asi es que si estos ultimos vienen a la herencia, no vendran por representacion de sus padres, sino por ser los parientes mas proximos en su linea descendiente, por no haber otros hijos del difunto, pues si los hubiera, estos y no tales nietos serian los herederos. Vease *Heredero*, n IX, X, XI y XII, y *Representacion*.

V Los descendientes *legitimados por subsiguiente matrimonio* suceden juntamente con los legitimados, como que se consideran y colocan en esta clase, *ley 1, tit 13, Part 4*. Mas los *legitimados por privilegio del rey*, aunque lo sean para heredar a sus padres y abuelos, no sucederan sino cuando no haya legitimados ni legitimados por subsiguiente matrimonio, a quienes debe quedar ileso su legitima, bien que en la sucesion de los demas parientes seran iguales a los legitimados, *ley 12 de Toro, o 7, tit 20, lib 40, Nov Rec*. Vease *Hijo legitimado*.

VI Los hijos *naturales*, cuando no hay legitimados ni legitimados, suceden a su madre en todos sus bienes, aunque esta deje ascendientes legitimados, *ley 11, tit 13, Part 6, y glosa 3 de Greg Lopez, ley 9 de Toro, y ley de 16 de mayo de 1835*.

Los mismos hijos *naturales* suceden a su padre, a falta de legitimados y legitimados, solo en la *sexta* parte de la herencia que deben partir con su madre, *leyes 8 y 9, tit 13, Part 6*, pues si bien manda la ley de 16 de mayo de 1835 que los hijos naturales legalmente reconocidos y sus descendientes sucedan a su padre en toda la herencia, no es aplicable esta disposicion al *primer* orden de suceder que ahora nos ocupa sino al *cuarto* de que luego hablaremos. Vease *cuarto orden de sucesion* en este mismo articulo, e *Hijo natural*.

VII Los hijos *espurios* jamas heredan al padre, *ley 10, tit 13, Part 6*, pero no habiendo descendientes legitimados ni naturales, suceden a la madre como no sean nacidos de dañado y punible ayuntamiento o habidos de clérigo de orden sagrado o de fraile o monja profesos, *ley 9 de Toro*. Vease *Hijo espurio*.

VIII Los hijos *adoptivos* no suceden al adoptante sino cuando este no tuviere hijos ni ascendientes legitimados o naturales. Vease *Adopcion, Adopcion especial y Arrogacion*.  
= Vease *Hijos* en todos sus articulos.

### Segundo orden de sucesion ascendientes

I No habiendo descendientes que deban heredar segun lo expresado en la explicacion del primer orden de sucesion, entran a suceder al difunto intestado sus ascendientes legitimados sin distincion de sexo, con absoluta exclusion de sus colaterales aunque sean hermanos, *ley 2, tit 2, lib 4 del Fuero Juzgo, ley 1, tit 6, lib 3 del Fuero Real, ley 4, tit 13, Part 6, y leyes 6 y 7 de Toro, o 1 y 2, tit 20, lib 40, Nov Rec*.

II El ascendiente mas cercano excluye siempre al mas remoto, porque entre ascendientes no se sucede por representacion como entre descendientes, sino por la proximidad de parentesco. Asi es que si el difunto deja padre y madre,

ambos heredan en por partes iguales, pero si deja padre solo o madre sola, hereda a el sobreviviente todos los bienes, sin que nada lleven los abuelos del muerto. De la misma manera, si a falta de padre y madre queda un abuelo por una linea y un bisabuelo por la otra, sera toda la herencia del abuelo, con exclusion absoluta del bisabuelo. *Ley 4, tit 13, Part 6*. Vease *Representacion*.

III Mas aunque no tiene lugar la representacion entre ascendientes, sin embargo cuando por una de las dos lineas paterna o materna hay mas numero de personas que por la otra, distantes todas del difunto en igual grado, se hace la division de la herencia *por lineas*, de modo que la mitad va a la linea paterna y la otra mitad a la materna. Asi es que si el difunto dejare su abuelo solo por parte de madre y su abuelo y abuela por parte de padre, percibirá el abuelo materno la mitad de los bienes del nudo, y el abuelo y la abuela paternos tomaran la otra mitad que dividiran luego entre si por iguales partes, *ley 4, tit 13, Part 6*. Vease *Sucedan por lineas*.

IV La ley 10, tit 6, lib 3 del Fuero Real disponia, que en la sucesion intestada de los descendientes muertos sin posteridad volviesen los bienes al tronco ó raiz de donde habian salido, esto es, que concurriendo en igual grado ascendientes de ambas lineas se llevasen los de la paterna los bienes que el difunto habia recibido por parte de padre y los de la materna los bienes que aquel habia recibido por parte de madre, dividiéndose igualmente entre unos y otros los bienes que hubiese adquirido por otras vias. Pero la ley 6 de Toro ha destruido esta disposicion, y quiere que los ascendientes sucedan indistintamente a los descendientes en *todos sus bienes de cualquier calidad que sean*, esto es, ora procedan los bienes de parte de los padres o de las madres, ora sean profecticios o adventicios, ora castrenses o cuasi castrenses o de otra clase, salvo en las ciudades, villas y lugares donde segun el fuero de la tierra se acostumbra tornar los bienes al tronco o la raiz a la raiz. Vease *Bienes troncales*.

V Sucediendo el padre y la madre al hijo de familia intestado, dividiran por iguales partes los bienes hereditarios, con la diferencia de que el padre conservara durante su vida el usufructo legal que tenia en los bienes del hijo, y la madre entretanto solo disfrutara la propiedad de los que le tocaron. Asi lo decidia el derecho romano, y asi lo resuelven Antonio Gomez y el doctor Llamas en sus comentarios a la ley 6 de Toro.

VI Como por regla general es reciproca la sucesion entre ascendientes y descendientes sucederan a los hijos ilegítimos sus padres y demas ascendientes en la misma forma que aquellos suceden a estos. — Asi es que el padre sucede al hijo *natural* no legitimado solo en la sexta parte de la herencia, y la madre en el resto de ella, *ley 8, tit 13, Part 6*. Si el padre hubiese muerto antes que el hijo natural, todos los bienes de este pasaran a la madre y habiendo fallecido la madre, el padre natural no adquire sino la sexta parte, y las otras cinco sextas pasaran a los herederos de parte de la madre, *ley 12, tit 13, Part 6*. — Como los hijos *espurios* jamas heredan al padre, es consiguiente que tampoco el padre debe sucederles a ellos en caso alguno, y por el contrario, como heredan a la madre del mismo modo que los naturales, es claro que tambien la madre debe heredarlos a ellos en su caso con exclusion del padre. — Con respecto a la sucesion de los hijos *adoptivos* fíjase la regla de reciprocidad, pues si bien el adoptado sucede al adoptante en el caso indicado mas arriba, no por eso el adoptante sucede al adoptado, *ley 5, tit 21, lib 4 del Fuero Real*.

*Tercer orden de sucesion colaterales hasta el cuarto grado inclusive*

I No habiendo dejado el difunto intestado descendientes ni ascendientes que le hereden, entran en la sucesion los parientes colaterales, sin distincion de sexo, *leyes 3 y 9, tit 2, lib 4 del Fuero Juzgo, ley 1, tit 6, lib 3 del Fuero Real, leyes 4 y 5, tit 13, Part 6, y ley 7 de Toro*

II El pariente de grado mas proximo es preferido por regla general en la sucesion a todos los demas, y concurrendo varios de un mismo grado, todos heredan por partes iguales. Esta regla, sin embargo, sufre algunas modificaciones que luego veremos.

III Entran pues los colaterales a suceder al difunto por el orden siguiente de preferencia.

1º Los hermanos bilaterales o de ambos lados del difunto (que tambien se llaman hermanos carnales o enteros) y sus hijos, aquellos por cabezas, mas estos por estirpes cuando concurren con sus tios, y por cabezas cuando estan solos, pues en la linea transversal la representacion solo tiene lugar en los sobrinos cuando concurren con sus tios. Asi que, habiendo hermanos bilaterales, escluyen a todos los demas parientes, aun a los hermanos unilaterales, y se dividen la herencia entre si por iguales partes — habiendo al mismo tiempo hermanos bilaterales e hijos de uno o mas hermanos de la misma clase que hubiesen fallecido antes de la apertura de la sucesion, sucederan aquellos por sus propias personas, y estos por las de sus padres llevando solo la parte de herencia que al padre muerto correspondiera si viviera, — y en caso de haber muerto todos los hermanos bilaterales dejando hijos, estos sucederan por cabezas y no por estirpes a su tio o tia, y repartiran su herencia con igualdad segun el numero de personas, sin atender a si en una rama hay mas o menos que en otra, escluyendo absolutamente a los hermanos unilaterales y a los tios del difunto a quien se hereda, aunque los hermanos unilaterales se hallan en grado mas proximo que ellos, y los tios del difunto en grado igual. *Leyes 3 y 8, tit 2, lib 4 del Fuero Juzgo, ley 13, tit 6, lib 3 del Fuero Real, ley 5, tit 13, Part 6, y ley 8 de Toro*

Aunque los hijos de dos o mas hermanos, cuando concurren por si solos, dividen entre si la herencia por cabezas y no por estirpes, segun acabamos de decir, opinan sin embargo algunos autores romanistas y entre los nuestros el doctor don Saicho de Llamas, que en el caso de que haya algun tio del difunto o algun hermano unilateral de este mismo, deben dividir dichos hijos la herencia por estirpes y no por cabezas, del mismo modo que cuando concurren con sus tios, porque como no escluyen de la herencia al tio o medio hermano del difunto sino por representacion de sus padres, pues de otra manera no podrian escluir a parientes mas proximos o iguales a ellos en grado, parece consiguiente que ya que se sirven del privilegio de representacion para escluir, se sirvan tambien de el para suceder y dividir. Respetamos mucho esta opinion, especialmente al ver entre sus defensores a Cuyacio, a Vimo y al señor Llamas, pero no nos resolvemos a seguirla, ya porque entre otras la citada ley 3, tit 13, Part 6, confiere absolutamente y sin escepciones a los hijos de quienes hablamos el derecho de dividir entre si la herencia por cabezas y no por estirpes, ya por la inmensa diferencia que hay entre concurrir con parientes que participan de la sucesion y concurrir con parientes que son escluidos de ella y a quienes nada puede aprovechar que los citados hijos hereden por estirpes y no por personas, ya porque no estan tan estrechamente enlazados en la representacion los efectos de escluir y dividir que repugne a su naturaleza la subsistencia del uno sin la del otro,

ya en fin porque todavia puede disputarse si en realidad los hijos que nos ocupan suceden cuando estan solos mas bien por representacion que por su propio derecho, no siendo extraño que por su propio derecho escluyan al tio y medio hermano del difunto, pues vemos la preferencia que da siempre la ley a la linea de los descendientes.

2º No habiendo al tiempo de la apertura de la sucesion hermanos bilaterales ni hijos suyos, son admitidos los hermanos unilaterales o de un lado, ora sean consanguineos, ora uterinos, y sus hijos, en la misma forma que los hermanos bilaterales y los hijos de estos, de modo que tambien los unilaterales sucedan por cabezas, y los hijos de los muertos por estirpes cuando concurren con sus tios y por cabezas si estuvieren solos. Mas si concurren hermanos consanguineos o sus hijos con hermanos uterinos o sus hijos, aquellos heredaran los bienes procedentes de parte de padre, y estos los procedentes de parte de madre, debiendo unos y otros partir con igualdad los bienes que el difunto hubiese adquirido por si. *Ley 5, tit 2, lib 4 del Fuero Juzgo, ley 12, tit 6, lib 3 del Fuero Real, ley 6, tit 13, Part 6*

3º En defecto de hermanos bilaterales y unilaterales y de hijos de unos y otros, son llamados a la sucesion los demas parientes colaterales por su orden y grado, de modo que el mas proximo escluye siempre al mas remoto, y los de un mismo grado heredan por cabezas, sin distincion de sexo ni de linea ni de mayor o menor conjuncion con el difunto ni de bienes paternos o maternos, pues ni el derecho de representacion ni la ventaja del doble vinculo de parentesco, esto es, el estar unido al difunto por parte de padre y madre, ni ninguna otra prelación pasan de los hermanos y sus hijos. Véase *Doble vinculo de parentesco y Representacion*.

Mas ¿hasta que grado llega el derecho de suceder ab intestato los parientes colaterales? La ley 6, tit 13, Part 6, lo estendio hasta el decimo, y despues la ley 1, tit 11, lib 2, v la 6, tit 22, lib 10, Nov Rec en los arts 7 y 8 de la instruccion de 26 de agosto de 1786 que la acompaña, lo limitaron al cuarto (1). Disputose luego sobre si este grado cuarto habia de entenderse segun la computacion civil o segun la canonica. Unos abrazaron la civil (2), que es la que debe seguirse en los actos civiles, cual es el de la sucesion

(1) En favor de la opinion de los que hacen llegar el derecho de suceder ab intestato los parientes colaterales hasta el decimo grado, podríamos citar, contra Sala, Alvarez y Febrero, un gran numero de autores, y entre ellos Berni, en la ley 25, tit 4, Part 6, Magro y Beñena, en sus Instituciones, lib 5, tit 10, n 14, Acevedo, en la ley 12, tit 8, lib 5 de la Recop., Solorzano, en su *Polit Ind*, lib 8, cap 7, ns 57 y 58, y ademas otros en que tanto en España como en America se han dado los bienes ab intestato a herederos fuera del cuarto grado. Pero supuesto que disposiciones posteriores han venido a cortar disputas, como dice el autor a continuacion, no nos detendremos en esta materia.

En la republica de Chile ha cesado tambien toda duda sobre el particular, porque el decreto de 22 de noviembre de 1858 ha declarado terminantemente que el derecho de sucesion ab intestato de los colaterales se entiende hasta el decimo grado, y que este debe computarse civilmente. Ni ha parado aqui el establecimiento del derecho contenido en las leyes de Partida, sino que por el mismo decreto se dispone ademas, que a falta de parientes colaterales en dicho grado, entre a heredar ab intestato el conyuge sobreviviente que hubiese hecho vida marital, o hubiere dejado de hacerla sin culpa suya, sin perjuicio de la sexta parte que corresponde a los hijos naturales, si los hubiere, y solo a falta de conyuge sobreviviente, entre a heredar el fisco, como lo disponen las leyes 23, tit 11, Part 4, y 6, tit 13, Part 6.

(2) Como Febrero, Tria y Magro en sus Instit, lib 5, tit 6, *De grad cognat*, n 2.

hereditaria, y otros (1) prefirieron la canonica, fundados en inducciones sacadas de la real cedula de 25 de setiembre de 1798 que supone que las sucesiones intestadas se entienden mas alla del cuarto grado, y en una sentencia dada el 15 de julio de 1802 por el superintendente general de mostrencos que adjudico a parientes del quinto grado civil los bienes de un intestato. A esta ultima opinion se inclino el pavorde don Juan Sala en sus Instituciones y la adopto mas resueltamente el doctor don Sancho de Llamas en su comentario a la ley 8 de Toro, n. 46. Posteriormente, el real decreto de 51 de diciembre de 1829 y la instruccion de 7 de marzo de 1851 acerca del impuesto gradual sobre las sucesiones vinieron a cortar estas disputas, mandando que no heredasen sino los parientes colaterales dentro del cuarto grado, que los grados habian de regularse por el orden civil y no por el canonico, y que no habiendo parientes de esta clase sucediese la real hacienda. Pero por fin la ley de 16 de mayo de 1855 sobre adquisiciones por el Estado ha restablecido la sucesion de los parientes colaterales hasta el decimo grado civil con arreglo a la citada ley 6, tit. 13, Part. 6, con la diferencia empero de que haciendo dos clases de los parientes colaterales, una hasta el cuarto grado y otra desde el quinto al decimo inclusive, quiere que la primera venga a heredar por el orden establecido hasta aqui segun las leyes vigentes, y no admita a la segunda sino despues de los hijos naturales legalmente reconocidos y sus descendientes por lo respectivo a la sucesion del padre, y despues del conyuge del difunto no separado por divorcio, como mas abajo veremos. Suceden pues ahora en este tercer orden de sucesion al difunto intestado a falta de hermanos enteros y medios y de hijos de unos y otros, los demas parientes colaterales hasta el cuarto grado inclusive. La citada instruccion de 7 de marzo de 1851 mando tener presente que en las lineas colaterales no hay primer grado civil, y que de consiguiente en el segundo estan unicamente los hermanos de la persona a quien se trata de suceder o heredar, en el tercero los sobrinos, hijos de hermanos, y los tios o nehermanos de los padres, y en el cuarto los hermanos de los abuelos paternos y maternos, los nietos de los hermanos y los primos que son hijos de los hermanos de los padres o de las madres.

1º Por lo que hace a los parientes ilegítimos han de observarse las reglas que siguen.

Al hijo natural que muere intestado sin descendientes y su madre, le suceden sus hermanos de parte de madre, con exclusion de los que solamente lo son por parte de padre, porque aquellos son ciertos y estos dudosos, ley 12, tit. 13, Part. 6. La ley no distingue de hermanos, pero algunos autores, entre ellos Gregorio Lopez en la glosa 2, quieren que si el difunto tiene por parte de madre hermanos legitimos y naturales, sean aquellos preferidos a estos, y otros con Antonio Gomez pretenden que naturales y legitimos deben concurrir a un mismo tiempo y heredar por iguales partes, por hallarse todos en un mismo grado. La opinion de Gregorio Lopez parece mas conforme a los principios legales.

1º porque si, como luego veremos, cuando por no tener el difunto hermanos de parte de madre le suceden los herma-

ros de parte de padre, han de ser preferidos entre estos los legitimos a los naturales, ¿que razon hay para que no lo sean tambien entre los hermanos de parte de madre, cuando son estos los que concurren a la herencia? 2º porque asi como en la sucesion a la madre no se admiten los hijos naturales sino a falta de legitimos, es consiguiente que tampoco en la sucesion a un hermano natural se admitan los hermanos naturales cuando hay hermanos legitimos. *Ubiunque de successione fraterna tractatus, ille frater preferitur qui pluribus nexibus est conjunctus, scilicet nexu naturali, et naturali.* La preferencia que se concede a los legitimos sobre los naturales se funda en la necesidad que hay de evitar las uniones vagas e ilegítimas para conservar en la sociedad la moralidad y el buen orden y asi es que una vez que ha sido adoptada por la ley, no debe negarse sino cuando la ley expresamente la niegue. Si el difunto deja hermanos naturales enteros y hermanos naturales medios, esto es, hermanos de parte del mismo padre y de la misma madre y hermanos de la misma madre pero de diverso padre, seran preferidos los enteros a los medios, de modo que no heredaran estos sino en defecto de aquellos como asi esta ordenado con respecto a los hermanos bilaterales legitimos por razon del doble vinculo de parentesco segun se ha dicho mas arriba, y asi lo sientan Gregorio Lopez en la glosa 5 de la ley 12, tit. 13, Part. 6, y Antonio Gomez en la ley 9 de Toro, n. 60.

Al natural que no deja descendientes ni madre ni hermanos legitimos ni naturales de parte de madre, le suceden los hermanos de parte de padre, y entre ellos son preferidos los legitimos a los naturales, ley 12, tit. 13, Part. 6.

Los hijos naturales no suceden a los hijos legitimos ni a los demas parientes por parte de su padre, pero suceden a los de parte de su madre que muere intestado, siendo parientes mas inmediatos, ley 12, tit. 13, Part. 6. Que se pregunta Gregorio Lopez, si tal hermano legitimo y natural por parte de padre no tuviese otros hermanos legitimos y naturales por parte de padre o uterinos por parte de madre ¿le sucederia en tal caso el hermano natural de parte de padre? Parece que si, responde, asi como el mismo legitimo sucederia al natural, debiendo ser reciproca la sucesion.

Los espurios de cualquiera clase que sean no suceden a los parientes de su padre, ni estos a ellos, porque no sucediendo a su padre ni su madre a los mismos, es consiguiente que tampoco y mucho menos hereden a los parientes del padre. Tampoco los espurios de cualquier ayuntamiento suceden a sus hermanos y parientes por linea materna, por la propia razon de que ni ellos suceden a su madre ni su madre a ellos, pero los demas espurios que tienen derecho de heredar a su madre, asi como esta lo tiene de heredarlos a ellos, sucederan a sus hermanos y demas colaterales por parte de madre, y de consiguiente dichos colaterales sucederan reciprocamente a dichos espurios.

Los hijos adoptivos no suceden a los hijos ni a los demas parientes del adoptante, ni tampoco los hijos y parientes del adoptante suceden a los hijos adoptivos, ley 9, tit. 10, Part. 4. Vease Adopcion.

#### Quarto orden de sucesion hijos naturales con respecto al padre

I. No dejando el padre intestado descendientes ni ascendientes legitimos de ningun grado ni parientes colaterales hasta el cuarto inclusive que deban heredarle conforme a lo dicho en los tres ordenes de sucesion que preceden, le sucederan entonces los hijos naturales legalmente reconocidos y sus descendientes, sin perjuicio del derecho preferente que tienen los mismos para suceder a la madre, ley de 16 de mayo de 1855. El reconocimiento puede hacerse por el pa-

(1) Alvarez Posada cita en la ley 30 de Toro el Dr. Alvarez y el Dr. Palacios en la Instit. de Asso y Manuel, dicen que es dudoso si ha de tener lugar la computacion civil o la canonica, pero en verdad no encuentran fundamento para tal duda, cuando es un sentido en derecho que la canonica solo tiene lugar en matrimonios. El caso de haberse dado los bienes en sentencia a pariente en quinto grado (que es de donde se tomaron las inducciones a favor de la canonica), mas bien prueba claramente que no hay restriccion al cuarto, que no el que este se computa canonicamente para conciliar su estension fuera de esos limites.

o mediante instrumento, o por el juez en juicio contradictorio. *Vease Hijo natural*

II Antes los hijos naturales nunca sucedían al padre intestado que moría sin descendientes legítimos, sino en la sexta parte de la herencia que todavía debían partir con su madre, y el resto de los bienes iba a los ascendientes o a los parientes colaterales según los casos, como se ha indicado más arriba. Mas la ley de 16 de mayo de 1835 ha mejorado la condición de estos hijos, pues si bien los deja en el mismo estado y sin aumento de derechos mientras haya ascendientes o parientes transversales hasta el cuarto grado inclusive, en cuyo caso continuarán percibiendo solamente la sexta parte, quiere sin embargo que, faltando dichos ascendientes y colaterales, entren a suceder al padre como legítimos herederos, con preferencia a la mujer del mismo padre y a los colaterales de este que se hallen fuera del cuarto grado (1). *Vease Estado, art 2º*

III Parece consecuencia necesaria de esta nueva disposición, en virtud del principio de reciprocidad, que así como cuando el hijo natural tiene derecho de heredar al padre en la sexta parte lo tiene también el padre de heredar en la misma parte al hijo natural, del mismo modo ahora pueda sentarse, que siempre que el hijo natural llegare a revestirse del derecho de suceder a su padre en toda la herencia, adquirirá igualmente el padre *ipso facto* el derecho recíproco de suceder en toda la herencia al hijo natural en los mismos casos y en la propia forma

#### Quinto orden de sucesión conyuge que sobrevive

I Después de los descendientes, ascendientes, colaterales hasta el cuarto grado, e hijos naturales legalmente reconocidos, viene a la sucesión intestada el conyuge no separado por demanda de divorcio contestada al tiempo del fallecimiento, entendiéndose que a su muerte deberán volver los bienes raíces de abolengo a los colaterales, *ley de 16 de mayo de 1835*

II Entre los antiguos Romanos, era considerada la mujer como hija de familia bajo la potestad del marido, y así muerto el marido, le sucedía como hija y heredera legítima y no como mujer. Dejaron después las mujeres de ser consideradas como hijas de familias, y perdieron de consiguiente su derecho a heredar a los maridos, porque solamente los agnados y cognados se tenían por capaces de heredar uno a otros. Establecióse luego por un edicto pretorio que en defecto de toda cognación o parentela el conyuge sobreviviente sucediese al difunto en todos los bienes que dejase. Mas como bajo este sistema raras veces llegaba el caso de que los conyuges se heredasen, mandó Justiniano que fuesen admitidos con los demás herederos, con tal que fueran pobres y el difunto rico, debiendo llevar la cuarta parte de la herencia si los herederos eran tres o menos, y una parte igual a la de cada uno de estos si eran más de tres, con la diferencia de que concurrendo el conyuge con hijos del difunto tomaba su parte solo en cuanto al usufructo, y concurrendo con herederos estaños la percibía plenamente en cuanto al usufructo y a la propiedad.

III Nuestras leyes han mudado también por la suerte del marido y de la mujer en lo respectivo a su recíproca sucesión. « El marido, dice el Fuero Juzgo (*ley 11, tit 2, lib 4*), deve aver la buena (herencia) de la mujer, e la mujer deve aver la buena del marido quando non ay otro pariente fasta *septimo* grado ». La ley 6, tit 13, Part 6, quiere que no teniendo el difunto parientes hasta el grado *decimo*, suceda la mujer al marido y el marido a la mujer en todos sus bienes.

IV Se ha dudado con tanto fundamento sobre si tanto la

ley del Fuero Juzgo como la de la Partida quedaban derogadas por la ley de Enrique III (*ley 1, tit 22, lib 10, Nov Rec*), pues en ella se ordena que si el que muere sin testamento no deja herederos de los que suben o descienden de línea derecha o de traveso, todos los bienes sean para la cámara del rey. Como en esta ley no se hace mención alguna del marido ni de la mujer, han opinado algunos autores que debía entenderse derogado el derecho que mujeres y maridos tenían de sucederse mutuamente, mas otros al contrario, por el hecho mismo de no haberse quitado expresamente un derecho tan formal y terminantemente concedido, le han creído siempre en vigor, y mas al observar la vaguedad de la ley enriqueña que habla de meros parientes sin limitación de grados ni expresión de calidades. Parece también favorable a esta última opinión la real cédula de 9 de octubre de 1766 (*nota 1 del tit 22, lib 10, Nov Rec*), que hablando de los bienes mortuencos dispone que los bienes de los que mueren sin testamento y no dejan herederos conocidos, se adjudiquen a la real cámara con arreglo a la citada ley de Enrique III y a la dicha ley 6, tit 13, Part 6, pues no era regular que la real cédula fundase el derecho de la real cámara a los bienes de los que no dejaban herederos conocidos en una ley que quería derogar, porque daba la preferencia a estos bienes al conyuge sobreviviente. Sin embargo, no parece que podía ya sostenerse esta opinión, después que por real decreto de 31 de diciembre de 1829 e instrucción de 7 de marzo de 1831 acerca del impuesto gradual sobre las sucesiones, se estableció absolutamente que no habiendo parientes colaterales hasta el cuarto grado civil la real hacienda fuese la heredera.

Como quiera que sea, la ley de 16 de mayo de 1835 ha venido a desvanecer toda incertidumbre sobre este punto disponiendo que a falta de las personas capaces de suceder a los intestados con arreglo a las leyes vigentes, y después de los hijos naturales legalmente reconocidos y sus descendientes por lo respectivo a la sucesión del padre, entre a heredar el conyuge viudo en los términos que más arriba se han indicado, con preferencia a los colaterales que se hallen fuera del cuarto grado. Como la ley ordena que los bienes raíces de abolengo que hereda el conyuge viudo han de volver a su muerte a los colaterales de la persona de quien los heredó, es evidente que no hereda en rigor sino el usufructo de ellos, que hereda plenamente en usufructo y propiedad los demás bienes raíces que no son de abolengo, y que hereda igualmente con la misma plenitud de dominio los bienes muebles.

V Esta sucesión recíproca del marido y de la mujer no priva a la viuda que queda sin medios de subsistir, del derecho que tiene a la cuarta parte de los bienes de su marido, con tal que no pase de cien libras de oro aun cuando el marido deje hijos, con arreglo a la ley 7, tit 13, Part 6. *Vease Cuarta marital*

VI En Aragón, el conyuge que sobrevive, tiene el derecho de usufructo, llamado *viudedad*, sobre los bienes raíces del que antes fallece, y le conserva durante su vida o mientras se mantenga sin contraer nuevo matrimonio, aunque el difunto haya dejado descendientes, ascendientes o parientes colaterales quienes tienen solo la propiedad y no adquieren el usufructo hasta que el viudo o viuda muere o se casa o renuncia mediante pacto.

#### Sexto orden de sucesión colaterales desde el quinto hasta el decimo grado inclusive

I Se ha mudado más arriba que los parientes colaterales se dividen en dos fracciones: la primera comprende a los que se hallan dentro del cuarto grado, y la segunda a los que se encuentran desde el quinto hasta el decimo inclusive, computados civilmente al tiempo de abrirse la suce-

(1) En la república de Chile, por decreto de 22 de noviembre de 1851, los hijos naturales no legitimados por el padre solo pueden heredar *ab intestato* la sexta parte de los bienes de este.

sion Aquella viene a heredar despues de los descendientes y ascendientes, y esta no entia en turno sino cuando no hay descendientes ni ascendientes, ni colaterales de la primera fraccion, ni hijos naturales reconocidos por el padre, ni conyuge que sobreviva, *ley de 16 de mayo de 1855* Los parientes que estan fuera del grado decimo no tienen derecho a la sucesion, porque supone la ley que no se profesan afecto reciproco de familia parientes tan remotos El codigo francés estuende las sucesiones intestadas a los colaterales hasta el duodecimo grado

### Septimo orden de sucesion el fisco

I No habiendo parientes hasta el grado decimo inclusive, ni quedando viuda o viudo que hereden al difunto intestado, le sucede en ultimo lugar el Estado en todos los bienes que dejare *Fucus post omnes Ley 6, tit 13, Part 6, leyes 1 y 6, tit 22, lib 10, Nov Rec, y ley de 16 de mayo de 1855* Lo que no pertenece a persona alguna en particular dobo pertenecer efectivamente al cuerpo de la sociedad que representa la universidad o conjunto de los ciudadanos Vease Estado

— Véase *Hereditario y Herencia*

### HEREDERO LIBRE ó ABSOLUTO Y HEREDERO GRAVADO

Hereditario *libre o absoluto* es el llamado a la sucesion sin restriccion ni condicion alguna, de suerte que puede disponer de los bienes hereditarios como mejor le parezca sin obligacion de entregarlos o devolverlos a otra persona, y hereditario *gravado* es aquel a quien se confiere derecho de usufructo, durante su vida o por cierto tiempo, de los bienes comprendidos en la institucion, con obligacion de dejarlos a su muerte o despues del tiempo que se le hubiere perijado para su goce, a la persona llamada para sustituirle de modo que hereditario *gravado* viene a ser lo mismo que hereditario *fiduciario*

**HEREDERO FIDUCIARIO** El encargado por el testador de restituir a otro la herencia que le ha dejado, como cuando dice el testador, por ejemplo « Instituyo por mi heredero a Diego Rodriguez, y le ruego, quiero o mando que entregue desde luego, o pasado tanto tiempo, mis bienes a Pedro Garcia » Diego Rodriguez es aqui hereditario fiduciario, y Pedro Garcia, hereditario fideicomisario Vease *Fideicomiso y Sustitucion fideicomisaria*

**HEREDERO FIDEICOMISARIO** La persona a quien el hereditario fiduciario esta encargado por el difunto de restituir desde luego o pasado algun tiempo el todo o parte de la herencia Llamase tambien hereditario *oblicuo*, porque no percibe directa e inmediatamente del testador los bienes de la herencia, sino mediante la interposicion de otra persona Vease *Fideicomiso y Sustitucion fideicomisaria*

**HEREDERO PROPIETARIO** La persona a quien se deja solo la propiedad de los bienes hereditarios sin el usufructo

**HEREDERO USUFRUCTUARIO** El instituido por el testador para que goce del producto de los bienes que le deja, o haga uso de ellos por el tiempo de su vida u otro que señale, despues del cual ha de consolidarse el usufructo con la propiedad y pasar a otros nombrados que se llaman hereditarios propietarios

**HEREDERO SUSTITUTO** El sujeto nombrado por el testador para que perciba la herencia en defecto del instituido en primer lugar Vease *Sustitucion*

**HEREDERO PRESUNTIVO** El que se encuentra en el grado mas proximo de parentesco, y que por esta razon se presume ha de ser hereditario de derecho

**HEREDERO UNIVERSAL** El que sucede al difunto en todos sus bienes y derechos

**HEREDERO PARTICULAR ó PARCIAL** El que no sucede al difunto sino en cierta cuota o en cierta especie de bienes.

### HEREDERO PURO Y SIMPLE Y HEREDERO BENEFICIARIO

Hereditario *puro o simple* es el que acepta la herencia pura y simplemente, y que por tanto queda obligado a pagar todas las deudas del difunto, aun cuando importen mas que los bienes heredados, a diferencia del que la acepta con beneficio de inventario, y que suele llamarse hereditario *beneficiario*, el cual no responde de las deudas sino hasta la concurrencia del valor de los bienes de que se compone la sucesion Vease *Aceptacion de herencia*

**HEREDERO PUTATIVO** El que presentandose de buena o mala fe con la calidad de hereditario, sin serlo realmente, se apodera de una herencia y la disfruta y aun dispone de ella, como si efectivamente le perteneciese Vease *Herencia*

**HEREDEROS SUYOS, NECESARIOS Y EXTRAÑOS** Antiguamente se llamaban *herederos suyos* los hijos, nietos y biznietos del testador que se hallaban en su poder al tiempo del testamento Dabaseles este nombre, porque los nudos de la patria potestad unen tan estrechamente al padre y al hijo que el patrimonio del primero se considera, aun en vida del mismo, como patrimonio del segundo, de modo que despues de la muerte del padre, puede decirse que el hijo hereda su propia hacienda, y que por tanto es heredero de si mismo Hereditarios *necesarios* eran los esclavos instituidos por sus señores, los cuales quedaban libres por el hecho de la institucion, y obligados a ser hereditarios y pagar de sus propios bienes, adquiridos antes o despues de la muerte del testador, todas sus deudas y mandas, no alcanzando los de la herencia, que no podian repudiar por muy cargada que estuviese de obligaciones Hereditarios *extraños* se llamaban todos los demas que no eran *suyos ni necesarios*, los cuales tenian libertad para aceptar o repudiar las sucesiones que se les deferian por testamento o ab intestato, de manera que aun los hijos emancipados eran tenidos por hereditarios *extraños*, en atencion a que no estaban bajo la patria potestad, *ley 21, tit 3, Part 6* — Ahora pueden llamarse *necesarios* los hereditarios forzosos, no en el sentido que los esclavos, pues no es hereditario el que no quiere, sino en cuanto necesariamente han de ser instituidos o desheredados, porque asi lo dispone la ley La denominacion de *extraños* no tiene al presente tanta latitud, pues no comprende a los hijos emancipados, los cuales son hereditarios forzosos como los que estan todavia en poder del padre Vease *Hereditario forzoso y Hereditario extraño*

**HEREDEROS ANOMALOS O IRREGULARES** Los que hacen las veces de hereditarios sin haber sido instituidos ni llamados como tales, como por ejemplo, el fideicomisario universal, el legatario de todos los bienes, el fisco que sucede en los del que fallecio sin dejar parientes ni conyuge, el monasterio o convento que heredó en representacion de un religioso, los testamentarios universales a quienes el difunto cometo la distribucion de todos sus bienes Todos ellos hacen veces de hereditarios, y estan obligados como los otros a satisfacer las cargas de la herencia, pero no representan la persona del difunto Entre los hereditarios *anomalos* no hay en el dia quien herede ab intestato sino el fisco

**HEREDERO DE SANGRE O POR PARENTESCO** Los llamados por la ley a la sucesion de un difunto intestado en virtud de los vinculos de parentesco que los unian con el mismo. Vease *Hereditario legitimo*

**HEREDEROS POR MATRIMONIO** Los conyuges que se heredan mutuamente cuando no dejan descendientes ni ascendientes ni colaterales hasta el cuarto grado inclusive Vease *Hereditario legitimo*, en el quinto orden de sucesion.

**HEREDITARIO** Lo que pertenece a la herencia o se adquiere por ella, y lo que por su naturaleza tiene que pasar a la persona de nuestros hereditarios

**HEREJÍA** Vease *Apostasia*

**HEREJE** Vease *Apostata*

**HERENCIA** La sucesion en los bienes y derechos que tenia alguno al tiempo de su muerte, y el conjunto de los mismos bienes y derechos que deja el difunto, deducidas las deudas, *ley 8, tit 33, Part 7* *Hæreditas nihil aliud est quam civis successio in universum jus quod defunctus habuit, l 24, D de verb signif*

I La reunion o conjunto de todos los bienes y derechos de la sucesion no forma una herencia propiamente dicha sino antes de la adiccion del heredero presuntivo, porque despues de la adiccion todo el patrimonio del difunto se confunde con el de su sucesor y pierde el nombre de herencia *Hæreditas adita non est amplius hæreditas, sed patrimonium hæreditis*

II Aunque la herencia comprende todos los bienes muebles e inmuebles del difunto, se la considera sin embargo como cosa puramente incorporea, porque no es de su esencia el que se encuentren bienes en ella *Hæreditas, etiam sine ullo corpore, juris intellectum habet*, como dice la ley 50, D de petit hæred Asi es que el hombre que nada deja al morir, no deja por eso de tener una herencia como el mas rico propietario Siguese de aqui que no se han de confundir los bienes de un difunto con su herencia llamanse bienes todo lo que resta despues de pagadas las deudas, *bona intelliguntur cujusque qua deducto ære alieno supersunt*, como dice la ley 59, D de verb signif, pero la herencia comprende tanto lo pasivo como lo activo, tanto las deudas y obligaciones como los creditos y derechos

III Se ha disputado sobre si la herencia representa la persona del difunto o la del heredero presuntivo, y Voet hace sobre este punto una distincion muy exacta La herencia todavia no aceptada, dice, no pertenece a nadie, *nullius in bonis est*, ni en cuanto a la propiedad ni en cuanto a la posesion, y por eso deciden las leyes romanas que no puede haber robo de una cosa hereditaria, pues que en la sustraccion de una cosa de esta especie no se encuentra la circunstancia que caracteriza propiamente al robo, esto es, *contrafactio rei alienæ invito domino facta*, bien que no por esta razon queda sin castigo tal sustraccion, que se llama expoliacion o expiacion de herencia Vease *Expoliation* Sin embargo, continua Voet, la herencia todavia no aceptada representa la persona del difunto en todo lo que es derecho, y en este sentido es verdad lo que sienta Justiniano en sus *Institutas*, lib 2, tit 14, § 2 *Nondum adita hæreditas personæ vicem sustinet, non hæreditas futuri, sed defuncti* Mas en todo lo que es de hecho, es decir, en todo lo que requiere el ministerio y la intervencion real de la persona de un propietario, la herencia representa la persona del heredero aparente a quien se ha defenido Esta distincion se funda en la ley 61 D de acqui rei domi que la establece formalmente *Hæreditas, dicitur, in multis partibus juris pro domino haberi, in his sane in quibus factam personæ operæve substantia desideratur, hæres expectandus est*

IV La herencia se adquiere o por un acto que espresa la voluntad del testador, o por disposicion de la ley que presume y supone dicha voluntad cuando el difunto murio sin espresarla en debida forma De aqui viene la division de la herencia en testamentaria y legitima de modo que *herencia testamentaria* es la que se confiere por testamento, y *legitima* o *ab intestato*, la que se confiere por la ley, *proem y ley 3, tit 13, Part 6* Vease *Heredero legitimo* y *Heredero testamentario*

V Para adquirir la herencia, sea legitima o testamentaria, es necesario tener capacidad cuando menos al tiempo de la muerte de la persona de cuya sucesion se trata, pues el heredero, cualquiera que sea el tiempo en que se reviste de la calidad de tal, se entiendo que sucedio al difunto desde su fallecimiento *Hæres jam tunc a morte successisse defuncto intelligitur*, ley 34, D de acqui vel omit hæred Y para

conservar la herencia una vez adquirida, es necesario que el heredero no se haya hecho indigno de ella, pues en caso de indignidad, o no sera admitido a la posesion de los bienes hereditarios, o sera despojado de ellos si va los tuviere. Vease *Heredero*

VI La razon y la equidad exigen igualmente, que aquel a quien se defiere una herencia, sea por testamento o ab intestato, tenga libertad de aceptarla o repudiarla, y asi nadie es heredero si no quiere serlo *Nemo inustus hæres* Véase *Aceptacion*, *Beneficio de deliberacion* y *Beneficio de inventario*

VII Puede el heredero, sea testamentario o legitimo, apoderarse por si mismo de la herencia que se hallare *vacante*, sin que nadie la posea, *ley 11, tit 6, Part 6* Mas si otro poseyere los bienes que la constituyen, o le disputare la calidad de heredero, debera el que se tiene por tal pedir al juez, con presentacion de los correspondientes documentos, que le declare heredero y le ponga en posesion de la herencia, y de todos modos sera conveniente que asi lo haga en muchos casos, aun cuando no concorra ninguna de aquellas circunstancias

Si habiendo descendientes u otros parientes que por testamento o ab intestato tienen derecho de heredar los bienes que dejo el difunto, se apoderare de ellos algun tercero sin autorizacion de juez competente bajo pretexto de que se hallan vacantes y de que los herederos no han tomado corporalmente su posesion, perdera cualquier derecho que en ellos tuviere, y no teniendo ninguno los habra de restituir con otros tantos o bien su estimacion en castigo de su osadia, y la justicia del pueblo donde esto acaeciere, informada que sea de la verdad, pondra en posesion pacifica de dichos bienes a los citados herederos, procediendo en todo sumariamente sin figura de juicio, y hara ejecucion de la indicada pena con las costas y daños y perjuicios que por dicha razon se hubiesen ocasionado, *ley 3, tit 52, lib 11, Nov Rec*

El heredero testamentario o legitimo puede pedir al juez solamente la posesion de los bienes hereditarios, o juntamente la posesion y la propiedad de ellos, pero sera mas conveniente que pida solo la posesion, por ser mejor la condicion del que posee una cosa que la del que la demanda, *ley 1, tit 14, Part 6* La accion con que se pide la posesion se llama *interdicto*, y la accion con que se pide la propiedad se llama *peticion de herencia*

VIII El que pide como heredero legitimo debe justificar su parentesco con el difunto, acompañando las partidas de bautismo, casamiento y otros cualesquiera papeles concernientes al objeto, y solicitando a mayor abundamiento que se le reciba informacion de testigos sobre ello mas no esta obligado a probar que no hay otra persona en grado mas proximo que el, a no ser contra otro parente que se presentare, como justamente asientan Voet, Tiraquelo, Mascardo y Covarrubias

El que pide como heredero testamentario debe presentar el testamento en debida forma, y no esta obligado a probar que este testamento no ha sido revocado por otro posterior, pues solo el que quiere prevaleirse de una revocacion es quien pertenece a creditarla

Asi el heredero legitimo que justifica su parentesco con el difunto, como el heredero testamentario que presenta un testamento perfecto y acabado que no esta rando ni cancelado ni tiene otro vicio visible en parte sustancial, debe ser puesto en posesion de los bienes hereditarios que tenia el difunto al tiempo de su fallecimiento, procediendose sumariamente sin figura de juicio, y sin que pueda impedirse la oposicion que alguno hiciere, a no ser que el opositor alegue mejor derecho y ofrezca probarlo sin dilaciones, pues en este caso ha de oír y admitir el juez las razones y pruebas de los

dos pretendientes, y entregar la herencia al que nuestro mejor derecho o bien a los dos si los dos lo tuvieren igual, *leyes 2 y 3, tit 14, Part 6, ley 5, tit 34, lib 11, Nov Rec, y Ant Gomez en la ley 45 de Toro, n 128 y sig*

Sin embargo, si el heredero es un menor de catorce años que pide la posesion de los bienes de su padre o abuelo, debe darselo desde luego y mantenerle en ella hasta dicha edad, sin que entretanto se le pueda mover pleito sobre su filiacion, el cual habra de reservarse para cuando haya llegado a la pubertad, pero si pidiese tambien la propiedad de los bienes hereditarios, habra de examinarse sin demora y fallarse la oposicion antes de la entrega de dichos bienes, *ley 2, tit 14, Part 6* Mas para que el hijo de quien se trata, sea puesto en posesion de la herencia de su padre o abuelo, es preciso que sea tenido y reputado por hijo o nieto del difunto a quien quiere heredar, aunque esta calidad no conste de un modo indudable por pruebas completas, y una vez puesto en dicha posesion no ha de ser privado de ella hasta que se justifique a su tiempo que no es tal hijo cual se titula, y aun en este caso no tendra que restituir los alimentos que hubiese percibido de los bienes hereditarios, a no ser que hubiese procedido maliciosamente sabiendo que no era hijo, como asegura Gregorio Lopez en la glosa 19 de dicha ley

**IX** La peticion de herencia es accion *mixta*, esto es, accion en parte real y en parte personal es real con respecto a las cosas en que el difunto tenia un derecho adquirido al tiempo de su muerte, porque la propiedad, que es el fundamento de toda accion de esta especie, paso directamente del difunto a su heredero, y es *personal* con respecto a las cosas que hayan aumentado la herencia desde la apertura de la sucesion, porque no habiendo transmitido el difunto a su heredero derecho alguno de propiedad sobre ellas, no puedo tener este ultimo accion para recobrarlas sino contra la persona que por el hecho de su administracion se ha ligado hacia el con un cuasi contrato

Puede intentarse la accion petitoria de herencia — 1º contra el que posee la herencia con justo titulo y buena fe como si la hubiese adquirido v gr de persona que creia ser dueño de ella, o hubiese sido instituido heredero en testamento revocado despues sin su noticia — 2º contra el que la posee de mala fe, con titulo o sin el, como si la hubiese adquirido de quien sabia no ser su dueño, o si ademas de constarle que no tiene derecho en ella no pudiere manifestar razon cierta para poseerla — El poseedor de buena fe gana la herencia por la prescripcion de diez años entre presentes y veinte entre ausentes, y el poseedor de mala fe la gana por la prescripcion de treinta años de suerte que el verdadero heredero que no usare de su accion dentro de dicho tiempo, pierde por su negligencia los derechos que tenia, salvo si fuese menor de veinte y cinco años, contra el cual no corre la prescripcion durante la menor edad *Ley 7, tit 14, Part 6*

El poseedor vencido en juicio debe restituir al heredero 1º todas las cosas hereditarias, 2º los frutos de ellas Mas con respecto a estos dos objetos de restitucion hay diferencias muy notables entre el poseedor de buena fe y el poseedor de mala fe

En cuanto a las cosas hereditarias, todo poseedor esta obligado a restituir las con todas las otras cosas que adquirio por razon de ellas, y rescatar para su devolucion las que tal vez hubiere enajenado con la diferencia de que siendo poseedor de buena fe, solo esta obligado a dar el precio que recibio por las enajenadas en caso de que no pueda redimir las por un precio igual o menor, pero siendo poseedor de mala fe, debe dar el mayor precio que hubieran podido tener en caso de que no las pueda redimir de modo alguno, *ley 5, tit 14, Part 6*

El poseedor de mala fe tiene que responder del daño, perdida o muerte que sufrieren las cosas hereditarias por culpa suya o sin ella despues de la contestacion del pleito, como asimismo del daño, perdida o muerte que por su culpa hubieren sufrido dichas cosas antes de la contestacion, pero el poseedor de buena fe no esta obligado a responder del daño, muerte o perdida que tuvieren sin culpa suya las cosas hereditarias durante el pleito, ni del que hubiesen tenido antes del pleito por culpa suya o sin ella, *ley 6, tit 14, Part 6*

En cuanto a los frutos, el poseedor de buena fe no esta obligado a restituir los frutos consumidos ni su estimacion, sino solo los existentes al principio del pleito o al tiempo de la sentencia, sacando en este caso los gastos de la labor y recoleccion, ni tampoco es responsable de los frutos que pudiese haber recogido y dejo de recoger por su pereza o negligencia en el cultivo o cuidado de los bienes pero el poseedor de mala fe no solo esta obligado a restituir todos los frutos que hubiere percibido desde que empezo a disfrutar de la herencia, ora los haya consumido, ora los tenga todavia en especie, sino tambien los frutos que hubiera podido recoger y no recogio por su pereza o descuido, bien que podia deducir los gastos hechos en mejoras y reparaciones de las fincas y en la recoleccion de los frutos, *ley 4, tit 14, Part 6*

**X** Hemos hablado de los medios que tiene el heredero testamentario o legitimo para entrar en la posesion de la herencia y para obtener su propiedad, ya se presente desde luego asi que se abra la sucesion, ya no se presente sino mucho despues, con tal que lo haga antes que el tenedor de los bienes hereditarios haya adquirido su dominio por la prescripcion Mas es necesario que volvamos a la epoca de la apertura de la sucesion, para saber que es lo que debe practicar entonces la autoridad judicial.

Todos los bienes de los que mueren abintestato deben entregarse integros sin deduccion alguna a los parientes que deben heredarlos segun el orden de suceder establecido por las leyes, siendo de cargo de estos hacer el entierro, exequias y demas sufragios que se acostumbra en el pais, con arreglo a la calidad, caudal y circunstancias del difunto, y solo en el caso de no cumplir con esta obligacion los herederos se les compeleria a ello por sus propios jueces, sin que por dicha omision y para el efecto referido se mezcle ninguna justicia eclesiastica ni secular en hacer inventario de los bienes de la herencia, *ley 14, tit 20, lib 10, Nov Rec*

Quando uno muere sin testamento, y deja herederos menores o dementes o prodigos declarados sin tutor ni curador, o ausentes cuyo pronto regreso no se espera, o no se sabe si tiene o no tiene personas que por derecho hayan de sucederle, debe el juez tomar las medidas oportunas para evitar la ocultacion o extravio que pudiera verificarse de los bienes hereditarios en perjuicio de los herederos, dando comision a un alguacil y al escribano para que pasen a la casa del difunto, y despues de enterados de su fallecimiento y de la identidad de su persona por informacion de testigos, recojan las llaves de cofres, arcas, papeles y demas trastos donde esten sus papeles y efectos de valor, reunan los muebles en alguna pieza en que esten bien custodiados, secuestran todos los bienes, y en caso de haber sido repentino el fallecimiento, hagan examinar el cadaver por medico y cirujano que declaren si la muerte fue natural o violenta para proceder a lo que corresponda

Practicadas estas diligencias, se nombra defensor de los herederos ausentes cuya pronta venida no se espera, y curador para pleitos de los menores, dementes o prodigos, que no tienen tutor o curador, o que aunque le tengan no puede servirse aqui de su ministerio por hallarse interesado

en la misma sucesion o por haber de litigar con el sobre cuentas o malversacion de la tutela, y con citacion del defensor y del curador y de los demas interesados se procede a la confeccion del inventario y a la tasacion y repartimiento de los bienes de la herencia en la forma que se espresa en los articulos *Inventario*, *Beneficio de inventario*, *Tasacion* y *Particion de herencia*

No habiendo herederos conocidos del difunto, se nombra defensor de la herencia yacente o vacante, y so llama con termino perentorio a los que se crean con derecho a ella, como igualmente a los acreedores, por medio de edictos que se fijan en los parajes publicos del pueblo, y aun se insertan en los periodicos y se remiten con requisitorias a los lugares donde se sabe o cree que hay parientes suyos para que se fijen alli tambien y llegue a su noticia Si alguno se presenta deduciendo su derecho, se le admiten sus documentos y la informacion que ofreciere en su caso con citacion del defensor de la herencia se comunica luego a este traslado de todo, y si se conforma con la pretension o se vencen las dificultades que tal vez opusiere se declara al pretendiente heredero del difunto, y se manda darle la posesion de sus bienes, con obligacion de hacer por su alma los sacrificios correspondientes a su calidad y haberes, y de dar cuenta al juez de haberlo practicado

Segun la instruccion de 26 de agosto de 1786 (*ley 6, tit 22, lib 10, Nov Rec*), cuando alguno moria sin hacer testamento y sin dejar parientes conocidos dentro del cuarto grado, entendiendola de la sucesion ab intestato, que correspondia entonces al fisco, la superintendencia o subdelegacion general de mostrencos por medio de los jueces subdelegados de la misma y con apelacion al superintendente general Vease *Bienes abintestatos* Pero habiendo quedado abolida la jurisdiccion especial de mostrencos con la subdelegacion general y sus dependencias por el articulo 20 de la ley de 16 de mayo de 1835, corresponde ahora el conocimiento de estos asuntos, como el de todos los demas que no esten exceptuados, a la real jurisdiccion ordinaria y por lo tanto a los jueces de primera instancia con apelacion a las Audiencias territoriales, con arreglo a la real cedula de 9 de octubre de 1766 (*nota 1 del tit 22, lib 10, Nov Rec*) y al reglamento provisional de justicia de 26 de setiembre de 1835

En los casos pues en que ahora pertenezca al fisco la sucesion intestada, que es cuando no hay descendientes ni ascendientes ni colaterales hasta el decimo grado ni conyuge sobreviviente, habia de acudir el representante del Estado (que es el promotor fiscal en primera instancia) de acuerdo con el director o subdelegado de los ramos de amortizacion a solicitar ante el juez competente la segura custodia, inventario, justiprecio de los bienes, y su posesion sin perjuicio de tercero, que se le dara en la forma ordinaria, corriendo despues el juicio universal sus ulteriores tramites Vease *Estado*

Cuando el juicio tiene por objeto distribuir entre los herederos instituidos y los legatarios los bienes que dejo el testador, se llama *juicio de testamentaria*, y cuando tiene por objeto distribuir los bienes hereditarios entre los parientes y demas llamados por la ley a suceder al que murio sin disposicion testamentaria, se llama *juicio ab intestato* En uno y otro caso es juicio universal, y si hay acreedores, concurren a el para que se les haga la graduacion y el pago de sus creditos Vease *Particion de herencia* y *Graduacion de acreedores*

**HERENCIA PROPTICIA** La que se deja al hijo que todavia esta bajo la patria potestad, por respeto y consideracion al padre No la puede aceptar el hijo sino con otorgamiento del padre, y sigue la naturaleza de los *bienes profecticios*

**HERENCIA ADVENTICIA** La que se deja al hijo que esta

en la patria potestad por la madre o cualquier otra persona con la intencion de que la adquiera para si y no para el padre Puede el hijo admitirla y tenerla sin consentimiento del padre, y este puede tambien entrar en ella a nombre y por ausencia del hijo, y adquiere el usufructo para si por rason de la patria potestad, como el de los demas *bienes adventicios*

**HERENCIA YACENTE** Aquella en que no ha entrado todavia el heredero testamentario o ab intestato, o en que no se han hecho aun las particiones en caso de haber varios herederos *Hereditas jacens diritus qua nondum adita est*, ley 1, D de suces, y ley 3, D ut in poss legat Dicose *yacente*, porque mientras no la acepta o entra en ella el heredero, parece que descansa, *jacet*

**HERENCIA VACANTE** El conjunto de los bienes del difunto intestado, que no tiene herederos descendientes, ascendientes ni transversales ni conyuge sobreviviente que le suceda, o que si los tiene, no se presentan ni se sabe si existen Lo que resta, despues de pagadas las deudas, se aplica al fisco, con destino antiguamente a la construccion y conservacion de caminos u otras obras publicas de regadíos y policia o fomento de industria, y ahora al pago de la deuda publica, como uno de los arbitrios que es de la caja de amortizacion Vease *Estado* y *Herencia* al fin

**HERIDA** Propiamente es la disolucion o rompimiento de continuidad en las partes blandas del cuerpo humano, hecha con algun instrumento, pero en medicina legal se entiende bajo este nombre toda lesion hecha con violencia en las partes duras o blandas del cuerpo, por manera que entre las heridas no solo se cuenta la solucion de continuidad sino tambien las contusiones, fracturas, dilaceraciones, lujaciones, compresiones, torsiones, quemaduras y cualesquiera golpes capaces de perturbar las acciones vitales, animales y naturales

Las heridas suelen dividirse en heridas mortales y heridas no mortales Las mortales se subdividen en absolutamente mortales a pesar de todos los auxilios del arte, y ordinariamente mortales, pero que pueden dejar de serlo con la aplicacion de los auxilios del arte La clase de las no mortales se subdivide tambien en dos ordenes, a saber, en heridas curables, pero con lesion de funciones, y heridas curables sin ninguna lesion consecutiva

De las heridas absolutamente mortales unas matan repentinamente, y otras tardan en quitar la vida mas o menos tiempo Las heridas ordinariamente mortales no libertan por lo regular a los heridos de la muerte Los facultativos deben proceder con sumo cuidado y circunspeccion en declarar una herida *mortal por lo comun*, porque si muere el enfermo, se impondria al medico la misma pena que si se hubiese declarado la herida *mortal de necesidad*

Las heridas que no son mortales por su naturaleza, pueden serlo por un acaso o accidente o por falta de auxilio Hay electivamente muchas heridas que no son peligrosas por si mismas, pero que producen la muerte por causa o culpa del enfermo o por algunos errores del cirujano en su curacion por culpa o causa del enfermo, cuando no observa el regimen que le prescribe el facultativo, o cuando tales heridas recaen en sujetos enfermos o de mal habito, por error, omision o falta de luces del cirujano, cuando no toma las precauciones necesarias para prevenir o corregir los sintomas y accidentes

Las heridas mas leves se hacen a veces muy peligrosas por algunas causas particulares Un golpe ligero recibido en la pierna por un sugelo cacoquimico suele tener tan fatales resultados, que es necesario recurrir a la amputacion, heridas poco considerables hechas en el dedo con un cortaplumas han producido y comunicado la gangrena a la mano y al antebrazo, y se ve tambien que por poco daño que se haga

en los pechos a una mujer que tenga disposicion al cancer, se siguen las consecuencias mas funestas al paso que por otra parte se han presenciado en los ejercitos curaciones prodigiosas de heridas que penetraban y ofendian las visceras mas principales, pareciendo por lo mismo que no habia ninguna esperanza de remedio

Los facultativos pues llamados a hacer declaraciones quirurgicas, deben examinar las heridas con la mayor escrupulosidad, antes de resolver si han sido verdaderamente causa de la muerte, ceguera, impotencia y otras resultas o desgracias a que estan espuestos los heridos, ya porque si se origina su fallecimiento no por la herida sino por otra causa, no debe ser responsable de este el agresor, y ya porque quedando el herido con lesion de alguna parte o miembro que le impida ganar lo necesario para su sustento y el de su familia, debera el juez condenar al ofensor a la competente indemnizacion

Puede suceder que se hagan las heridas con premeditacion, en un arrebato de colera, por casualidad o en propia defensa El que hiera a otro por asechanzas, es tratado como homicida, aunque el herido no muera, *ley 3, tit 21, lib 12, Nov Rec* El que hiciera una herida con arcabuz o pistolete, es tenido por alevoso, y pierde todos sus bienes, la mitad para el fisco y la otra mitad para el herido, *ley 12, d tit 21, lib 12, Nov Rec* En los demas casos en que las heridas no son mortales o calificadas como las referidas, se imponen las penas de presidio, destierro y multas, segun las circunstancias y la mayor o menor gravedad del delito — Cuando se hace una herida casualmente sin culpa alguna, no se incurre en pena, porque el caso fortuito no se presta ni en los delitos ni en los contratos, pero si hubo culpa, se tienen que satisfacer cuando menos los perjuicios ocasionados, como los gastos de curacion y la perdida de trabajo Si herimos a un injusto agresor por nuestra propia defensa, no hacemos mas que usar de nuestro derecho (1) Vease *Homicidio*

† El soldado que en guarnicion, marcha o cuartel maltrata de palabra u obra a sus patrones o familia, o cualquier persona de uno u otro sexo, sera castigado corporalmente, o con otra pena mas grave, segun la entidad del daño que hubiese ocasionado, pero si del mal trato resultase muerte, o mutilacion de miembro, sera pasado por las armas, y a fin de que la ejecucion pronta de la menor pena no le redima de la mas grave, se suspendiera el castigo corporal hasta que, reconociendo un cirujano a la persona maltratada, de fe que no es la herida de aquellas circunstancias *Orden del exerc, art 69, tit 10, lib 8º*

† **HERIDAS** HALLANDOSE LOS SOLDADOS CON LAS ARMAS EN LA MANO Siempre que en acciones de guerra, en los ejercicios, o en cualesquiera otros casos en que los soldados se hallen con las armas de fuego o blancas en la mano, sucediere entre ellos mismos, o entre los oficiales, algun desgraciado accidente de muerte o herida en sus personas, u otras que puedan hallarse presentes, si se justificare haber procedido de siniestra intencion, y fin determinado de ofender al maltratado o herido, sera el agresor castigado de muerte, y si se reconociese haber procedido el daño por descuido y negligencia del agresor, sera este castigado con pena arbitraria proporcionada a la entidad del daño, y circunstancias del descuido o negligencia que le motivó *Orden del exerc, art 82, tit 10, lib 8º*

**HERIDO** El que ha recibido alguna herida, golpe, con-

tusion u otro daño en su cuerpo por mano ajena Luego que el juez tenga noticia de haber algun hombre herido, pasara con el escribano, cirujano y testigos al lugar donde se hallare, y mandara al facultativo que le reconozca para declarar sobre su estado, y al escribano que ponga fe y diligencia de las heridas que tuviese, la cual se llama *fe de heridas*, etc En segunda recibira declaracion al herido con juramento, en caso de hallarse despejado y capaz de hacerla, preguntandole quien le hizo, con qué instrumento, en que ocurrencia, quienes se hallaban presentes, y en fin las demas circunstancias que estime convenientes para averiguar la verdad (2)

Si el herido esta en despoblado o en la calle, se le trasladara a su casa o al hospital, encargando se le asista con el mayor cuidado, y apercibiendole que si no hace cuanto le ordenen los facultativos seran de su cuenta y riesgo los daños que le sobrevengan Tambien ha de encargarse a estos que le comuniquen cualquiera novedad que ocurra

Si cuando va el juez a tomar declaracion al herido, no lo halla capaz de hacerla, debe encargarse al cirujano y asistentes le avisen luego que lo este para pasar sin dilacion a tomársela, y aun convendra que el mismo le visite con frecuencia en compania del escribano y cirujano, tanto para evitar los fraudes que suelen hacerse, como para que no encontrandole en disposicion de declarar, mande al escribano lo ponga por diligencia, y al cirujano que espese con juramento lo que hubiere advertido sobre ello

En caso de morir el herido, hara el juez declaren los facultativos si la muerte provino de las heridas habiendo discordia se nombrara un tercero, y en caso necesario se abra el cadaver. Si el herido sana, haran los facultativos declaracion de sanidad con espresion del dia

No ha de olvidarse el juez de aprehender el arma o instrumento con que se hizo la herida, pues pudiendo ser habido, ha de andar con los autos como parte instrumental del delito Si fuese arma blanca o de fuego, han de reconocerla dos maestros armeros, y declarar si es de las prohibidas, pues en este caso hay otro delito que agrava el principal Ademas, dicha arma ha de reseñarse y depositarse, y mostrarse despues al reo confeso para que la reconozca Tambien convendra para mayor justificacion que se deposite en la ropa exterior del difunto o herido, y que la reconozcan dos sastres, quienes han de declarar con que instrumento se hizo la rotura, y cotejar el agujero de la ropa con la herida poniendo aquella sobre esta, por si corresponde Vease *Cirujano*

**HERMAFRODITA** El que reúne en si los dos sexos, siendo a un mismo tiempo hombre y mujer Esta palabra se compone de las griegas *Her mes* que significa Mercurio, y *Aphrodite* que equivale a Venus, quienes tuvieron un hijo así llamado por la reunion de los dos nombres y convertido despues en varon y hembra Llamase tambien *androgono*, que donota igualmente la persona que participa de ambos sexos

I Hay muchos autores, especialmente teologos y juriconsultos, que sostienen la existencia de verdaderos hermafroditas, y en apoyo de su opinion nos cuentan varios casos entre ellos, el de cierta monja de un monasterio de Roma que convertida en hombre y echada del claustro recibio luego el orden sacerdotal y fue canonigo de la iglesia de Santa Maria de la misma ciudad, donde murio en 23 de mayo de 1626, y otro todavia mas curioso y terminante de dos hermafroditas que habiendo contraido matrimonio entre si como marido y mujer, aparecieron luego preñados

(2) Veanse a Gutierrez, *Pract crim*, tom 1, cap 4 y sobre que los cirujanos hagan violentamente la primera curacion de los heridos, vease el bando publicado en Mexico en 14 de mayo de 1777

(1) Véase el tit 21, lib 12, Nov Rec, y la coleccion de Recopilación, pag 54 del tercer folio, donde se inserta el bando publicado en Mexico en 27 de abril de 1763, conocido con el nombre de auto de heridoes, en el que se imponen estas varias penas, pero se advierte que la de obrar se abolió por reales ordenes de 21 de noviembre de 1776, y 12 de junio de 1777

ambos Si quereis, añaden, ver hermafroditas, id a la Florida en America, y allí los encontraréis en abundancia destinados a servir de jumentos, porque son muy robustos y despreciados

Otros, sin embargo, tienen por fabulosa y por una suposición gratuita la existencia de verdaderos hermafroditas, esto es, de personas que siendo a un mismo tiempo varones y hembras hayan concebido y hecho concebir, y la niegan formalmente los filósofos, como Aristoteles, Alberto Magno, Valmont de Bomaire, Buffon, el abate Herbas, y los mas célebres anatomistas modernos

II Las personas calificadas con el nombre de hermafroditas, léjos de ser a un tiempo hombres y mujeres, no son por lo comun ni lo uno ni lo otro, pues no sirven para la generacion ni como varones ni como hembras, y si se hallan hermafroditas que tengan un sexo dominante, son muy imperfectos los organos del sexo opuesto Si la naturaleza tiene a veces sus extravios y aberraciones en la produccion del hombre, jamas ha llegado a formar un compuesto o agregado perfecto de los organos y atributos de ambos sexos, jamas ha confundido para siempre sus verdaderos sellos, jamas deja de manifestar por fin el caracter que los distingue, y si do cuando en cuando los oculta bajo cierto aspecto en la infancia, los declara de un modo indudable en la edad de la pubertad Testigo de esta verdad la supuesta muchacha italiana, que en tiempo de Constantino se volvió varon, segun nos cuenta un padre de la Iglesia Testigo Maria German, que despues de haber saltado un foso se vio de repente convertida en hombre, desapareciendo como por encanto el sexo bajo que habia sido conocida Mas si las mujeres se han convertido algunas veces en hombres, nunca los hombres se han convertido en mujeres, no por la razon que da el buen cardenal de Lugo de que la naturaleza siempre aspira a lo mas digno, sino porque hallandose en algunos niños por su conformacion irregular colocados de tal manera los organos viriles que se ocultan hasta cierto punto a la vista y los hacen parecer hembras, llegan por fin a desarrollarse y tal vez a presentarse de improviso descubriendo el caracter verdadero del sexo en virtud de algun esfuerzo extraordinario cuando se ha logrado subir a esa edad de pubertad que produce tan asombrosas revoluciones

III Tiene, no obstante, la naturaleza juegos y caprichos bien singulares sobre las partes naturales, como nos demuestra el ejemplo del pretendido hermafrodita que se vio en Paris en el año de 1765 Fruto esta persona del matrimonio de Juan Bautista Grand-Jean y Claudina Cordier, fue bautizada como niña en Gionoble el año de 1732 bajo el nombre de Ana Grand-Jean, y se caso como varon en Chambery el año de 1761 con Francisca Lambert El sexo mas aparente de este ser extraordinario en los primeros momentos de su existencia, fue el sexo femenino vio siempre con indiferencia a toda mujer hasta la edad de catorce años, y entonces empezó a experimentar el instinto del placer y sintió nacer en su corazon pasiones que no pertenecian al sexo de que se le creia resolviéndose por fin a tomar el traje conveniente al sexo que dominaba en el y abrazó el estado de marido a que su edad y sus facultades engañosas le llamaban Mas por circunstancias extraordinarias mandaron prender los magistrados de Leon al supuesto hermafrodita, pusieronle en un calabozo con grillos, y acabaron por condenarle a las penas de exposicion, azotes y destierro perpetuo por profanacion del sacramento del matrimonio En virtud de su apelacion, fue trasladado a Paris, donde se observó que todo el conjunto de Grand-Jean parecia ser una mezcla de los dos sexos, ambos en la misma imperfeccion, y considerando por fin el parlamento que el acusado mismo habia sido engañado por la naturaleza, y que habiendo pro-

cedido de buena fe no habia profanado el sacramento del matrimonio, revoco por decreto de 10 de enero de 1768 la sentencia del tribunal de Leon en cuanto a las penas pronunciadas contra Ana Grand-Jean, declaro empero nulo y abusivo el matrimonio que habia contraído con Francisca Lambert, y le mando volver a tomar el traje de mujer

IV Hay pues personas en quienes los organos genitales presentan una conformacion tan irregular que es difícil fijar el sexo a que pertenecen, y hay tambien otras en quienes faltan absolutamente organos genitales propios del uno ó del otro sexo, de modo que no se las puede calificar de varones ni de hembras En el primer caso se dice *aparente* el hermafroditismo, y en el segundo se llama *neutro* El hermafroditismo *aparente*, considerado en el sexo masculino, no suele ser otra cosa que un hipospadias complicado <sup>que se llama</sup> efecto no pocas veces en el hipospadias, que el escroto está dividido en dos partes de manera que simula bastante bien los grandes labios de la vulva y la entrada de la vagina, y si al mismo tiempo se han quedado los testiculos tras del anillo inguinal, y la verga tiene poco volumen y parece un largo clitoris, es todavia mas fácil equivocarse En la mujer puede inducir a engaño la excesiva dimension del clitoris, el cerramiento de la vulva por una membrana mas o menos gruesa, y otras irregularidades que se encuentran alguna vez en sus organos, y mas que esta conformacion suele ir acompañada de alta estatura, voz fuerte, remos muy musculosos, piel velluda, y habitos varoniles — El hermafroditismo *neutro* produce impotencia absoluta, y las personas que lo padecen, deben condenarse al celibato — El hermafroditismo *aparente* puede no producir impotencia alguna o producir impotencia absoluta o respectiva, segun sea la irregularidad de la conformacion de los organos

V Cuando el hermafroditismo *aparente* no produce impotencia, puede el hermafrodita contraer valida y licitamente matrimonio, con arreglo al sexo que en el prevalece, esto es, como varon si prevalece el sexo masculino, y como mujer si prevalece el sexo femenino Mas no puede contraer matrimonio ni valida ni licitamente conforme al sexo que en el es mas debil o menos pronunciado, pues entonces contraeria con persona del mismo sexo que el Y si ambos sexos fueron iguales, sin que ninguno de ellos prevalezca sobre el otro, podrá entonces contraer matrimonio a su arbitrio, sea como varon, sea como mujer, con tal que renuncie para siempre al otro sexo, y jure primero que jamas ha a uso en adelante suo del sexo que una vez ha elegido, de modo que ni aun muerto el primer conyuge ha de poder variar ni casarse licitamente con arreglo al otro sexo, bien que si asi se casara, seria valido el matrimonio, pues que no hay ley civil ni eclesiastica que lo anule Baldo, *in l. quanti*, 10, *D. de statu hominum*, Sanchez, *de matrononia*, lib 7, disp. 106, Puring, *lib 4, Decretal*, tit 15, n 5, Reiffensuel, *ibid n 22*, Rosignol, *in univ. de mat.*, Gutierrez, *de matrim*, disp 119, Silvester, *v. hermafroditas*, y Ferraris, *ibid*

VI La ley 10, tit 1, Part 6, dice que no puede ser testigo en los testamentos el hermafrodita que se incline mas a la naturaleza de mujer que de hombre, porque en los testamentos no pueden ser testigos las mujeres, pero en todos los demas actos y pleytos puede ser testigo el hermafrodita, cualquiera que sea el sexo que en el predomina, segun la ley 17, tit 16, Part 5, porque pueden serlo igualmente las mujeres

VII La ignorancia y la credulidad han derivado en otro tiempo la sangre de los reputados hermafroditas los Atenienses los arrojaban al mar, y los Romanos al Tiber, y en otras partes han ahorcado o quemado o enterrado vivos a los que habian abusado del estado irregular de sus organos. El hermafrodita debe acomodarse al sexo que en el pre-

domina, y adoptar el traje y las costumbres que segun esto le corresponden. Si así no lo hiciera merecía ser castigado por haber engañado a sus conciudadanos y hecho traición a la naturaleza, pero la pena de semejante delito debe consistir mas bien en el oprobio que en los suplicios. Mas ¿podría condenarse a muerte, pregunta un celebre filósofo, al verdadero hermafrodita que pudiese engendrar con una mujer y concebir con un hombre? Si existiera tal persona, responde, se hallaria en la naturaleza como la planta que encierra en si misma el pistilo y los estambres, y no merecería mas ser castigado por esta superabundancia de órganos generadores que el hombre regular en un pueblo de hermafroditas.

**HERMANDAD** La relacion de parentesco que hay entre hermanos, — la cofradia o junta formada para ejercitarse en obras de piedad, — la liga, alianza o confederacion entre varias personas, y la misma gente aliada y confederada, — y antiguamente, hablando de bienes, lo mismo que sociedad o compañía en la acepcion de convenio o contrato. Véase *Cofradia*.

**HERMANDAD O SANTA HERMANDAD** Una especie de confraternidad o asociacion formada entre los pueblos con el fin de refrenar los enormes delitos que se cometian fuera de poblado, y aun de impedir las vejaciones de los poderosos. En cada pueblo se elegian dos alcaldes, uno por el estado noble y otro por el general, a quienes estaban subordinados los oficiales menores, llamados *cuadrilleros* por la cuadrilla o compañía que formaban. Estos cuadrilleros perseguían a los delincuentes, y los presentaban a los alcaldes, quienes los juzgaban siguiendo en la sustanciacion y decision de las causas los mismos tramites que los jueces ordinarios. Los crímenes cuyo conocimiento les correspondia, eran los siguientes: hurtos y robos de bienes, raptos y violencias de mujeres, muertes y heridas a traicion, incendios de casas, viñas, mieses y colmenares, cárceles privadas o prisiones hechas de propia autoridad, y algunos otros delitos, con tal que se cometiesen fuera de las poblaciones, y aun a veces aunque se cometiesen dentro de ellas si los malhechores se saltan al campo con las cosas o personas robadas, bajo el concepto de que se tenia por despoblado todo lugar sin cortada que no llegaba a treinta vecinos, y de que los jueces de la hermandad no solo procedian contra los autores de estos crímenes, sino tambien contra los que hubiesen mandado cometerlos, o los hubiesen aprobado despues de cometidos. *Leyes 2, 11 y 12, tit 34, lib 12, Nov Rec*

Esta asociacion que fue establecida en tiempo de la antigua feudal, tenia el objeto político de resistir a la opresion de la nobleza, reprimiendo ciertos crímenes que las justicias señoriales permitian, y aumentar el pódor del trono que no tenia bastante fuerza para contener las violencias y agitaciones intestinas causadas por los señores. De aqui es que los reyes sancionaron su establecimiento, le concedieron privilegios, y la tomaron por instrumento de su autoridad. Pero por fin degenero de su primitivo instituto, abuso de su jurisdiccion y facultades, comenzo a proceder de un modo misterioso, rapido y violento, y vino a convertirse en instrumento de rapacidad y opresion.

Todavía se habían conservado hasta estos últimos tiempos las santas, reales y viejas hermandades, denominadas de Ciudad-Real, Talavera y Toledo, pero por ley de 7 de mayo de 1834 quedaron estinguidas con sus tribunales privilegiados, y ceso la exaccion del derecho de asadura mayor y menor y demás que se percibian para atender a los gastos de dichos establecimientos.

**HERMANDAD DE VIÑEROS** Asociacion formada por los propietarios de viñas con objeto de sacar el mayor beneficio posible de los vinos de su cosecha.

Como en las ordenanzas de estas asociaciones se habían

introducido muchos errores en perjuicio de los progresos de la industria viñera, de la mejora de los vinos y de la libertad de su comercio, se mando por real decreto de 23 de febrero de 1834 lo siguiente — 1º Quedan estinguidas las hermandades, gremios y montes pios de viñeros en todo el reino, y en plena libertad la circulacion, compra y venta de vinos de cualquiera clase que sean por mayor y menor, pagando los derechos legitimamente establecidos — 2º En consecuencia, los cosecheros y tratantes son absolutamente libres de estipular en dichas compras y ventas lo que males convenga, en orden al tiempo, precio, modo, cantidad y demás circunstancias de sus contratos, cualesquiera que sean los usos, costumbres y ordenanzas que lo impidan, las cuales quedan abolidas desde la publicacion de la presente ley — 3º Quedan asimismo anulados y abolidos los impuestos que perciban las hermandades, aunque estuviesen autorizados por sus ordenanzas o de otro modo y cualquiera que fuese el objeto de su concesion — 4º No se obligara a los cosecheros y tratantes a pagar los atrasos procedentes de los impuestos expresados en el artículo anterior, sino en cuanto las hermandades resulten deudoras a cuerpos o particulares, en cuyo caso cobrarán solo la parte que sea necesaria para cubrir sus obligaciones, prorrateandola entre los cosecheros y tratantes a proporcion de sus atrasos respectivos — 5º En las ciudades capitales de provincia en que quieran tener un monte de socorro para beneficio y fomento de la agricultura, pero sin privilegio ni gracias opuestas a la libertad, tráfico y circulacion de los productos de la industria y del suelo, se formaran para organizarlos los reglamentos convenientes, remitiendolos al ministerio de nuestro cargo (al de la gobernacion) para su examen y mi real aprobacion si la merecieren. Véase *Gremio*.

**HERMANOS** Los que han nacido de un mismo padre y de una misma madre, o de un mismo padre, pero no de una misma madre, o de una misma madre, pero no de un mismo padre. Los primoros se llaman hermanos *con nules*, los segundos hermanos *consanguíneos* o de padre, y los terceros hermanos *uterinos* o de madre. Los hermanos carnales se designan tambien con el nombre de hermanos enteros o bilaterales, y los que solo son consanguíneos o solo uterinos, con el de medios hermanos o unilaterales (1). A la clase de los hermanos carnales pertenecen los *gemelos* o mellizos que son los nacidos de un mismo parto. Véase *Gemelos*.

Estas denominaciones convienen no solo a los hermanos legítimos, sino tambien a los habidos fuera de matrimonio, pero cuando se habla de hermanos, se entienden los legítimos, a no expresarse o inferirse lo contrario. Bajo el nombre de hermanos se comprenden tambien las hermanas.

Los hermanos gozan del *beneficio de competencia*, de suerte que no pueden reconvenirse unos a otros en mas de lo que pudieren. Véase *Beneficio de competencia*.

El hermano está obligado a dar alimentos a su hermano pobre, que no tuviere ascendientes ni descendientes que se hallen con facultades para darselos. Véase *Alimentos*, § 1, n III.

Los hermanos son herederos legítimos del hermano que muere intestado sin descendientes ni ascendientes. Véase *Heredero legítimo, tercer orden de sucesion*.

Pero no son herederos forzosos por testamento, y así es que el testador que no tiene descendientes ni ascendientes, puede dejar sus bienes a estráños, sin hacer mención de sus hermanos, o desheredandolos con razon o sin ella. Solo en un caso podrán estos oponerse al testamento como inoficioso, y es cuando el heredero instituido fuese persona de mala vida o infame de hecho o de derecho, pues pro-

(1) Febr. mej., tom 2, pag 97, n 28

bandose entonces el defecto del institucion se anulava la institucion, y heredarian los hermanos como herederos legitimos o ab intestato Mas si estos hubiesen maquinado en algun modo la muerte del hermano, si le hubiesen acusado de un crimen digno de la perdida de la vida o de algun miembro, o si le hubiesen hecho perder o procurado que perdiese la mayor parte de sus bienes, no solo no podrian quejarse de la institucion de una persona iníama, sino que ni aun podrian heredarle ab intestato Vease *Desheredacion*, v *Heredero*, n VII, 10

Los hermanos se hallan entre si mismos en *segundo* grado de parentesco por el derecho civil, y en *primer* grado por el derecho canonico Vease *Grado*

No puede un hermano acusar a otro sobre cosa por que deba morir o perder miembro o ser desterrado, a no ser sobre grande traicion contra el rey o el reino, o sobre ofensa contra su persona, como si intentare v gr causarle muerte, perdida de miembro o gran deshonia, *ley 4, tit 2, Part 5, y ley 2, tit 1, Part 7*

No puede ser apremiado un hermano a deponer o declarar como testigo contra otro hermano en causa o pleito que toque a su persona o a su fama o a la mayor parte de sus bienes, pero si espontaneamente declarare sin apremio alguno, valdia su testimonio como si ninguna relacion tuviese con el, *ley 11, tit 16, Part 5*

No pueden los hermanos ser testigos unos por otros, mientras vivan juntos bajo el poder del padre, pero luego que cada uno viva y tenga sus bienes con separacion e independencia, bien podra testificar el uno contra el otro, *ley 15, tit 16, Part 5*, y por consiguiente tambien uno a favor de otro En los pleitos ajenos, pueden atestiguar los hermanos, aunque esten juntos bajo la patria potestad, y mereceran la misma fe que si no tuviesen relacion entre si mismos, *ley 16, tit 16, Part 5*

El hermano mayor de veinte y cinco años es tutor legitimo de su hermano menor de catorce que queda en la orfandad v sin tutor testamentario ni madre o abuela que quieran serlo, *leyes 9 y 10, tit 16, Part 6* Vease *Tutor*

No incurre en pena el hermano que matare al hombre cogido en el hecho de queter yacer por fuerza con su hermana, *ley 5, tit 8, Part 7*

El que matare a su hermano incurre en la pena de paricida, *ley 12, tit 8, Part 7* Vease *Paricida*

El que sabiendo que su hermano trata de atentar a la vida del padre no lo descubriere para evitarlo, debe ser desterrado por cinco años, *ley 12, tit 8, Part 7*

**HERMANOS CARNALLS** Los que lo son de padre y madre, que tambien se llaman enteros o bilaterales Cuando una persona muere intestada sin descendientes ni ascendientes, le suceden sus hermanos carnales con absoluta exclusion de los medios hermanos, ¿tendian el mismo derecho en las sucesiones testamentarias? Unos quieren que si el testador instituye generica y simplemente herederos a sus hermanos, de los cuales unos son enteros y otros medios, se admitan solamente los enteros, porque es de presumir que tendria la intencion de disponer con arreglo a lo establecido por derecho en las sucesiones intestadas, y que preferiria mayor afecto a los enteros que a los medios Asi lo sienta Gomez en la ley 8 de Toro, n 9 Mas otros sostienen que en el citado caso deben suceder todos los hermanos sin distincion, presumiendo que asi lo quiso el testador por el hecho de no escluir a ninguno, pues si hubiera querido que solo a falta de hermanos enteros sucediesen los medios, era muy regular que lo hubiese expresado nombrando a estos por sustitutos de aquellos Si el difunto no tenia mas que un hermano entero, es claro que llamando en plural a sus hermanos, se entendieran instituidos tambien los medios

**HERMANOS CONSANGUINEOS Y UTERINOS** Se llaman

hermanos *consanguineos* los que no lo son sino de parte de padre, y *uterinos* los que no lo son sino de parte de madre de modo que por eso se llaman unos y otros medios hermanos En las sucesiones intestadas de los que mueren sin descendientes ni ascendientes, son escluidos los medios hermanos por los enteros y los hijos de estos (1) Pero no habiendo hermanos enteros ni hijos de estos, perciben la herencia los medios con exclusion de los demas parientes, v si concurren hermanos consanguineos o sus hijos con hermanos uterinos o sus hijos, aquellos se llevaran los bienes paternos, y estos los maternos, partiendose los demas entre todos ellos con la debida igualdad (2) Vease *Heredero legitimo* en el tercer orden de sucesion, y *Hermanos*

**HERMANOS LEGITIMOS Y NATURALES** Legitimos son los que han nacido de legitimo matrimonio, v naturales los habidos fuera de el de padres que podian casarse entre si mismos Cuando una persona muere intestada sin parientes legitimos, le suceden los hermanos naturales por parte de madre, con absoluta exclusion de los de parto de padre (3) Si el intestado es natural v no tiene descendientes ni madre, le heredarian los hermanos v sus hijos por este orden — 1º los de parto de madre, debiendo ser preferidos los que de estos sean legitimos, y los naturales enteros a los naturales medios, segun algunos interpretes, — 2º los de parto de padre, debiendo ser preferidos los legitimos, segun la ley (4) Vease *Heredero legitimo* en el tercer orden de sucesion, n III, 4º, *Hermanos* o *Hijos ilegítimos* en sus diferentes articulos

**HERRADOR** El que tiene por oficio ajustar v clavar las herraduras a las caballerias en los cascos de pies o manos Vease *Albata*

**HERRAMIENTAS** Los instrumentos de hierro o acero con que trabajan los artesanos en las obras de sus oficios Se consideran privilegiadas, como los libros y las armas en los juicios ejecutivos y asi es que no puede trabarse ejercicio en ellas, por ser precisas para adquirir el alimento diario, *ley 10, tit 51, lib 41, Nov Rec* Vease *Juicio ejecutivo*

## HI

**HIDALGO** o **PIRODALGO** El que por su sangre v linaje es de una clase distinguida, o el noble por linaje, *ley 5 tit 12, Part 2*

Son varias las opiniones sobre el origen de esta voz Uno la trae de la palabra latina *italico*, diciendo que no solamente los Italianos que durante la dominacion romana venian a España en numerosas colonias, sino tambien aquellos Españoles a quienes por los grandes servicios que hacian a los conquistadores se les comunicaba el derecho que los primeros tenian de no pagar tributos, llegaron a ser conocido con la denominacion de *italicos*, que luego por corrupcion vino a parar en *hidalgo*, de suerte que por *italico* v despues por *hidalgo* se entendian mas bien los inmunos de tributos que los procedentes de Italia Otros afirman que *hidalgo* es lo mismo que *hijo de godo*, v efectivamente solo los Godos v sus descendientes, despues del abatimiento de los Romanos, gozaban la inmunidad de pechos v tributos y otras distinciones que como vencedores se habian arrogado, pero muchas vueltas hubo de dar la expresion *hijo de godo* para transformarse en *hidalgo*, a no ser que se diga que los Godos despojaron a los Romanos de esta denominacion v se la apropiaron ellos, asi como se habria apropiado la cosa significada Mas la ley 2, tit 21, Part 2, quiere que *hidalgo* o *hijodalgo*

(1) Vease esta materia en el *F. de me.*, tom 2, p. 58, n. 41 y 42

(2) Ley 5, tit 15, Part 6

(3) Ley 12, tit 17, Part 6

(4) Ley 12, tit 15, tit Part 6

signifique *hijo de digno*, esto es, hombre de riqueza o arraigo, porque la palabra *algo* se tomaba antiguamente por bienes, hacienda o caudal Elegiase en lo antiguo, según dicha ley, para caballeros encarrigados de defender la tierra, a los cazadores como hechos a pasar trabajos en el monte, a los carpinteros, herreros y pedreros, por el hábito de herir y golpear y su fortaleza de manos, y a los carniceros, por su costumbre de matar y derriamar sangre mas habiendose observado que tales hombres, en lugar de vencer a los enemigos, eran vencidos ellos, fue preciso buscar hombres pundonorosos que aunque menos fuertes se arorgonzasen mas de huir en las batallas, y así se prefirió y escogió a los de buen linaje y que tuvieran *algo*, llamándolos por esta razón *hijosdalgo*

El hidalgo se considera tanto mas hidalgo, cuanto mas antigua es su hidalguia, cuanto mas se remonta y pierde su origen en la noche de los tiempos, cuanto mas indefinida es la linea de progenitores que se distinguieron por sus virtudes y servicios al Estado, pero para ser legitima y verdadera hidalguia, debe subir a lo menos hasta los bisabuelos, *ley 2, tit 11, Part 2* Aquel cuyos cuatro abuelos paternos y maternos son hidalgos, se dice *hidalgo de cuatro costados*

La hidalguia se trasmite por el padre mas bien que por la madre, de modo que siendo el padre hidalgo, aunque no lo sea la madre, lo sera el hijo, y al contrario, aunque la madre sea hidalgo, si no lo es el padre, no lo sera tampoco el hijo, porque el hijo sigue en cuanto a las honras y dignidades la condicion del padre, *ley 3, tit 21, Part 2* Cuando solo el padre sea hidalgo y no la madre, sera hidalgo el hijo, como se ha dicho, pero no sera tomado por noble, como observa la misma ley, pues para ser noble no basta que el padre sea hidalgo sino que es necesario que lo sea tambien la madre Siguese de aqui que la nobleza es superior a la hidalguia, pero comunmente se confunde una con otra, y lo mismo se entiende ahora por hidalgo que por noble

Aunque no es hidalgo propiamente dicho sino el que lo es por *linaje*, hay empero hidalgos de *privilegio*, que son los que han obtenido la nobleza o hidalguia por compra o merced real Mas entre los hidalgos de privilegio y los hidalgos de linaje no hay otra diferencia, sino que la hidalguia comienza en los primeros por concesion o gracia del rey y se trasmite y continua en los segundos por descendencia de los primeros, de suerte que hidalgo de privilegio es el que adquiere la hidalguia por si mismo, é hidalgo de sangre o de linaje el que la hereda del hidalgo de privilegio Vease *Noble*

**HIDALGUÍA** La nobleza que viene a los hombres por linaje, o la calidad, estado y condicion civil del hidalgo; *ley 3, tit 21, Part 2* Vease *Nobleza*

**HIJASTRO** El hijo que trae cualquiera de los casados al nuevo matrimonio, o sea, el hijo habido de otro conyuge y no del que ahora tiene la mujer o el marido Dicese *hijastro* con respecto al marido de su madre o a la mujer de su padre Llamase tambien *ainado* y *entnada*, que es lo mismo que decir *alibi natus, ex alterius toro natus* Vease *Mudatbra* y *Padrastro*

**HIJO** Hablando en general, es el engendrado de macho y hembra con respecto a sus padres, pero ahora nos contraemos al engendrado de hombre y mujer Decimos *engendrado* y no *nacido*, porque desde que el hombre se halla en el seno materno, existe ya de algun modo la ley por lo tanto fija en el sus ojos protectores, vela en su conservacion y desarrollo, y le asegura sus intereses civiles, tendiendole por nacido para todo lo que le fuere útil, y cuando llega efectivamente a nacer, se cuenta en el numero de los hombres y goza de los derechos asegurados por la ley, con tal que su nacimiento sea natural y no abortivo, *leyes 3 y 5, tit 25, Part 4, y ley 13 de Toro* Vease *Abortivo* e *Hijo postumo*

La palabra *hijo* viene de la latina *filius*, que gradualmente se pronuncio por nuestros padres *filio*, *fio*, *fijo*, hasta que vino a parar en *hijo*, y la palabra *filius*, según algunos gramaticos, trae su origen de *filum* que significa *hilo*, o porque el hijo sale del padre como hilo, o porque la naturaleza suele reproducir en los hijos la fisonomia, los rasgos, las inclinaciones, el caracter y el genio del padre o de la madre *Dicitur a filo filius, quod ipse ex patre pro genitore veluti filium quoddam ductus, vel quod scriptus filii fucem for manque patris aut matris referre soleant*, como dice Juan Calvino en su *Lexicon juridicum*

Bajo la denominacion de *hijos* se comprenden tambien las *hijas*, así como bajo la denominacion de hermanos se comprenden igualmente las hermanas, *ley 1, tit 2, lib 4 del Fuero Juzgo*, y así como bajo la palabra hombre se contiene la mujer, *ley 6, tit 33, Part 7* Así que, nunca deben escluírse las hijas de las disposiciones de la ley o del hombre, sino cuando claramente aparezca que la voluntad del hombre o de la ley fue el escluír, y aun en los mayorazgos es indispensable su escluícion expresa y terminante para que no sucedan, sin que basten conjeturas ni inducciones por claras que parezcan Mas por el contrario, bajo la denominacion de *hijos* no se comprenden los *hijos*, pues es claro que por el hecho de nombrar solamente a aquellas se quiere escluír a estos

Hablando con todo rigor y propiedad, no se entienden por *hijos* sino los descendientes de alguno que se hallan en primer grado con el, pero en un sentido mas estenso y general o por interpretacion se comprenden a veces bajo el nombre de hijos todos los descendientes de alguno sin limitacion de grados, lo cual no sucede cuando se trata de cosas que pueden perjudicarles, sino solo cuando se trata de su bien: *Fili appellations omnes liberos intelligimus, liberi un autem appellatione nepotes, et pronepotes, ceterique qui ex his descendunt, continentur Justa interpretatione recipiendum est, ut appellatione filii, necula filiamfamatas contineri soepe respondimus, ita et nepos videatur comprehendi et patris nomine avus quoque demonstrari intelligatur* Il 84, 201 y 220, D de verb signif

Así como no deben ser tenidos por hijos los abortivos, no deben tampoco ser reputados por tales los monstruosos que nacieren sin forma humana y con la cabeza u otros miembros principales de bestia, *ley 6, tit 25, Part 4* Vease *Monstruo*

Los hijos son legitimos o ilegítimos Son y se llaman *legítimos* los que nacen de matrimonio legitimo o al menos putativo a debido tiempo todos los demas se llaman *ilegítimos* Los *ilegítimos* se dividen en naturales y espurios *naturales* son los nacidos de hombre y mujer que al tiempo de la concepcion o del nacimiento podian casarse sin dispensa, y *espurios* todos los demas ilegítimos que no son naturales, esto es, los *incestuosos* que son los habidos entre parientes que no podian casarse sin dispensa, los *adulterinos* que son los habidos de personas ligadas con otras, a lo menos una, por el vinculo del matrimonio, los *sacrilagos* que son los habidos de personas que estaban ligadas, a lo menos una, con profesion religiosa o con orden sacro, y los *manceres* que son los de mujeres prostitutas

Los hijos de legitimo matrimonio se dicen a veces *legítimos* y *naturales* en contraposicion a los hijos *adoptivos*, porque aquellos son hijos por la naturaleza y por la ley, al paso que estos no son hijos del adoptante por naturaleza sino solo por la voluntad del adoptante y por la ley que permite la adopcion

Los hijos legitimos pueden hallarse constituidos bajo la patria potestad, o bien fuera de ella en el primer caso se llaman *hijos de familias*, y en el segundo *hijos emancipados*

Los hijos ilegítimos se llaman tambien en general *bordes*

y bastardos, pero la denominación de *bastardos* se aplica en sentido mas estricto, así como la de *espurios*, a los hijos de padres que no podian contraer matrimonio entre si cuando los procrearon. La de *espurios* ademas se contrae por algunas leves a los hijos de mujeres solteras o viudas y de padres inciertos y no conocidos. Véase *Bastardo* y *Espurio*. — Los hijos adulterinos, los incestuosos y los sacrilegos se comprenden á veces por las leyes bajo el dictado de *fornicinos*, así como bajo el de *espurios* y bastardos. Véase *Fornicino*. — Los adulterinos se dicen *notos* por equivocacion de una ley. Véase *Hijo adulterino*.

Los hijos ilegítimos, a lo menos los de ciertas clases, pueden legitimarse por subsiguiente matrimonio o por rescripto o privilegio del rey. Véase *Hijo legitimado*.

Los hijos pueden nacer viviendo su padre, o despues de su fallecimiento, y en este caso se llaman *postumos*. Véase *Hijo postumo*.

Cuando se habla de hijos en general, no se entiende ordinariamente sino de los hijos legítimos de ambos sexos, porque lo que caracteriza la calidad de hijo es el haber nacido de padres unidos por matrimonio legítimo, y así es que si se quiere comprender o mencionar a los hijos ilegítimos, se les suele dar alguna calificación que los designe, principalmente cuando se trata de sucesiones y de otros derechos de familia.

Los derechos y deberes que las leyes naturales y positivas han establecido entre los hijos y las personas a quienes estos deben su existencia, no son unos mismos con respecto a todos los hijos, sino que varían y son mas o menos estensos segun la respectiva clase en que los hijos se hallaren de legítimos, legitimados, naturales o espurios, como se vera en los siguientes artículos que los conciernen. Mas todos los hijos, de cualquier clase que sean, tienen derecho a que las personas que los han puesto en el mundo les den la crianza y subsistencia que les fuere indispensable y ellos por su parte estan obligados a amar y respetar a sus padres y á sus madres, a hacerles honor, servicio y favor por cuantos medios pudieren, y aun a proveerles de alimentos en caso necesario, como espresamente se dispone en el proemio y leyes del tit 19, Partida 5. Véase *Alimentos*, *Madre* y *Padre*, y *Patria potestad*.

**HUJO LEGÍTIMO** El nacido de matrimonio legítimo, esto es, de matrimonio celebrado con arreglo a las leyes y canones, y por consiguiente válido y verdadero — el habido de matrimonio putativo, esto es, de matrimonio celebrado en faz de la Iglesia con impedimento damente que ignoraban ambos conyuges, o al menos uno de ellos, — y el que habiendo nacido de padre y madre que no estaban casados entre si, se legitima despues por el subsiguiente matrimonio. *Ley 1, tit 13, Part 4*.

I No solo se tiene pues por hijo legítimo el que nace de matrimonio *válido*, sino tambien el que nace de matrimonio *nulo* por razon de impedimento dirimente, con tal que el matrimonio se hubiese contraído solemnemente *in facie Ecclesiae*, y que ambos conyuges o a lo menos el uno de ellos tuviesen buena fe creyendo que carecian de impedimento. La buena fe, al menos de parte de uno de los conyuges, no solo debe existir al tiempo de la celebracion del matrimonio, sino que debe continuar al tiempo de la procreacion de los hijos, pues si antes de este acto llegare á cesar por saber ambos conyuges el impedimento dirimente, sera ya ilegítima la prole. Si dudando ambos conyuges sobre la existencia del impedimento y sin hacer las debidas diligencias para averiguar la verdad pasan a contraer y consumir el matrimonio y despues se descubre el impedimento, sean ilegítimos los hijos procreados de tal matrimonio, porque habria entonces ignorancia afectada, la cual se equipara á la ciencia. Mas si la duda no sobreviene sino despues de contraído y consu-

mado el matrimonio, los hijos concebidos durante ella seran legítimos, aunque se haya movido y pendiere plonto sobre el valor del matrimonio, con tal que hubiesen sido concebidos antes de la sentencia. — Estas disposiciones se hallan establecidas en el derecho canonico y adoptadas en la *ley 3, tit 3*, y en la *ley 1, tit 13, Part 4*. El capitulo *cum inter, qui filii sunt legitimi*, de las Decretales, dice lo siguiente: *Cum inter L. unum et T. mulierem, divortii sententia canonice sit prolata, filii eorum non debent exinde sustineri iacturam, cum parentis eorum publice, sine contradictione Ecclesiae inter se contraxisse noscantur, ideoque sancimus ut filii eorum quos ante divortium habuerunt, et qui concepti fuerant ante latam sententiam, non minus habeantur legitimi, et quod in bona patris haereditario jure succedant, et de parentum facultatibus nutriantur*. Véase *Matrimonio putativo*.

II Para que el hijo sea tenido por legítimo es necesario que sea fruto del matrimonio, ora sea este legítimo, ora putativo para que sea considerado como fruto del matrimonio, basta que haya sido concebido durante el mismo matrimonio, y se reputa haber sido concebido durante el matrimonio, si nace a los seis meses y un dia cuando menos despues de celebrado, y a los diez meses cuando mas, sin tocar ni un solo dia del undecimo, despues de disuelto, con tal que los consortes viviesen juntos, *ley 4, tit 23, Part 4*. Esta disposicion esta fundada por la citada ley en la doctrina de Hipocrates, quien segun las observaciones de la medicina establecio que el tiempo mas largo de la gestacion o preñez es de diez meses, y el mas corto de seis. Así pues, el que nace desde el dia exclusivo en que se cumplen ciento y ochenta dias despues de la celebracion del matrimonio hasta el dia inclusive en que se cumplen trescientos despues de su disolucion o separacion, nace a debido tiempo, es hijo legítimo y tiene por padre al marido de su madre, segun el axioma *Pater est quem nuptia demonstrant* presuncion legal, que se apoya tanto en la cohabitacion de los conyuges como en la fidelidad que se han prometido.

III Esta presuncion legal de que el hijo nacido a debido tiempo es hijo del marido de su madre, no se destruye ni aun por confesion o conviccion de adulterio, ya porque puede suceder que una mujer sea adúltera y los hijos sin embargo pertenezcan al marido, ya porque la confesion que una mujer hiciera de su infidelidad no se mira sino como efecto de odio o de demencia y no puede perjudicar a tercero, a no ser que se pruebe que durante el tiempo trascurrido desde el dia trescientos hasta el ciento ochenta antes del nacimiento del hijo, esto es, durante los cuatro primeros meses de los diez anteriores al parto, se hallaba el marido, por causa de ausencia o de impedimento absoluto, en la imposibilidad fisica de cohabitar con su mujer, *ley 9, tit 14, Part 3, y ley 4, tit 23, Part 4, con las glosas de Greg Lopez*. Supongamos por ejemplo que tu sales de tu pueblo el 20 de diciembre de 1839, que permaneces ausente los cuatro meses que siguen, esto es, enero, febrero, marzo y abril de 1840, que vuelves el 10 de mayo, y que antes de seis meses despues de tu regreso, v. gr. el dia 1º de noviembre, pare tu mujer es claro que segun la regla dada podias dejar de reconocer como tuyo al hijo, pues para que fuese tuyo, seria preciso que hubiera sido procreado o bien antes de tu partida, lo que es imposible, porque entonces el preñado habria durado mas de diez meses, o bien despues de tu vuelta, lo que tambien es imposible, porque en tal caso resultaria un preñado de menos de seis meses. Mas para que la ausencia constata una imposibilidad fisica, es indispensable que el marido haya estado siempre a tal distancia de la mujer que no hayan podido reunirse y verse en un mismo punto.

Suelen asimilarse a la ausencia la detencion o el arresto

de uno de los conyuges o de ambos, cuando consta que no pudieron verse y aproximarse, ora por razon del estado de comunicacion en que se hallaban, ora por la distancia de sus prisiones respectivas. Mas nunca deben los jueces admitir ligeramente semejante causa contra la legitimidad de un hijo, pues que pudieron dejarse seducir los guardas o canceleros y permitir la entrevista de los conyuges, como acreditan mas de mil ejemplos, sin que sea suficiente prueba de lo contrario la declaracion del alcalde, quien siempre esta interesado en hacer ver que nunca deja de cumplir con su obligacion.

El ejemplo de la ausencia puede aplicarse con la misma exactitud al caso de impedimento absoluto. Si se prueba que al tiempo de la concepcion, esto es, en los cuatro primeros meses de los diez anteriores al parto, no pudo el marido cohabitar con la mujer por impotencia, enfermedad u otra causa que lo hubiese sobrevenido, el hijo asi nacido no debera considerarse fruto del matrimonio. *Mihi videtur quod et Scamola probat, si constat matrum aliquandiu cum uxore non concubuisse, infirmitate interueniente, vel alia causa, vel si ea valetudine pater familias fuit, ut gerere non possit, hunc qui in domo natus est, licet vicinis scantibus, filium non esse*, ley 6, D. de his qui sui vel alieni juris sunt.

IV Aunque el hijo nacido antes de cumplirse los ciento ochenta dias desde la celebracion del matrimonio, no es realmente hijo legitimo, por que si bien nace en el matrimonio no nace de el, pues se supone concebido antes y no despues de celebrado el contrato, no podra sin embargo el marido desconocerle y rechazarlo como ajeno en los casos siguientes — 1º si antes del matrimonio tuvo conocimiento de la preñez, pues entonces se presume que el hijo es suyo, no debiendo suponerse moralmente que hubiese querido a sabiendas casarse con una mujer que se hallaba en cinta por obra de otro — 2º si antes o despues del nacimiento hubiese reconocido su paternidad por instrumento autentico o privado o por cualesquiera otros actos serios y deliberados, pues es máxima de derecho que los padres pueden establecer la legitimidad de sus hijos, pero no quitársela despues de establecida — 3º si el hijo no nacio vital, o sea *enplido y viadero*, como dice la ley, pues si su organizacion no es bastante perfecta para que pueda vivir, se presume que nacio antes de termino, y que por consiguiente pertenece al marido. Véase *Abortivo y Edad*.

V He dicho que el hijo nacido antes de cumplirse los ciento ochenta dias desde la celebracion del matrimonio no es en realidad hijo legitimo, por mas que algunos se esfuerzan en hacernoslo pasar por hijo de esta clase, pues no basta para ser legitimo el haber nacido dentro del matrimonio, sino que ademas es necesario el haber nacido a debido tiempo, esto es, en tiempo que induzca presuncion de que fue concebido tambien dentro del matrimonio de suerte que la legitimidad procede mas bien de la epoca de la concepcion que de la del nacimiento, como clara y necesariamente se deduce de la ya citada ley 4, tit 23, Part 4, en la cual se establece, « que la criatura que nasciere fasta en los siete meses, que solo que tenga su nacimiento un dia del seteno mes, que es cumplida et viadera, et debe ser tomada tal criatura por legitima del padre et de la madre que eran casados et vivien en uno a la sazón que la concibio ». Si pues el padre y la madre no estaban casados y vivian en uno al tiempo de la concepcion es evidente que el hijo no sera legitimo, aunque el nacimiento se haya verificado estando ya casados y viviendo en uno el padre y la madre sera, si se quiere, hijo del marido y de su mujer, pero no sera hijo del matrimonio, que es el unico medio de conferir la verdadera legitimidad.

VI ¿Cual sera pues la condicion o calidad que corresponde a debe asignarse al hijo concebido antes del matrimonio

y nacido despues de celebrado este? La de hijo *legitimado* tacitamente por el matrimonio de su padre y de su madre, con tal que sea capaz de esta especie de legitimacion. Si el hijo concebido y nacido fuera de matrimonio se legitima despues por el matrimonio subsiguiente de sus padres, el que unicamente ha sido concebido fuera del matrimonio quedara legitimado por el solo hecho de su celebracion, pues que en este caso el matrimonio es posterior tan solo a la concepcion, al paso que en aquel lo es a la concepcion y al nacimiento con la diferencia de que el hijo nacido antes de celebrado el matrimonio necesita ser reconocido para adquirir la legitimacion, y el nacido despues sale a la luz del mundo revestido ya de la calidad de legitimado, calidad que no se le puede quitar sino por sentencia de juez, pues que se encuentra en posesion de ella.

VII Mas si el hijo es de la clase de aquellos que son incapaces de legitimacion por subsiguiente matrimonio, no quedara legitimado tacitamente por el hecho de nacer dentro del matrimonio que despues de su concepcion hubiesen celebrado entre si su padre y su madre, aunque el padre con su silencio dice a entender que le pertenece, y aun cuando de un modo positivo le reconozca por suyo. Asi es que si el padre y la madre se hallasen a la epoca de la concepcion en la imposibilidad de casarse por razon de impedimento dirimente, si Pedro, por ejemplo, habiendose quedado viudo de Maria, se casa dos, tres o cuatro meses despues con Antonia, y esta pare al mes de casada un hijo que Pedro admite como suyo, no sera legitimo este hijo, ni tampoco podra reputarse tacitamente legitimado por el matrimonio, por que no puede ser hijo de Pedro sin ser adulterino, y los hijos adulterinos no pueden ser legitimados por este medio.

VIII No faltan, sin embargo, autores gravisimos, como Sanchez, Molina y Covarrubias, que tienen al hijo por capaz del beneficio de legitimacion cuando su padre y su madre, de los cuales el uno se hallaba casado con otra persona en el momento de su concepcion, se encuentran libres ambos al tiempo de su nacimiento, y con mas razon si en esta ultima epoca estan legitimamente unidos entre si con el vinculo del matrimonio. Pretenden estos autores que para fijar el estado del hijo no debemos atender al tiempo de su concepcion sino en cuanto le sea ventajoso y que si le fuere mas util que se tome en cuenta el tiempo de su nacimiento, a esta epoca unicamente y no a la de la concepcion habremos de atenernos. Fundanse para establecer esta doctrina — 1º en las leyes 7 y 26, D. de statu hominum, segun las cuales el hijo concebido no se reputa nacido sino cuando lo exige su interes — 2º En la ley 6 del mismo titulo, por la cual para que un hijo nazca ingenuo basta que su madre sea libre al tiempo de su nacimiento, aunque hubiese sido esclava al tiempo de su concepcion, y *vice versa*, lo que demuestra segun ellos que el estado del hijo no se determina irrevocablemente por la condicion que tenian sus padres al tiempo de su concepcion sino al contrario por la del tiempo de su nacimiento, si es que asi le conviene — 3º en la ley 11, C. de natur. alibus liberis, la cual en su ultima parte formalmente establece, que en las cuestiones sobre el estado de los hijos se mire al tiempo del parto, excepto solo aquellos casos en que la utilidad de la condicion de los mismos hijos exija que se atienda al tiempo de su concepcion — 4º en la ley 11 de Toro, que quiere se digan hijos naturales aquellos cuyos padres, al tiempo que nacieren o fueren concebidos, podian casar justamente con sus madres, de que deducen que puede atenderse indiferentemente, para fijar el estado de los hijos, al tiempo de su concepcion o al de su nacimiento.

Pero ninguna de estas leyes puede aplicarse al caso que nos ocupa, ni destruye la proposicion sentada de que el hi-

jo adulterino es incapaz de legitimacion por matrimonio — La induccion que se quiere sacar de las leyes 7 y 26 del Digesto de *statu hominum*, carece absolutamente de fuerza, pues como estas leyes se limitan a declarar que el hijo meramente concebido no debe reputarse nacido sino cuando así lo exija su interes, pero no declaran ni pueden declarar que no se le tenga por concebido, es claro que no impiden que para determinar su calidad y saber si ha podido ser o no ser legitimado se tome en cuenta la condicion que tenían sus padres al tiempo de su concepcion, pues que de su concepcion misma es de donde nace el obstaculo que se opone a su legitimacion. La legitimacion es un favor de la ley, y la ley no ha querido estenderlo a los hijos que son fruto de un comercio adulterino — La ley 1 del Digesto de *statu hominum* no tiene relacion directa con la cuestion. El estado de ingenuidad de un hijo no depende sino de la libertad de su madre, y si acaso que una mujer que era esclava en el momento de la concepcion, se encuentra libre al tiempo del parto, es muy natural que para fijar el estado del hijo se mire a la epoca que le sea mas favorable, mientras que la capacidad de ser legitimado depende esencialmente de la calidad del comercio a que el hijo debe su existencia, de modo que si este comercio fuere adulterino, no podra ya en adelante dejar de serlo. La ley 11 del Código de *naturalib liber* no establece de modo alguno el principio que se ha creído ver en ella de que para saber si un hijo nacido *ex damnato complexu* es capaz de legitimacion se haya de tomar en cuenta el tiempo de su nacimiento y no el de su concepcion, pues solo tiene por objeto el decidir que un hijo concebido en concubinato y nacido antes o dentro del matrimonio queda legitimado por esta union, y aun quiere Justiniano que para que esta legitimacion tenga lugar haya podido el marido casarse con la madre al tiempo del concubinato, es decir, al tiempo de la concepcion del hijo de suerte que la regla que prescribe atender a la epoca del parto y no a la de la concepcion para fijar el estado de los hijos, lejos de ser general, se reduce y contrae precisamente al caso de que los padres hubieran podido al tiempo de la concepcion contraer entre sí legitimo matrimonio — Por fin, nuestra ley 11 de Toro, que esta enlazada con la 10 que la precede, se limita a declarar cuales son y deben decirse hijos naturales para poder heredar al padre con preferencia a los ascendientes legitimos de este, y no estanda el beneficio de la legitimacion a otros hijos que a los que antes podian ser legitimados por derecho romano, canonico y real de las Partidas, como veremos en su lugar.

IX. Algunos de los autores, y entre ellos el doctor don Sancho de Llamas en su comentario a la ley 11 de Toro, que contra Sanchez, Molina y Covarrubias niegan como nosotros al hijo concebido de adulterio y nacido en tiempo en que va sus padres podian casarse la capacidad de ser legitimado por el subsiguiente matrimonio que estos contrajeron despues del nacimiento, sostienen sin embargo, por no ser que especie de anomalia en sus doctrinas, que si el matrimonio se hubiese contraido por los padres antes del nacimiento del hijo que habian procreado en adulterio este hijo naceria legitimo, no legitimado como quiera, sino legitimo, propio y rigurosamente legitimo, como si hubiera sido concebido dentro de legitimo matrimonio de manera que segun ellos, el matrimonio subsiguiente a la concepcion y al nacimiento no produce la legitimacion ni mejora de modo alguno la condicion del hijo adulterino, pero el matrimonio subsiguiente a la mera concepcion, aunque no preceda mas que de un solo mes, de un solo dia, de una sola hora, de un solo minuto al nacimiento, tiene la virtud de presentar al mundo al recién nacido limpio y libre de la mancha contraida en la concepcion y revestido de todas las calidades y derechos de la legitimidad.

Alegan estos autores en apoyo de su opinion, que el hijo concebido de adulterio y nacido cuando sus padres habian contraido matrimonio no puede considerarse legitimado ni natural, y que de consiguiente debe ser tenido por legitimo. No es legitimado, dicen, por el subsiguiente matrimonio, porque esta legitimacion supone que el matrimonio ha sido posterior al nacimiento, como que por eso se llama *subsiguente*, y en el caso de la disputa el matrimonio de los padres no ha sido subsiguiente sino precedente y anterior al nacimiento del hijo. No es natural, continúan, porque para ser naturales los hijos se requiere segun la ley 11 de Toro que los padres tengan aptitud para casarse al tiempo de la concepcion o al del nacimiento, y en nuestro caso no tienen aptitud para casarse, pues que ya estan casados. Convendremos desde luego en que el hijo de que se trata no puede llamarse legitimado, pero no precisamente porque el matrimonio de sus padres sea anterior al nacimiento, sino porque ni en el caso de anterioridad ni en el de posterioridad es capaz de legitimacion, pues si lo fuera, quedaria legitimado por el matrimonio, el cual si no era *subsiguente* al nacimiento, lo seria a la concepcion. Convendremos tambien en que tampoco es hijo natural, porque lo mismo importa aqui que lo sea como que no lo sea, aunque realmente puede sostenerse que lo es, pues para que lo sea no exige la ley sino que al tiempo del nacimiento se haya removido el impedimento que al de la concepcion tenían los padres para casarse, y se ha removido con efecto cuando los suponemos legitimamente casados. Mas ¿que es lo que se sigue de que el hijo de quien hablamos no sea natural ni legitimado? Lo que se sigue no es que nace legitimo como quieren dichos autores, sino que permanece en su clase de ilegítimo, pues que fue concebido en la ilegítimidad y no sobreviene un acontecimiento que le exima de esta mancha.

Ningun hijo, replican, aunque haya sido concebido de adulterio, puede reputarse ilegítimo antes de nacer, porque nadie es capaz de una calidad mientras no exista, y si al tiempo de nacer se hallan sus padres legitimamente casados, puede ya decirse que nace de legitimo matrimonio, y es por lo tanto hijo legitimo, pues que la ley 1, tit 13, Part 4, llama hijos legitimos a los que nacen de padre y madre que estan casados verdaderamente segun manda la santa Iglesia, y la ley 12 de Toro llama igualmente legitimos a los que han nacido de legitimo matrimonio. Tal es la doctrina que se ven forzados a sentar por sostener la legitimidad de los hijos concebidos de adulterio y nacidos despues de casados sus padres. No seria necesario impugnarla, si no se hallara establecida en obras de tanto credito superfluo seria recordar, si no fuese por esta razon, que el hombre existe desde que se halla engendrado, que la concepcion es la que le imprime el sello de la legitimidad o ilegítimidad, pues que la calidad de legitimo o ilegítimo depende precisamente del estado de sus padres al tiempo de la concepcion, que desde entonces empieza la ley a considerarle capaz o incapaz de ciertos derechos, que nunca se atiende al tiempo del nacimiento para sacar directamente de él la legitimidad o ilegítimidad del hijo sino para calcular el tiempo de la concepcion y saber por el estado de los padres en aquella epoca cual es la condicion que al hijo ha de asignarse, y cual su capacidad para ser o no ser legitimado. Superfluo seria, repetito, recordar estas verdades legales, porque todas ellas son conocidas de todos. Es cierto que la ley llama hijo legitimo al que nace de legitimo matrimonio o de padre y madre legitimamente casados, pero no nace de legitimo matrimonio el que no ha sido concebido dentro de él. Es necesario tener bien presente esta verdad para no equivocarse una cosa es nacer de matrimonio, y otra cosa es nacer en matrimonio. Nacer de matrimonio es lo mismo que ser fruto de él, esto es, haber sido concebido despues que el padre y la madre

estaban casados, y nacer en matrimonio no es mas que salir un hijo a luz estando su madre casada, aunque haya sido procreado antes del casamiento por el mismo marido de la madre o por otro hombre diferente. Solo el que ha sido concebido dentro del matrimonio es propiamente hijo legitimo, y nunca lo es en principio el que ha sido concebido fuera de el (bien que si es capaz de legitimacion podra quedar legitimado por el matrimonio de su padre y de su madre y entrar en la clase de los hijos legitimados), segun se ha demostrado mas arriba, num V, con arreglo á la ley 4, tit 25, Part 4. Por lo tanto el hijo adulterino nunca será hijo legitimo aunque nazca dentro del matrimonio de su padre y de su madre.

X. Lo que se ha dicho del hijo adulterino no es aplicable al hijo incestuoso, pues hay una diferencia muy notable entre el uno y el otro. El hijo incestuoso queda legitimado por el matrimonio que sus padres contrajeren con dispensa del papa, y entra por consiguiente en la clase y en los derechos de hijo legitimo, porque la dispensa del papa purga el vicio del incesto. Antes se hallaban divididas sobre este punto las opiniones de los autores, pero sobrevino despues decision real que ha debido fijarlas, como se vera en el articulo *Hijo incestuoso*.

XI. Si no es legitimo el hijo nacido antes de tiempo, esto es, antes de entrar en el septimo mes desde la celebracion del matrimonio, tampoco lo es el nacido despues del tiempo, esto es, despues de haber entrado en el mes undecimo desde la disolucion del matrimonio, como se ha indicado mas arriba. « Si la nascencia de la criatura, dice la ley 4, tit 25, Part 4, tañe un dia deloncenno mes despues de la muerte del padre, non debe ser contado por su hijo ».

La ley, como se ve, esta terminante: el hijo que nace pasados diez meses, o sea trescientos dias completos, desde la muerte del marido, aunque no nazca mas que un solo dia dentro del mes undecimo, es ilegítimo, ilegítimo de derecho, pues que la ley lo decide, y no debe ser contado entre los hijos del marido de su madre porque se presume que no pudo ser concebido dentro del matrimonio sino despues de su disolucion, y por consiguiente no se le puede aplicar la regla *Pater is est quem nuptia demonstrant*. Siguese de aqui, que si las personas interesadas en impugnar la legitimidad de un hijo hacen ver que el nacimiento se verifico despues de haber transcurrido trescientos dias desde el fallecimiento del pretendido padre, es ya inutil é impertinente toda prueba que el mismo hijo o su tutor o su madre quisieren hacer sobre prolongacion de la preñez y retardacion de parto. El legislador sabia muy bien las opiniones de los fisicos sobre el tiempo a que puede estenderse la duracion de la preñez, y adoptando por fin el principio de que no puede pasar de diez meses, tiro una linea y fijo con mano resuelta y rigida este termino para la legitimidad de los hijos sin concederles ni un solo dia mas. Si nosotros saltamos esta barrera, caeremos en la arbitrariedad si damos un dia, dos dias, cuatro dias despues de los trescientos, ¿ donde nos detendremos? Si damos trescientos quince, ¿ que razon habia para no dar cuatrocientos y todos los que se pidan? Sin embargo, aunque la ley parece haber cerrado la puerta a toda interpretacion, aunque los partos legitimados postumamente a los diez meses, si es que los hay, seran mucho mas raros que las flaquezas de las mujeres, suelen los tribunales mostrarse algun tanto indulgentes a favor de los hijos ultradiezmesinos, admitiendo pruebas contra la presuncion de su ilegitimidad, y tomando en cuenta la conducta de la madre, el estado de su salud y las causas internas o externas que hubiesen podido influir en que la gestacion se haya prolongado mas alla del termino ordinario. Vasee *Patrimonia*

XII. La mujer que a la muerte de su marido se sintiere o creyere en cinta, tiene un medio seguro para que el hijo que pariere sea reputado por hijo legitimo del matrimonio, aunque el parto no llegue a verificarse sino mucho despues de haber transcurrido los diez meses de la gestacion. Este medio consiste en denunciar la preñez a los parientes de su marido difunto para que puedan asegurarse de ella y tomar las precauciones convenientes a evitar todo fraude con arreglo a las formalidades establecidas por la ley o por la costumbre de la tierra. Mas si el parto se verificare dentro de los diez meses desde la muerte del marido sera tenido por legitimo el hijo que naciere, aunque no se hubiese denunciado la preñez a los parientes de aquel, con tal que se pruebe la realidad del parto y la identidad del hijo. *Ley 3, tit 6, lib 3 del Fuego Real, y ley 17, tit 6, Part 6 Véase Hijo Postumo*.

XIII. Sucede no pocas veces que apenas ha fallecido el marido cuando ya la viuda presurosa corre a segundas nupcias, y antes de los diez meses desde el fallecimiento pare un hijo que segun las reglas relativas a la duracion posible de la gestacion puede suponerse fiuto tanto del primer matrimonio como del segundo. Supongamos, por ejemplo, que la mujer se vuelve a casar un mes despues de la muerte de su marido, y que pare a los siete, a los ocho y aun a los nueve meses de la celebracion del segundo matrimonio, ¿ a cual de los dos maridos habra de atribuirse la paternidad? ¿ al primero o al segundo? La resolucion de esta cuestion suele ser tan difícil como delicada: casi siempre se presenta una incertidumbre absoluta, y asi es que los autores, para determinar el estado del hijo, se han visto en la necesidad de imaginar una multitud de sistemas mas o menos especiosos y mas o menos arbitrarios. Tratase mas arriba de este punto con alguna ostension en el articulo *Año de luto o viudedad*.

XIV. Hemos dicho al principio que son y se llaman hijos legitimados los que nacen de legitimo matrimonio a debido tiempo. Mas cuando se ignora quienes son los padres, ¿ como sabremos si los hijos nacieron a debido tiempo y de matrimonio legitimo? ¿ como calificaremos a los expósitos? ¿ los tendremos por legitimados o por ilegítimos? Muchos jurisconsultos los han tenido siempre por legitimados, apoyandose — 1º en la ley *Muito*, 51, D *pro socio*, y en el cap *Estote*, 2, de *reg jur*, donde se establece que en caso de duda debe adoptarse la opinion que escluye toda presuncion de delito, pues que el delito no se presume si no se prueba — 2º en el cap *Lator*, 5, y en el cap *Peruenit*, 11, *qui filii sunt legitimi*, donde se impone al adversario la carga de probar que el hijo es ilegítimo — 3º en el cap *Ex tenore*, 14, *qui filii sunt legit*, y en la ley *Nuper*, C *de naturalibus liber*, donde en caso de duda se fija la presuncion a favor de la prole — 4º en que no solo por pudor y miedo de infamia suelen esconderse los hijos, sino tambien por la necesidad e indignancia de los padres, por algun peligro que amenaza, o por otra causa que a ello impele, como nos demuestran varios ejemplos. Otros autores por el contrario han enseñado que deben ser considerados como ilegítimos, sosteniendo que para calificarlos ha de atenderse a la causa universal de la esposicion, la cual suele verificarse en los ilegítimos y rara vez en los legitimados. Vino por fin a cortar esta disputa el señor don Carlos IV en la real cedula de 23 de enero de 1794 (*ley 4, tit 57, lib 7, Nov Rec*) ordenando « que todos los expósitos de ambos sexos, existentes y futuros, asi los que hayan sido espuestos en las inclusas o casas de caridad, como los que lo hayan sido o fueren en cualquier otro paraje, y tengan padres conocidos, sean tenidos por legitimados por la real autoridad y por legitimados para todos los efectos civiles generalmente y sin escepcion, no obstante

que en alguna o algunas reales disposiciones se hayan exceptuado algunos casos, o excluido de la legitimación civil para algunos efectos. Véase *Exposición de parte*.

**XV** Los hijos legítimos están bajo la patria potestad hasta que esta se extingue por cualquiera de los modos designados en las leyes — tienen derecho a ser alimentados y educados por sus padres según su rango y facultades, así como tienen obligación de alimentar y socorrer a los mismos padres que se hallaren en caso de necesidad — suceden a los padres en las honras, son sus herederos forzosos por testamento en las cuatro quintas partes de los bienes que dejaren, y sus herederos legítimos ab intestato en todos los bienes, con esclusión de cualesquiera otras personas, así como los padres son herederos forzosos de los hijos por testamento en los dos tercios de los bienes y ab intestato en todos, cuando los hijos mueren sin posteridad. Véase *Alimentos, Padre, Madre, Patria potestad, Heredero forzoso, Heredero legítimo, Legítima, Bautismo, Nacimiento y Patria potestad*.

**HIJO ILEGÍTIMO** El que no ha nacido de legítimo matrimonio, *proemio y ley 1, tit 13, Part 4*. Esta definición es diminuta, pues que siendo así que no solo es hijo legítimo el que nace de matrimonio legítimo, sino también el que nace de matrimonio putativo contraído de buena fe en faz de la Iglesia, como se ha dicho en el artículo *Hijo legítimo*, se deduce por necesaria relación que hijo ilegítimo será el que no ha nacido de matrimonio legítimo o al menos putativo contraído de buena fe con arreglo a las leyes. Todavía es de observar que la definición sería más exacta si en lugar de la palabra *nacido* se usase de la palabra *concebido*, porque si bien es cierto que para llamarse *nacido de matrimonio* es necesario haber sido *concebido en el matrimonio mismo*, como se ha demostrado más arriba en el artículo *Hijo legítimo*, hay no pocos autores que han afectado no percibir esta necesidad y han incurrido por ello en graves equivocaciones. Sera pues más claro y exacto decir, que *hijo ilegítimo* es el que ha sido concebido fuera de matrimonio.

El hijo ilegítimo se llama también *bastardo*, según es de ver en la ley 9 de Toro, la cual comprende a todos los hijos habidos fuera de matrimonio bajo la denominación común y genérica de *bastardos* o ilegítimos, usando de ambas palabras como sinónimas o expresivas de un mismo significado. Sin embargo, unos autores aplican exclusivamente el nombre de *bastardos* a los hijos habidos de padres que no podían casarse entre sí al tiempo de la concepción ni al del nacimiento, otros a los que un hombre casado procrea en mujer viuda o soltera, algunos a los habidos de personas ligadas con profesión religiosa o con orden sacro, no pocos a los nacidos de soltera que ni es concubina, ni mujer pública, ó a los nacidos de estupro, o a los meramente naturales, y no faltan quienes lo contraen a los que el noble tiene en mujer plebeya o el plebeyo en mujer ilustre. Lo cierto es que la palabra *bastardo* se ha hecho tan vaga e incierta, que para entender a los autores o a cualesquiera personas que hablen ó escriban sobre los hijos *bastardos*, es indispensable averiguar primero cuales son los hijos a quienes dan esta calificación. Lo más común empero es llamar *bastardos* en general a los hijos ilegítimos de cualquiera especie que sean, y en especial a los hijos de padres que no podían contraer matrimonio entre sí al tiempo de la concepción ni al del nacimiento. Véase *Bastardo*.

Úcese también *noto* el hijo ilegítimo. *Notus* es palabra griega, que significa propiamente todo lo que no es conforme al orden, y se aplica al hijo que no ha nacido de legítimo matrimonio, como enseñan Julio Polux, Suidas, Hesiquio, Escrivelevo y Marco Fabio, y en este sentido la usaron Homero en su *Iliada*, Píndaro, Plutarco y Dionisio Areopagita, siendo también así como la entiende el diccionario de la

lengua castellana por la Academia. Muchos, sin embargo, la toman en una acepción más reducida, unos la aplican a los espurios, excluyendo a los naturales, otros tan solo a los naturales, algunos la limitan a los que nacen de padres conocidos y hábiles para contraer matrimonio, sin que hayan vivido en concubinato, estos a los habidos de estupro entre hombre noble y mujer plebeya, aquellos a los que el hombre casado procrea en mujer viuda o soltera, y finalmente, la ley 1, tit 13, Part 4, dice que *notos* se llaman los que nacen de adulterio o sea de mujer casada y hombre que no es su marido, porque parece que son hijos *conocidos* del marido y no lo son. El compilador de dicha ley de Partida, así como el de la glosa magna de las Decretales, cap 10, *de renunt*, de donde aquella doctrina se tomó, supusieron erroneamente que la palabra griega *notus* significaba *conocido* como la palabra latina *notus* escrita sin *h*. Se ve pues que la palabra *noto* es todavía más vaga e incierta que la palabra *bastardo* en el uso que de ellas hacen los juristas.

Los hijos ilegítimos se dividen en naturales y espurios; y los espurios se subdividen en incestuosos, adúlteros, sacriléjos y manceres.

Todos los hijos ilegítimos, aun los incestuosos, adúlteros y sacriléjos, podían antiguamente según el Fuero Juzgo heredar en defecto de legítimos todos los bienes del padre, con preferencia a los demás parientes, porque aunque fructos del crimen, quedaban purgados por el bautismo *quia licet sint sceleratis concepti, sunt tamen unda sacri baptismatis expiati*, leyes 1 y 2, tit 3, lib 3, Fuero Juzgo. Mas por leyes posteriores se han restringido y modificado los derechos de tales hijos según sus respectivas clases, como se dice en su lugar. Véanse los artículos siguientes.

**HIJO NATURAL.** El hijo habido fuera de matrimonio de personas que podían casarse entre sí al tiempo de la concepción o al del nacimiento, *ley 11 de Toro*.

I Según el derecho romano, no era *hijo natural* sino precisamente el nacido de concubina que fuese única y sola y habitase en calidad de tal en la misma casa del padre, siendo ambos libres o solteros y pudiendo contraer entre sí legítimo matrimonio, *Nov 18, cap 3, Nov 89, cap 12, leyes 10 y 11, C de nativ. lib. 1, y ley 1, D de concubin*. El hijo que no era habido *ex concubinato*, sino *ex furtivo accessu aut stupro* de virgen o viuda honesta, las cuales no podían ser concubinas, no se decía *natural* sino *bastardo*, y el habido de mujer pública no se denominaba *natural* ni *bastardo*, sino *mancer*. Véase *Concubina*.

Según el derecho de las Partidas, que en esta parte sigue la disposición del romano, se entiende igualmente por *hijo natural* el procreado en baragana o concubina libre o soltera, que sea una sola y no virgen ni viuda honesta, por hombre también soltero que al tiempo de la concepción pudiese casarse con ella, *ley 2, tit 14, Part 4, ley 1, tit 13, d Part 4, y ley 8, tit 13, Part 6*. Solo hay una diferencia entre el derecho romano y el de las Partidas, la cual consiste en que la circunstancia que el primero exige de que la concubina haya de habitar en la casa del que la tiene no se encuentra expresamente señalada en el segundo. Véase *Baragana*.

Mas la ley 11 de Toro (*ley 1, tit 3, lib 10, Nov Rec*) dispone que el hijo se diga *natural* cuando al tiempo que naciere o fuere concebido podía casarse su padre con su madre justamente sin dispensa, con tal que el padre lo reconociera por su hijo, aunque no haya tenido la mujer de quien lo engendro en su casa ni sea una sola. No es ya pues necesario para que el hijo se diga *natural*, que nazca de concubina, ni que esta viva en la misma casa con el padre, ni que sea una sola, ni que pertenezca a la clase de las que pueden ser concubinas, ni que precisamente al tiempo de la concepción haya de haber en los padres aptitud para casar—

se, con tal que si no la hay entonces la haya despues al tiempo del nacimiento de menor que en el dia es y se llama *hijo natural* el habido de padre y madre que al tiempo de la concepcion o del parto podian contraer entre si sin dispensa legitimo matrimonio, con tal que el padre lo reconozca por suyo o haya tenido en su casa a la madre

II De esta disposicion de la ley 11 de Toro influyen los autores como consecuencia necesaria — 1º que si al tiempo de la concepcion estan el padre y la madre o el uno de los dos ligados en matrimonio con otras personas, y al tiempo del parto se hallan ya espedidos para casarse entre si por haber muerto sus consortes, el hijo del adulterio sera hijo natural, porque se verifica que en uno de los dos tiempos han podido los padres contraer matrimonio sin dispensa — 2º que por el contrario, si los padres al tiempo de la concepcion se hallan ligados con uno de aquellos impedimentos dirimentes que solo se remueven por dispensa, y el de parentesco, aunque al tiempo del parto se hallen habilitados para contraer matrimonio en virtud de la dispensa que hayan obtenido del impedimento, no sera ni podra llamarse natural el hijo del incesto, porque se verifica que en ninguno de los dos tiempos han podido casarse sin dispensa los padres, y que de consiguiente no ha habido en ellos la aptitud exigida por la ley

Estas dos consecuencias parecen con efecto legitimas, y se deducen inmediata y necesariamente de la disposicion de la ley, pero ¿no parece tambien que envuelven el absurdo de suponer que el adulterio es un crimen mucho mas ligero que el incesto, pues que hacen al hijo adulterino de mejor condicion que al incestuoso? El hijo adulterino, segun ellas, el hijo habido por un hombre casado en una mujer casada podra ser hijo natural, podra por lo tanto tener derecho de heredar todos los bienes de su padre y de su madre, y la madre y el padre podran reconocerle y hacer alarde de su crimen, de un crimen que tantos agravios y tantas alarmas produce en la sociedad, y que la ley castiga con severas penas, mientras que el hijo habido entre dos primos hermanos, entre dos primos segundos o entre dos primos terceros, quedara para siempre sumido en la ignominia, sin poder arribar a la clase de hijo meramente natural y sin derecho de heredar a su padre, aunque la culpa de que es fruto, culpa que a nadie tal vez causo agravio ni alarma, se haya lavado con la dispensa pontificia. Si estas doctrinas son conforme a la ley 11 de Toro, ¿podria decirse que lo son igualmente al buen sentido y a la moral? Por eso la comision especial de las Cortes encargada en 1820 del proyecto de codigo civil esceluyo el tiempo del nacimiento para la calificacion de los hijos, y propuso que solo se tuviesen por naturales los ilegítimos que fuesen habidos de personas no impedidas de contraer matrimonio entre si por razon de su estado ni por parentesco al tiempo de la concepcion, restableciendo asi en el fondo la disposicion de las citadas leyes de las Partidas y de los codigos romanos. Véase *Hijo adulterino e Hijo incestuoso*

III Para que el hijo sea tenido por natural, no basta que el padre y la madre hayan podido casarse entre si justamente sin dispensa en la epoca de la concepcion o del nacimiento, sino que ademas es necesario, como ya se ha insinuado con arreglo a la ley 11 de Toro, que el padre lo reconozca por suyo. Esta condicion del reconocimiento no se exige en el derecho romano ni en el de las Partidas, ni tampoco era en ellos indispensable, pues habiendo de vivir la concubina en la casa y compañía del concubinario o estar ligada con este de manera que no se dudase que era su concubina, se presumia por la ley que el hijo nacido de la concubina era hijo del concubinario, y esta presuncion era bastante para fijar su estado. Mas como la ley 11 de Toro estendio el beneficio de la *naturalidad* aun a los hijos de

mujeres que no sean propiamente concubinas o no conste que lo sean, ceso la presuncion que el derecho inducia, y fue necesario establecer en su lugar el reconocimiento del padre, como lo observa el señor Covarrubias, parte 2ª de *matrimonio*, cap 8, § 4, n 14, de que se infiere que estando la concubina en casa del concubinario y siendo conocida como tal concubina, no seria necesario este reconocimiento

Puede el padre hacer el reconocimiento del hijo natural por instrumento autentico o fehaciente. Se tiene por instrumento autentico o fehaciente al efecto — 1º la partida de bautismo en que el padre hubiese hecho espresar su nombre concurriendo por si personalmente o por escrito o por persona fidedigna y de satisfaccion a declarar su paternidad, aunque algunos dicen que los libros parroquiales no presentan sino prueba semiplena — 2º toda carta o escritura hecha ante escribano publico o estendida por la mano misma del padre, y confirmada en ambos casos por tres testigos, en la cual manifieste ser suyo el hijo de que se trata, ley 7, tit 15, Part 4 — 3º el testamento en que el padre instituyere por su heredero al hijo natural, espresando que lo hubo de tal mujer, ley 6, tit 15, Part 4 — 4º el acta autorizada por el magistrado, justicia o concejo del pueblo con asistencia del escribano, en que constare la declaracion de paternidad hecha por el padre, ley 5, tit 15, Part 4. Las citadas leyes 5, 6 y 7, tit 15, Part 4, no hablan precisamente de reconocimiento sino de legitimacion, porque entonces se tenian por legitimos los hijos que uno declaraba ser suyos por cualquiera de dichos medios, pues como en aquel tiempo se permitian los matrimonios clandestinos, se suponia que el que declaraba haber tenido tal hijo de tal mujer confesaba de un modo indirecto que estaba casado con ella, y asi era que todos los demas hijos habidos en la misma mujer se consideraban igualmente legitimos, aunque no se nombrasen en el instrumento. Pero como en el dia no hay matrimonios clandestinos, y no existen otros medios de legitimar a los hijos que los de subsiguiente matrimonio y concesion real, lo que antes se llamaba legitimacion por testamento, por escritura y por presentacion a la corte del rey o al concejo del pueblo no es ahora otra cosa que un mero reconocimiento

El reconocimiento hecho por cualquiera de los modos indicados es un reconocimiento legal, y lo es tambien y surte los mismos efectos que el voluntario el que resulta de un accion intentada en justicia contra el padre, cuando en la que ellas de estupro, probado el delito, manda el juez, si ha habido prole, que el reo la reconozca por suya, suplicado la sentencia el reconocimiento en caso de que el reo quiera hacerlo

El reconocimiento hecho antes del nacimiento del hijo tiene tanto valor como el hecho despues del nacimiento porque el hijo concebido se reputa nacido siempre que se trata de su interes

No solamente el mayor de edad sino tambien el menor puede reconocer al hijo natural, porque su reconocimiento no es mas que la reparacion de una especie de delito, y los menores no estan esentos de la responsabilidad de los actos criminales que cometen

Libre de reconocer o no reconocer a su hijo natural, no puede el padre, aunque sea menor, revocar el reconocimiento que legalmente hubiere hecho. Este reconocimiento, en efecto, no es una liberalidad propiamente dicha, sino la declaracion de un hecho a la cual confiere la ley ciertas ventajas, pero una vez hecha esta declaracion de paternidad, adquiere el hijo el estado de filiacion de que ya no puede ser despojado

El reconocimiento de un hijo natural hecho por el padre sin aprobacion de la madre no tiene efecto sino con respecto

al padre, porque no puede permitirse a un hombre el atribuir hijos naturales a la mujer que le plugiere escoger y deshonrar de este modo a una familia, ni tampoco el reconocimiento hecho por la madre sin aprobacion del padre puede surtir efecto sino con respecto a la madre, porque tambien seria injusto el permitir que una madre pudiese hacer recaer segun su capricho una odiosa paternidad sobre un hombre inocente

Todo reconocimiento de parte del padre o de la madre, y aun toda reclamacion de parte del hijo, podran contradecirse por las personas que tengan interes en ello. El hijo como primer interesado puede combatir el reconocimiento que de el hicieron un hombre o una mujer que tuviese por estraños, haciendo ver que ni el uno podia ser su padre ni la otra su madre. La madre puede rechazar tambien el reconocimiento de parte del pretendido padre, porque no debe dejarse al arbitrio de cualquier aventurero el hacerse pasar por padre del hijo de una soltera o viuda opulenta que hubiese tenido la desgracia de fallarse a si misma. El padre igualmente puede repudiar el reconocimiento que tal vez en algun caso, aunque raro, hiciese por especulacion una pretendida madre. En fin, todo reconocimiento hecho contra verdad puede combatirse por cualquiera individuo a quien perjudique.

IV El hijo natural tiene derecho á que le den alimentos y educacion no solo su padre y su madre sino tambien sus abuelos y demas ascendientes por ambas lineas, *ley 8, tit 19, Part 4*. La ley habla solo de aquellos hijos « que nascen de las mujeres que tienen los homes por amigas manifestamente como en lugar de mujeres, non habiendo entre ellos embargo de parentesco o de orden de religion o de casamiento, » pero en el dia debe aplicarse su disposicion, segun opina Gregorio Lopez en la glosa 4, á todos los hijos que la ley 11 de Toro califica de naturales, con tal que se hallen reconocidos en debida forma. — Como la obligacion de darse alimentos los descendientes y ascendientes es reciproca, segun la ley 2, tit 19, Part 4, se sigue de este principio que si el padre y la madre y los abuelos paternos y maternos tienen obligacion de dar alimentos por su orden a sus hijos y demas descendientes naturales, tambien los hijos y descendientes naturales estan obligados del mismo modo a dar alimentos en caso necesario a su padre y madre, a sus abuelos paternos y maternos. *Vease Alimentos*

V El hijo natural no tiene en cuanto a la herencia de su padre el mismo derecho que en cuanto a la de su madre, nunca es heredero forzoso del padre por testamento, pero en algun caso lo es ab intestato, mas faltando hijos legitimos, es heredero forzoso de la madre asi ab intestato como por testamento, segun vamos a ver.

VI Habiendo hijos legitimos o legitimados por subsiguiente matrimonio, queda excluido el hijo natural asi de la herencia materna como de la paterna. Pero en tal caso *podra* el padre o la madre dejarle por via de alimentos en plena propiedad el quinto de sus bienes y no mas, *leyes 9 y 10 de Toro*, y no solo *podra*, sino que *debera* dejarselo, cuando menos en la parte que sea necesaria para sus alimentos de manera que si le dejase el quinto y ademas hiciere algunos legados, se deduciran y entregaran efectivamente los legados a los legatarios en caso de que el quinto alcance para ellos y los alimentos del hijo, mas en caso contrario se rebajarian del quinto solamente los gastos del funeral y se anularan los legados, porque el débito de los alimentos tiene preferencia sobre las mandas.

VII Si el padre careciese de hijos o descendientes legitimos, podra instituir heredero a su hijo natural en todos sus bienes o en la parte que quisiere de ellos, aunque tenga ascendientes legitimos, *ley 10 de Toro, o ley 6, tit 20, lib 10, Nov Rec*, y si nada le dejare, sera cargo de los

herederos el consignarle alimentos, cuya regulacion habra de hacerse a juicio de hombres buenos, *ley 8, tit 13, Part 6*

Si la madre carece de hijos o descendientes legitimos, debe instituir heredero a su hijo natural, aunque tenga padre o madre o ascendientes legitimos, *ley 9 de Toro, o ley 5, tit 20, lib 10, Nov Rec* de modo que si le desheredare injustamente o le omitiere en su testamento, podra el hijo natural usar de los mismos remedios legales que los hijos legitimos.

VIII Muriendo intestado el padre, le sucede el hijo natural, a falta de hijos y descendientes legitimos, solo en la sexta parte de la herencia que debe partir con su madre, *leyes 8 y 9, tit 13, Part 6*, y a falta de descendientes y ascendientes legitimos y de parientes colaterales hasta el cuarto grado inclusive, le sucedera en toda la herencia como heredero legitimo con prelación a la viuda y a los colaterales del quinto y demas grados ulteriores, *ley de 16 de mayo de 1853*

Muriendo intestada la madre, le sucede el hijo natural, a falta de hijos y descendientes legitimos, aunque aquella deje padre o madre u otros ascendientes legitimos, porque no habiendo legitimos descendientes, son los naturales herederos forzosos de la madre *ex testamento y ab intestato, ley 9 de Toro*

— *Vease Heredero legitimo*, en el primer orden de sucesion, n VI, en el segundo, n VI, en el tercero, n III, 4º, y en el cuarto, n 1, II y III. *Vease tambien Hijo legitimado*

**HIJO ESPURIO** En sentido riguroso es el nacido de mujer soltera o viuda, sin que conste del padre, segun la *ley 1, tit 13, Part 4, y la ley 11, tit 13, Part 6*, y en sentido lato es todo hijo nacido de adulterio, de incesto o de sacrilegio, segun la *ley 3, tit 14, Part 4, y la ley 1, tit 15, Part 4*. Mas aboia con arreglo al espíritu de la ley 11 de Toro, se llama *espurio* el hijo ilegítimo que no puede contarse entre los hijos naturales, esto es, el hijo habido fuera de matrimonio de personas que no podian casarse entre si al tiempo de la concepcion ni al del nacimiento, y el nacido de mujer soltera o viuda y de padre incierto y no conocido por haber tenido la mujer ayuntamiento con muchos. *Vease Espurio*

1 Segun la acepcion de la ley de Toro, puede un mismo hijo ser natural y espurio será *natural*, si sus padres que no podian casarse entre si al tiempo de la concepcion, pudieron hacerlo al tiempo del nacimiento, y sera *espurio*, si en ninguno de los dos tiempos tenian aptitud sus padres para contraer entre si legitimo matrimonio. Si tu, por ejemplo, estando casado con Maria, procreas un hijo en Antonia que esta casada con Pedro, sera reputado *natural* este hijo en el caso de que por muerte de Pedro y de Maria esteis libres tu y Antonia para casaros cuando nazca, pero si en esta ultima epoca viven tu esposa Maria y Pedro marido de Antonia, quedara el hijo en la clase de *espurio*, sin poder advenir a la de *natural*, porque Antonia y tu no habeis podido casaros al tiempo de su concepcion ni al de su nacimiento.

II El hijo espurio se suele decir tambien *bastardo*, como igualmente *fornecino*. *Vease Bastardo, Fornecino e Hijo ilegítimo*

Los hijos espurios se subdividen en *incestuosos* o habidos entre parientes, *adulterinos* o procedentes de adulterio, *sacrilegos* o nacidos de clergos de orden sacro, frailes o monjas profesas, y *manecres* o hijos de soltera o viuda que se prostituye a muchos.

Los hijos *incestuosos*, los *adulterinos* habidos entre casado y soltera, y los *sacrilegos*, se llaman hijos de vedado ayuntamiento, *ex damnato coitu*, y los *adulterinos* habidos entre mujer casada y hombre que no es su marido, este o no este

casado con otra, se denominan hijos de vedado y punible ayuntamiento, *ex damnato et punibili coitu*

III Así el padre como la madre están obligados á criar y alimentar a todos sus hijos de cualquier clase que sean, y por consiguiente a los espurios 1º por que todas las cosas del mundo se mueven a criar y guardar lo que nace de ellas, 2º por el amor que naturalmente tienen los padres a sus hijos, y 3º porque así lo exigen el derecho natural y el positivo *Ley 2, tit 19, Part 4, y Greg Lopez en la glosa 1 de dicha ley*

No solamente el padre y la madre tienen la obligación de criar y alimentar a los hijos espurios, sino también los ascendientes de parte de madre en su caso y lugar, pero no los de parte de padre, si no quisieren, porque la madre siempre es cierta y no así el padre. Con efecto, la ley b, tit 19, Part 4, después de establecer que los ascendientes así de parte de padre como de madre están obligados a criar a sus descendientes legítimos ó naturales, o como ella se expresa, á los que nacen de mujeres de bendición o de mujeres libres que tienen los hombres por amigas, prosiguiendo diciendo « Mas los que nacen de las otras mujeres, así como de adulterio o de incesto o de otro fornicio, los parientes que suben por la línea derecha de parte del padre non son tenudos de los criar si non quisieren, fueras ende si lo ficieren por su mesura, moviendose naturalmente a criarlos et a facerles alguna merced, así como farian a otros estraños, porque non mueran mas los parientes que suben por línea derecha de parte de la madre, también ella como ellos tenudos son de los criar si hobieron riqueza con que lo puedan facer. Et esto es por esta razon, porque la madre siempre es cierta del hijo que nasce della que es suyo, lo que non es el padre de los que nascen de tales mujeres »

Quando el padre ó la madre están obligados a dar alimentos a un hijo espurio, no le pueden mandar en vida o en muerte mas de la quinta parte de sus bienes, de la cual podrá el hijo disponer como y quando le pareciere. Así lo establece la ley 10 de Toro (*ley 6, tit 20, lib 10, Nov. Reu.*), y los terminos en que está concebida, dan lugar a varias cuestiones — *Primera* ¿Cual es el caso en que los padres no pueden mandar al hijo espurio sino hasta la quinta parte de sus bienes y no mas? El caso en que existan hijos legítimos, a quienes pertenecen las cuatro quintas partes de los bienes de sus padres, como advierten Gregorio Lopez en la glosa 3ª de dicha ley 10, tit 15, Part 6, y Antonio Gomez en la ley 10 de Toro, n 40, v como se deduce de esta misma ley 10, en que se indica que los padres podían disponer de este quinto en favor de su alma, lo cual no sucede sino quando hay hijos legítimos, pues no habiendolos pueden disponer del tercio como quisieran si hav ascendientes, y de todo en defecto de unos y otros — *Segunda* ¿Quando están obligados el padre y la madre a dar alimentos al hijo espurio? Quando el hijo no tiene bienes con que poder alimentarse, ni disposición para adquirirlos por medio de su industria, al paso que los tienen los padres, y el hijo no ha cometido contra estos ninguno de aquellos actos de ingratitud que hacen a los hijos indignos de los beneficios de sus padres, *ley 6, tit 19 Part 4* — *Tercera* Quando el hijo espurio tiene medios para mantenerse, ¿podían el padre y la madre suministrarle los alimentos que permite la citada ley 10 de Toro? En quanto a la madre, todos convienen en que puede suministrarlos, pero en quanto al padre, sostienen unos que no puede, fundandose en la ley 10, tit 15, Part 6, la cual establece que el espurio no es capaz de recibir cosa alguna del padre por testamento ni ab intestato ni por donacion, y otros afirman que puede, apoyandose en la ley 9, tit 5, lib 5 del Fuero Real, en la cual se concede al padre la facultad de disponer del quinto de sus bienes en favor de estraños, de que deducen que con mayor

razon podría disponer de él en favor de sus hijos espurios aunque no lo necesiten Gregorio Lopez en la glosa 3ª de dicha ley de Partida abraza esta última opinion, que en efecto parece mas razonable y mas conforme al espíritu de las leyes de Toro que tanto han mejorado la condicion de los hijos ilegítimos — *Cuarta* Quando el hijo espurio no necesita sino de parte del quinto para mantenerse, ¿tendrá derecho de exigir el quinto *integró* por razon de alimentos? No siendo el objeto de la ley señalar el quinto como *cantidad fija* para los alimentos del espurio sino solo como *maximum* que no ha de traspasarse en caso de haber legítima prole, es consiguiente que si basta parte del quinto no ha de exigirse el todo — *Quinta* Quando por el contrario no es suficiente el quinto para los alimentos que necesita el hijo espurio, ¿deberá asignarsele mayor cantidad? Habiendo hijos legítimos, no se le puede dar mayor cantidad que el valor del quinto, pues que la ley ha fijado el quinto como *maximum*, por que los otros cuatro quintos pertenecen por derecho a los hijos de aquella clase, pero si no los hay, se le puede y debe aumentar la cantidad progresivamente hasta el tercio segun la necesidad en caso de haber ascendientes, y hasta la parte que sea suficiente en caso de no haberlos. Como quiera que sea, nunca pueden dejar de completarse los alimentos *naturales* que son los indispensables para la conservacion de la vida, con tal que quien los debe se halle con medios para darlos a todas aquellas personas a quienes los debe — *Sexta* Quando existen cinco o mas hijos legítimos, ¿se deberá ó podrá todavía dar el quinto al espurio? Si los legítimos tienen igual necesidad que el espurio del quinto para su decente manutencion, no se deberá ni podrá dejar el quinto al espurio en perjuicio de los legítimos, porque sería entonces aquel de mejor condicion que estos, y así la porcion que se asigne al espurio no ha de ser superior a la que perciba cualquiera de los legítimos mas si por el contrario los legítimos no tienen igual necesidad que el espurio, habrá de dejarse el quinto a este en quanto le sea indispensable para la conservacion de su vida, sin que por eso pueda decirse que se le hace de mejor condicion, pues que es mejor no haber menester socorros que tener necesidad de ellos — *Septima* ¿De que modo deben dejarse los alimentos al espurio? Pueden dejarse en bienes raíces con su plena propiedad, ó bien en el usufructo de ciertos bienes, ó bien en una prestacion anual si se le han dejado en plena propiedad, podrá disponer de ellos en vida ó muerte como mas le acomode y transmitirlos a sus herederos por testamento ó ab intestato, y si se le han dejado en usufructo ó legado anual u otra prestacion, se acabaran y extinguiran con su muerte sin que pasen a los herederos — Véase *Alimentos*

IV Los hijos espurios son incapaces de suceder por testamento ó ab intestato al padre, directa ó indirectamente, haya ó no haya hijos legítimos, *ley 10, tit 15, Part 6*, sin perjuicio del derecho que tienen a los alimentos, segun se ha dicho en el n III que precede — Tampoco son capaces de heredar a la madre por testamento ni ab intestato quando esta tiene descendientes legítimos, en cuyo caso solo podría la misma dejarles en vida ó en muerte hasta la quinta parte de sus bienes de que podría disponer por su alma. Mas no teniendo la madre hijos ó descendientes legítimos ni naturales, aunque tenga padre ó madre ó ascendientes legítimos, seran los espurios sus herederos forzosos *ex testamento* y *ab intestato*, salvo si fueren hijos de *damnato* y *punible ayuntamiento*, es decir, de ayuntamiento por el cual la madre incurre en pena de muerte natural (que es quando estando casada comete adulterio voluntariamente y a sabiendas), ó si lo fueren de *ayuntamiento sacriligo*, esto es, de clérigo, fraile ó monja profesos, pues entonces no podrán heredar a la madre por testamento ni ab intestato, bien que

podrá esta en el primer caso mandarles en vida ó muerte hasta la quinta parte de sus bienes de que podría disponer por su alma, y en el segundo nada mas que los alimentos *Leyes 9 y 10 de Toro, leyes 4, 5 y 6, tit 20, lib 10, Nov Rec, y ley 5, tit 19, Part 4* — Véase *Hereditario legitimo*, en el primer orden de sucesion, n VII, en el segundo, n VI, y en el tercero, n III, hº al fin Véase tambien *Hijo incestuoso, Hijo adulterino, Hijo sacrilego, e Hijo mancero*

Como a veces los padres por amor que tienen a sus hijos espurios o ilegítimos de cualquiera clase que sean, tratan y buscan medios de dejarles mas de lo que el derecho les permite, ha dispuesto la ley a fin de evitarlo que si uno, despues de dejar a su hijo ilegítimo cuanto legalmente puede dejalle, manda en su testamento a los herederos que le restituyan tanta cantidad, expresando que se la dio secretamente para guardarla por el un pariente suyo, o que la recibio de los frutos de tal heredamiento propio del hijo o de su madre, o que pertenece a este por cualquier otro título que indique, no estarian obligados los herederos a entregarsela en virtud de esta profesion o declaracion, por presumirse que el difunto uso de este medio en fraude de la ley para hacer bien al hijo bien que acreditando el hijo la verdad de la deuda, habran de entregalle entonces los herederos cuanto probare que se le debe *Ley 3, tit 14, Part 3*

**HIJO INCESTUOSO** El habido en parentia, *ley 1, tit 15, Part 4*, esto es, el nacido de personas que no podian contraer matrimonio entre si por hallarse ligadas con vinculo de parentesco Llamase *nefario* cuando es habido entre ascendientes y descendientes, como entre un padre y una hija, y simplemente *incestuoso*, cuando es habido entre parientes colaterales, como entre un primo y una prima carnal, entre un tio y una sobrina

I El hijo incestuoso, aunque sea nefario, sigue la condicion de los demas espurios en general, tanto por lo que hace a los alimentos como en lo relativo a sucesiones y asi es que sucede a su madre como heredero forzoso por testamento y ab intestato a falta de descendientes legítimos y naturales con occlusion de los ascendientes, pero nunca sucede al padre por testamento ni ab intestato, bien que tiene derecho a que este le crie y alimente, como lo tiene tambien con respecto a la madre, la cual habiendo hijos legítimos podrá dejalle hasta la quinta parte de sus bienes, *leyes 9 y 10 de Toro, ley 2, tit 19, Part 4, y ley 10, tit 13, Part 6* Véase *Hijo espurio y Alimentos*

No faltan, sin embargo, algunos autores que aun en el caso de no haber hijos legítimos escluyen de la materna sucesion al hijo incestuoso, fundados en la ley 11, tit 13, Part 6, y en la ley 3, tit 18, Part 7, suponiendo que la primera niega absolutamente al incestuoso el derecho de heredar a la madre, y que la segunda quiere se imponga á esta por el incesto la pena de muerte, en cuyo caso no podría ser su heredero el hijo de tal crimen segun la ley 9 de Toro Pero no es verdad que la citada ley 11 tit 13, Part 6, niegue absolutamente al incestuoso el derecho de heredar a su madre, lo que le niega es el derecho de heredar en union con los legítimos « Todo hijo, dice, debe heredar en los bienes de su madre *en uno con los otros hijos legítimos* que nascan della, quer sea legítimo o non, fueras ende si fuese tal hijo como el que llaman en latin incestuoso » ¿ Puede estar mas claro? Esta ley admitta simultaneamente en la sucesion de la madre a los hijos legítimos y a los ilegítimos, ménos a los incestuosos y a otros mas la ley 9 de Toro solo en defecto de legítimos admite a los ilegítimos, entre los cuales se cuentan los incestuosos, pues que no estan entre los que la misma exceptua Tampoco es verdad que la ley 3, tit 18, Part 7, imponga a la mujer que comete incesto la pena de muerte, lo que le impone es la pena de

adulterio, y la pena de adulterio, en la mujer segun la ley 15, tit 17, Part 7, no es la de muerte, sino la de azotes y reclusion en un monasterio Véase *Incesto*

II El hijo incestuoso, como ya se ha insinuado en el artículo *Hijo natural*, tiene una desventaja sobre el hijo adulterino, segun la ley 11 de Toro, o por mejor decir, segun las consecuencias que de ella deducen los intérpretes, y es que el adulterino se convierte en hijo *natural* si logra nacer a tiempo en que su padre y su madre por muerte de sus respectivos consortes se hallan en aptitud de contraer entre si legítimo matrimonio, al paso que el incestuoso siempre se queda con la calidad de *incestuoso* sin poder adquirir la de *natural*, aunque al tiempo de su nacimiento esten sus padres habilitados con dispensa para casarse Véase *Hijo natural*, n II, e *Hijo adulterino*

III Mas si el hijo adulterino tiene sobre el incestuoso la ventaja de poder transformarse en natural, el hijo incestuoso tiene sobre el adulterino la de ser legitimado por el subsiguiente matrimonio que sus padres contrajerea con la competente dispensa, y de entrar por consiguiente en la clase y en los derechos de hijo legítimo, porque la dispensa purga el vicio del incesto Es cierto que los autores no han estado acordes sobre este punto, que la ley 1, tit 13, Part 4, que es la que habla sobre la legitimacion de los hijos por subsiguiente matrimonio, no la concede sino a los hijos habidos de haragana, esto es, de soltero y soltera libres de impedimento para casarse entre si, y que los tribunales han fallado muchas veces contra la legitimacion de los hijos incestuosos por este medio del matrimonio celebrado con dispensa *Incestuosos* (dice Gregorio Lopez en la glosa 9 de la ley 1, tit 13, Part 4, aunque solo apoyado en la opinion de Baldo) *non legitimantur per subsequentem matrimonium, licet ex dispensatione papae sit contractum* Pero muchos autores gravísimos han abrazado la opinion de que si la dispensa del parentesco concedida por la competente autoridad produce el efecto de habilitar a los padres para contraer legítimo matrimonio, debe producir tambien el efecto de habilitar a los hijos antes habidos para ser legitimados por el mismo matrimonio, porque siendo tan legítimo el matrimonio celebrado entre parientes despues de removido el impedimento como el celebrado entre personas estañas, no hay razon para negar al primero la virtud que tiene el segundo de legitimar a los hijos nacidos antes de su celebracion El impedimento queda destruido con respecto a los padres, ¿ porque no ha de quedarlo tambien con respecto a los hijos? Por el matrimonio de personas estañas se consideran habidos dentro de el los hijos que lo precedieron ¿ porqué no habrian de reputarse igualmente habidos dentro del matrimonio de parientes los hijos que estos hubieron antes, puesto que ya por la dispensa dejó de existir el obstaculo que a ello se oponia?

Cualquiera que sea la fuerza de estas razones, ya no es dudable el partido que en esta cuestion debe seguirse Ha triunfado por fin la opinion que quiero sean admitidos a legitimacion por subsiguiente matrimonio celebrado con dispensa los hijos incestuosos habidos entre parientes colaterales, y en este sentido ha decidido el rey varios casos a solicitud de partes interesadas Tenemos a la vista dos reales cedulas que confirman esta verdad, expedida la una por don Carlos IV en 6 de julio de 1803, y la otra por doña Isabel II y en su nombre por la reina gobernadora en 11 de enero de 1837 En la primera se declara, que doña Maria Antonia Gonzalez Yebrá, natural de Ponferrada en la provincia de Leon, habida por don Jose Gonzalez Balcarcel estando viudo, en doña Teresa Gonzalez Yebrá, soltera, parientes afines y consanguíneos en grado prohibido, debia considerarse legitimada por el subsiguiente matrimonio que contrajeron sus padres con dispensacion apostolica, y que

por consiguiente no necesitaba de la real cedula de legitimacion por privilegio o rescripto que solicitaba. En la segunda se hace igual declaracion a favor de doña Ramona de la Vega y Caamaño, natural de Santa Eulalia de Araño en la provincia de Santiago, habida por don Juan de la Vega y Calo, estando viudo, en doña Maria Luisa Caamaño, soltera, hermana de su difunta mujer, por haber contraido despues el don Juan y la doña Maria legitimo matrimonio, previa la correspondiente dispensa. Como ambas cedulas son muy poco conocidas, y deben contribuir a fijar la jurisprudencia de los tribunales que tan varia se ha mostrado en punto tan importante, creemos hacer un servicio al publico trasladandolas literalmente a continuacion, no obstante su pesadez. Son como siguen.

*Primera cedula.* « El Rey Por quanto por parte de vos, don Jose Alvarez Lougedo, vecino de Lombillo de los Baños de Salas, partido de Ponferrada en la provincia de Leon, me fue hecha relacion que vuestra mujer doña Maria Antonia Gonzalez Yebra fue habida por don Jose Gonzalez Balcárcel, estando viudo, en doña Teresa Gonzalez Yebra, soltera, parientes afines y consanguineos en grado prohibido, pero legitimada por subsecuente matrimonio de ambos con dispensacion apostolica por bula de veinte y seis de enero de mil setecientos sesenta y seis, absolviendoles de las penas y censuras que merecieron por razon de la copula anterior, e instituida por heredera de su padre con otro hijo de este, nacido y procreado durante matrimonio, en el testamento que otorgo en el lugar de Campo a primero de setiembre de mil setecientos setenta y nueve ante el escribano Jose Fernandez Vidal que el insinuado hijo legitimo, llamado don Antonio Pedro Gonzalez Yebra, ha demandado ahora judicialmente a vosotros los referidos actuales marido o mujer para que le restituysis todos los bienes que esta hubo de la herencia de su padre, por decir que le pertenecen libremente como hijo unico legitimo y consiguientemente unico universal heredero de sus padres, y que de esta inesperada novedad, que mirais como causa de un total trastorno en vuestra honrada familia, os puede resultar, no solo la privacion de dichos bienes patrimoniales de dicha mujer, que llevo en dote al matrimonio, sino del propio lustre y esplendor de vuestro nacimiento que creisteis conservar casandoos con mujer de igual calidad, y no os sera facil, por la nota con que trata de afearla su propio hermano, proporcionar a los cinco hijos que hoy tenéis y demas que podeis tener en adelante los enlaces que corresponden a su nobleza suplicandome en esta atencion y en la de que un suceso tan raro y extraño puede ser tambien causa de grandes turbaciones en la paz que ha reinado hasta aqui en el matrimonio y en la familia, fuese servido de conceder a la referida doña Maria Antonia Gonzalez Yebra legitimacion absoluta no solo para el goce de la nobleza y prerogativas de la sangre de sus padres, sino tambien para poder continuar en el goce libre de sus bienes y herencias, y para todos los demas efectos civiles, dejandola en el ser de verdadera hija legitima, segun entiendo su padre haber quedado a virtud de la clausula de dicha dispensacion apostolica y del matrimonio contraido despues con su madre, o como la mi merced fuere — Y vista esta instancia de orden mia en mi consejo de la camara, con un testimonio de la licencia matrimonial obtenida por dichos don Jose Gonzalez Balcárcel y doña Teresa Gonzalez Yebra en veinte y nueve de mayo de mil setecientos sesenta y siete, por la cual el provisor del obispado de Astorga, vicario general en sede vacante, con arreglo a la bula pontificia que les habia sido concedida en veinte y seis de enero de mil setecientos sesenta y seis, declaro entre otras cosas « por legitimos y de legitimo matrimonio los hijos y generacion que durante el hubieren y procrearen, y los habidos y procreados por razon de dicha copula, » con

otro testimonio del testamento otorgado por el mismo don Jose Gonzalez Balcárcel en el lugar de Campo a primero de setiembre de mil setecientos setenta y nueve ante el escribano Jose Fernandez Vidal, entre cuyas clausulas dice « Instituyo y nombro por mis unicos y universales herederos a don Antonio Pedro y a doña Maria Antonia Gonzalez Yebra, mis hijos legitimos y de la referida doña Teresa mi mujer, por iguales partes, » con otro testimonio en relacion de la hijuela formada a dicha doña Maria Antonia Gonzalez Yebra para pago del haber que la cupo en la herencia de su padre, y aprobada por el corregidor que a la sazón era en la villa de Ponferrada en auto que proveyo en ella a veinte y nueve de marzo de mil setecientos ochenta y tres ante el escribano Manuel Gonzalez Varela, con la fe de vuestros depositos en la parroquia de San Martin de la villa de Salas de los Baños en el día dos de julio de mil setecientos noventa y uno, sin nota ni particularidad alguna, y con lo informado sobre todo por mi actual corregidor de la propia villa de Ponferrada, principalmente sobre el indicado pleito incoado en su juzgado por el mencionado don Antonio Pedro Gonzalez Yebra, el cual sigue por su parte con el mayor calor apelando y mejorando las providencias interlocutorias del mismo corregidor al tribunal superior y por resolucion mia, a consulta del citado mi consejo de la camara de primero de junio proximo, he venido en declarar, que a vuestra mujer doña Maria Antonia Gonzalez Yebra no la falta en constancia alguna para ser verdadera hija legitima de don Jose Gonzalez Balcárcel y doña Teresa Gonzalez Yebra por el subsecuente matrimonio de estos con la dispensacion apostolica que precedio, y que por consiguiente no hay necesidad de expedir la real cedula de legitimacion que solicitais, sino esta en que se declare esto mismo, mandando al propio tiempo que se sobresea en los autos que se espresan y se archiven, previniéndose al mencionado don Antonio Pedro Gonzalez Yebra que se contenga y abstenga de prorover unas especies que amancillan el distinguido nacimiento de su hermana y el de su crocida familia, y la esponen a la turbacion de la paz de su matrimonio. Por tanto por la presente usando de mi suprema potestad declaro ser verdadera hija legitima de don Jose Gonzalez Balcárcel y de doña Teresa Gonzalez Yebra la referida doña Maria Antonia Gonzalez Yebra, actual mujer de vos el nominado don Jose Alvarez Lougedo, sin embargo de que la hubieron hallandose el don Jose viudo y la doña Teresa soltera, respecto no faltarla en constancia alguna para ser considerada, tenida y reputada por tal hija legitima para heredar y gozar de todos los demas efectos civiles, por el subsecuente matrimonio de aquellos con la dispensacion apostolica que precedio, sin necesidad por consecuencia de otra habilitacion ni del rescripto regio establecido por derecho para su legitimacion, en cuya virtud declaro tambien que ni ahora ni en tiempo alguno se pueda poner ni ponga a la referida doña Maria Antonia Gonzalez Yebra ni a los hijos que al presente tiene, y que en adelante tuviere, ni que contra ella y ellos se pueda decir ni alegar macula, defecto, tacha, obstaculo, ni otro impedimento para el goce y disfrute, así de las herencias que hasta aqui la hayan correspondido por sus padres u otros ascendientes, y que puedan corresponderle en lo sucesivo por cualquiera motivo, como de los demas efectos civiles que tambien le corresponden, y de que gozan los demas hijos nacidos y procreados de legitimo matrimonio en estos mis reinos, para lo cual mando se sobresea en los autos promovidos sobre su legitimidad por el epesado don Antonio Pedro Gonzalez Yebra, y se archiven para que en ningun tiempo puedan volver a tener curso, bien en el juzgado de mi corregidor de la villa de Ponferrada si en la actualidad permaneciesen en el prosiguiéndose su sustanciacion, o bien en el tribunal superior territorial si se hallaren

en él por efecto de alguna apelacion, a los cuales respectivamente mando que provean y den las ordenes convenientes a que así se ejecute, poniéndose por fe y diligencia a continuacion de esta mi cedula, para que en todo tiempo conste su cumplimiento, y no se pueda ir ni pasar contra su tenor, por ser así mi voluntad. Y asimismo mando a mi corregidor de la villa de Ponferrada haga saber y prevenga al mencionado don Antonio Pedro Gonzalez Yebra, que en lo sucesivo se abstenga y contenga de promover contra la referida su hermana doña Maria Antonia Gonzalez Yebra, actual mujer de vos el nominado don Jose Alvarez Lougedo, especies que amancillen su distinguido nacimiento y el de vuestra crecida familia, y la esponen a la turbacion de la paz de vuestro matrimonio, de cuya notificacion en persona ha de constar igualmente por otro testimonio de escribano publico, puesto a continuacion de esta mi cedula. Y últimamente mando al mi gobernador y los de mi Consejo real, presidentes y oidores de mis audiencias y chancillerias y otros cualesquier mis jueces y justicias de estos dichos mis reinos y señorios que la guarden y cumplan, hagan guardar y cumplir como en ella se espresa. Fecha en Madrid a seis de julio de mil ochocientos y tres — Yo el Rey — Por mandado del Rey nuestro Señor Juan Ignacio de Ayestaran

*Cedula segunda* — La Reina, y en su nombre doña Maria Cristina de Borbon regenta y gobernadora del Reino. Por cuanto por parte de don Juan de la Vega y Calo, capitán retirado de exercito, y vecino de Santa Eulalia de Araño en la provincia de Santiago, se me hizo presente, que habiendo fallecido su primera mujer doña Micaela Ramona Caamaño en doce de diciembre de mil ochocientos seis, dejando un niño nacido en su matrimonio, que despues fallecio tambien, le recogieron para su educacion sus abuelos maternos don Pedro Telmo Caamaño y doña Maria Rosa Pardo, vecinos de la parroquia de San Vicente de Cespon, con cuyo motivo el esponente tuvo ocasion de entablar estrechas relaciones de amistad y cariño con doña Maria Luisa, soltera, hija segunda de los mismos y hermana de su difunta mujer que para aquietar sus conciencias determinaron contraer matrimonio, a cuyo efecto acudieron al muy reverendo Arzobispo de Santiago, solicitando que en atencion a la incommunicacion con la Santa Sede de resultas de la guerra de la independendencia tuviese a bien dispensarles el parentesco que tenian en el primer grado de afinidad que aquel prelado en cuatro de enero de mil ochocientos nueve decreto lo siguiente = «Aunqu por los informes que hemos tomado resultan ser ciertos los motivos que estos interesados nos han espuesto en su primera suplica, y por ello y por la intercepcion de la comunicacion con el Sumo Pontífice, desde luego por lo que a nos toca les dispensamos para que puedan valida y licitamente contraer matrimonio, sin embargo teniendo presente que el excelentísimo señor Nuncio de su Santidad le representa en estos reinos de España, acudan a S. E. » que a pesar de que así lo hicieron y le reiteraron tercera y cuarta suplica en solicitud de la dispensa, las cuales fueron apoyadas por aquel prelado, atestando tanto el como su provisor la certeza de las graves causas que espoman, no pudieron conseguirla por efecto de los trastornos de dicha guerra hasta trece de octubre de mil ochocientos trece, por rescripto del citado muy reverendo Nuncio de su Santidad, cometido al espresado muy reverendo Arzobispo, quien a su consecuencia en treinta y uno del mismo mes, en virtud de las facultades apostolicas que se le concedian y las demas que le competian, les concedio la dispensa del impedimento del primer grado de afinidad, y contraeron matrimonio en seis de noviembre siguiente que en este intermedio por efecto de la fragilidad humana los espresados don Juan de la Vega y Calo, viudo, y dona Maria Luisa Caamaño, soltera, tuvieron y procrearon dos hijas doña

Ramona y doña Joaquina que ambos reconocieron por suyos, la primera que nacio en veinte y cinco de mayo de mil ochocientos diez, y fue bautizada en el siguiente en la parroquia de San Vicente de Cespon, y la segunda en veinte y ocho de octubre de mil ochocientos doce, y bautizada en dicho dia en la misma parroquia que por la circunstancia de no espresarse en la indicada dispensa del parentesco cosa alguna acerca de la legitimidad de los hijos procreados antes del matrimonio a pesar de no haberse omitido esta circunstancia en las peticiones, y deseos dichos conyuges de conseguir la tranquilidad de sus conciencias, acudieron de nuevo al mismo muy reverendo Arzobispo de Santiago solicitando hiciese en su favor y en el de sus hijas las declaraciones que estimase oportunas, recordandole al efecto las reiteradas gestiones sacrificios y perseverancia con que por el espacio de mas de cuatro años de penas, disgustos y amarguras habian anhelado la dispensa, y aquel prelado en treinta y uno de diciembre del mismo año de mil ochocientos trece decreto lo que sigue « En atencion a lo que se nos representa, atestamos y certificamos para que conste donde convenga ser cierto lo espuesto en este memorial, y no siendo justo que por las circunstancias politicas que por tanto tiempo sirven afligiendo a la nacion sufran estos interesados los perjuicios que recaen, en virtud de las mismas facultades apostolicas que nos estan concedidas, y mas que nos competen en cuanto valemus y podemos, aprobamos el matrimonio que han contraido ante el cura parroco de Santa Eulalia de Araño, declaramos legitima la prole concebida y mas que se conciba, y a mayor abundamiento mandamos que dicho matrimonio y dispensa se bayan y consideren celebrados y concedida para todos los efectos así civiles como eclesiasticos desde el enero de mil ochocientos nueve en que se la hemos concedido por primera vez aunque bajo la aprobacion y consentimiento del Excmo Sr Nuncio de su Santidad en los reinos de España, como representante en ellos de nuestro muy santo padre Pio Séptimo » Y que siendo la mayor de dichas sus dos hijas, como primogenita, sucesora en todos los vinculos y mayorazgos que posee el esponente don Juan de la Vega y Calo, su padre, y de los que la corresponden por su difunta madre doña Maria Luisa Caamaño, y sin embargo de no haber duda de la legitimidad de ambas, en fuerza de la retroaccion que da la ley al subsiguiente matrimonio, y por otras razones legales que en union de las vicisitudes de la guerra de aquella epoca favorecian la causa de dichas sus hijas, y mediante haber muerto el hijo de su primer matrimonio y no tener mas hijos ni esperanza de ellos, no obstante haber pasado a terceras nupcias, por la avanzada edad de ambos conyuges y sus achaques habituales, me suplico tuviese a bien no solo conceder la aprobacion de la dispensa referida, con los mismos efectos retroactivos al enero de mil ochocientos nueve, sino quitar cualquiera otro obstaculo que aun pueda ocurrir de nuevo, declarando ser legitimas y de legitimo matrimonio a las mencionadas sus dos hijas doña Ramona y doña Joaquina, de la Vega y Caamaño, en virtud del subsiguiente contraido *in facie Ecclesie* para que como tales sucedan en todos los vinculos y mayorazgos y demas derechos y acciones que por cualquiera titulo o razon las pertenezcan por fallecimiento de sus padres sin diferencia alguna que los demas hijos habidos durante y constante matrimonio. Vista esta instancia en la estinguida seccion de gracia y justicia del consejo real de España e Indias, con los testimonios de las partidas de bautismo, casamiento, atestados, y dispensa que se acompañaron a ella, cuyos documentos comprueban la certeza de los hechos espuestos, lo informado en su razon por la audiencia de Galicia, y los demas datos que aparecen del expediente formado en su consecuencia, especialmente un testimonio unido a el de una real cedula fecha en

Madrid a seis de julio de mil ochocientos tres, por la que el Sr. rey don Carlos IV declaró entre otras cosas a consulta de la estinguida cámara de Castilla, que no necesitaba legitimarse doña Maria Antonia Gonzalez Yebra que la hubieron sus padres, siendo solteros, respecto de su subsiguiente matrimonio con dispensacion apostolica de parentesco, y finalmente una esposicion de vos el licenciado don Tomas Jose Romero de Mier, marido de la referida doña Ramona, hijo mayor del espresado don Juan de la Vega y Calo y de su legitima mujer doña Maria Luisa Caamaño, difunta, en que soliciateis no sirviere hacer igual declaracion en favor de vuestra esposa, que la que contiene la real cedula indicada del Sr. rey don Carlos IV, y que unicamente mi real gracia de legitimacion fuera estensiva a si llegara el caso de que apareciera alguna fundacion vincular, que exija que los sucesores en ella sean procreados, habidos y nacidos durante y constante matrimonio, en cuyo caso, atendidas las urgencias del Estado ofreciais contribuir con la mitad del servicio que deberia pagar vuestra esposa si necesitase de la verdadera legitimacion por no haber contraido matrimonio sus padres, y por resolucion, a consulta de dicha seccion de gracia y justicia del consejo real de diez de setiembre proximo pasado, confor mandome con su dictamen, he tenido a bien declarar que la espresada doña Ramona de la Vega y Caamaño, vuestra esposa, no necesita ni real rescripto de legitimacion por estar ya legitimada por el subsiguiente matrimonio de sus padres, ni por consiguiente debe satisfacer los dos mil ducientos reales vellon designados por el servicio de esta gracia para la hacienda publica en el arancel vigente, por no ser concesion de ella, sino declaracion de no ser necesaria, pero al mismo tiempo he tenido a bien resolver que la dispensa que habeis solicitado de la clausula de las fundaciones que escluyan espresamente á los hijos legitimados por subsiguiente matrimonio, no puede tener arbitrio por ningun servicio, porque seria contraria a la mente y determinada voluntad de los fundadores, que debe observarse. Por tanto, por la presente mi real cedula declaro ser hija legitima de don Juan de la Vega y Calo y de doña Maria Luisa Caamaño ya difunta la referida doña Ramona de la Vega y Caamaño, actual mujer de vos el licenciado don Tomas Jose Romero de Mier, en embargo de que la hubieron hallandose el don Juan viudo y la doña Maria Luisa soltera, y respecto de no faltarla en circunstancia alguna para ser considerada, tenida y reputada por tal hija legitima para heredar y gozar de todos los demas efectos civiles por el subsiguiente matrimonio de aquellos con la competente dispensacion de parentesco que se retraso involuntariamente por los trastornos y vicitudes de la guerra, sin necesidad por consecuencia de dicha habilitacion, ni del rescripto regio establecido por derecho para su legitimacion, con la unica escepcion de que esta mi real declaracion no es estensiva a la dispensa de las clausulas de las fundaciones que escluyan espresamente y no de otro modo a los hijos legitimados por subsiguiente matrimonio, porque seria contraria a la mente y determinada voluntad de los fundadores que debe observarse. En su consecuencia declaro tambien que ahora ni en tiempo alguno se pueda poner ni ponga á la referida vuestra mujer doña Ramona de la Vega y Caamaño, ni a los hijos legitimados que al presente tenga o en lo sucesivo tuviere, ni que contra ella y ellos se pueda decir ni alegar macula, defecto, tacua, ni obstaculo, ni otro impedimento por razon del nacimiento de la dicha doña Ramona para el goce y disfrute, así de los vinculos y mayorazgos, derechos y acciones que hasta aqui la han correspondido o debido corresponderle de sus padres u otros ascendientes y que puedan corresponderle en lo sucesivo por cualquiera motivo, como de los demas efectos civiles de que gozan los hijos nacidos y procreados de legitimo matrimonio, sin otra escepcion mas

que la que queda referida, para lo cual mando se sobresea en cualesquiera autos que esten ya promovidos o se promovieren en adelante sobre ilegitimidad de la citada vuestra esposa doña Ramona, bien por sus parientes o por otra persona estraña, y se archiven para que en magun tiempo puedan tener curso en el tribunal o juzgado donde pendieren, a cuyos ministros y jueces respectivamente mando que dicten las providencias convenientes para que así se ejecute, poniéndose a continuacion de esta mi cédula por diligencia para que en todo tiempo conste su cumplimiento y no se pueda obrar contra su tenor. Y tambien mando al presidente y magistrados del tribunal supremo de justicia, a los regentes y ministros de las audiencias, a los jueces de primera instancia y alcaldes constitucionales del reino, y a los demas tribunales o jueces de cualquiera otra jurisdiccion que la civil ordinaria que fueren requeridos con esta mi real cedula o su traslado auténtico, que la guarden y cumplan y hagan guardar, cumplir y ejecutar, arreglando sus providencias á su literal y espreso tenor, y previamente se ha de tomar razon de ella en la contaduria general de valores, la cual espresara los derechos que se hayan satisfecho por su expedicion, sin cuya formalidad no tendra valor ni efecto. Dada en Palacio a once de enero de mil ochocientos treinta y siete. Yo la Reina Gobernadora. — El secretario de estado y del despacho de gracia y justicia Jose Landero Corchado, etc.

IV Si el hijo incestuoso naciere despues que su padre y su madre se hubiesen casado con dispensa, se reputara legitimo, o mas bien legitimado por el matrimonio subsiguiente a la concepcion y anterior al nacimiento, pues si naciendo antes del matrimonio queda legitimado cuando este se verifique, es claro que con mucha razon le quedara naciendo despues. He dicho legitimado mas bien que legitimo, porque la legitimidad o ilegitimidad no procede del nacimiento sino precisamente de la concepcion, y el que una vez ha sido concebido de vedado ayuntamiento, *ex damnato copulatu*, no puede ya verse limpio de la mancha de su ilegitimidad sino por la legitimacion, especialmente por la que le resulta del matrimonio de sus padres, si fuere capaz de ella, siendo indiferente al efecto que el matrimonio se contraiga antes o despues de su nacimiento.

V Si el padre y la madre se casen de buena fe sin dispensa, por ignorar ambos o el uno de ellos que estaban ligados con el vinculo del parentesco, quedara legitimado por este matrimonio putativo el hijo que anteriormente hubieron del incesto. Es regla general establecida en la ley 3, tit 3, y en la ley 2, tit 13, Part 4, que el matrimonio putativo, esto es, el contraido de buena fe por ignorar ambos conyuges o el uno de ellos el impedimento que tenian para casarse entre si, produce el efecto de hacer legitimos a los hijos habidos en él mientras dure la ignorancia y consiguiente buena fe de los dos ó del uno de los consortes. De aqui deducen muchos autores que si uno tiene un hijo fuera de matrimonio en una parenta suya y despues se casa con ella de buena fe sin noticia del parentesco que los liga, sera legitimo aquel hijo por razon del subsiguiente matrimonio, porque no hay razon, dicen, para que un mismo matrimonio putativo tenga la virtud de hacer que nazcan los hijos con la calidad de legitimos, y no tenga la de legitimar a los hijos ilegítimos nacidos antes, especialmente si se atiende a la maxima de que en caso de duda se ha de seguir la opinion mas benigna, y mas cuando se trata de hacer bien a los hijos. No faltan sin embargo autores no menos graves, que opinan lo contrario, sosteniendo que el matrimonio putativo puede muy bien dar la calidad de legitimos a los hijos que de él nacieren, sin que por eso se siga que la da tambien a los que anteriormente a él hubiesen nacido, porque la buena fe que facilmente se presume en los que contraen matrimonio publico, debe surtir naturalmente sus efectos

con respecto a la prole futura, y no puede estenderlos a la prole que se procreo de mala fe con menosprecio de las leyes divinas y humanas *Contrahens matrimonium*, dice el cardenal de Palermo, *dat operam rei licite, ideo ignorantia sua excusatur sed admittens virum sine matrimonio, dat operam rei illicita, et ex quo data fuit opera rei illicita, nihil prodest ignorantia* Véase *Matrimonio putativo*

VI ¿Puede ser legitimado por rescripto del principe, o sea por concesion del rey, el hijo incestuoso? Segun la Novela 89, cap 9 y 15, y segun la ley 9, tit 18, Part 3, y la ley 4, tit 15, Part 4, solo se admiten a la gracia de legitimacion por rescripto del principe los hijos habidos en concubina con quien podia el padre casarse al tiempo de la concepcion quedan pues excluidos de este beneficio los hijos habidos en incesto Mas, aunque segun la ley no pueden legitimarse por rescripto sino los hijos propiamente naturales, sientan los autores, y especialmente Gregorio Lopez y Covarrubias, que por la costumbre se ha introducido tambien la legitimacion real de los demas hijos ilegítimos, y por lo tanto de los incestuosos Indicios da de esta costumbre en cuanto a los hijos de los caballeros profesos de las ordenes de clerigos y de casados, la real cedula de 21 de diciembre de 1800, sobre gracias al sacar, en la cual se fija el servicio con que ha de contribuirse por las legitimaciones extraordinarias de dichos hijos, pero ni en la citada cedula ni en el real decreto de 8 de agosto de 1818 que la sustituyo, se hace mención alguna de los hijos incestuosos, ¿no ser que los supongamos comprendidos entre los hijos habidos por sus padres siendo solteros, por cuya legitimacion para heredar y gozar se fija en el artículo 15 de dicho decreto la cantidad de doscientos ducados de vellon por cada hijo o hija, para ejercer oficios de republica indistintamente la de ciento cincuenta ducados, y para oficio determinado, como abogado, escribano, procurador u otro de esta clase, la de ciento La ley de 14 de abril de 1838 autoriza al rey para legitimar a los hijos naturales segun los define la ley 1, tit 5, lib 10, Nov Rec mas segun la definicion que nos da esta ley nunca podran ser hijos naturales los incestuosos, al paso que podran serlo los adulterinos, como es de ver mas arriba en los artículos *Hijo natural*, n II, e *Hijo adulterino*, n VI ¿Habran querido pues las Cortes de 1838 hacer de mejor condicion al hijo adulterino que al incestuoso? ¿Habran querido que se presente a la sociedad el escandalo de ver legitimados por el rey a los hijos habidos en doble adulterio por un hombre casado o una mujer casada que han faltado a la fe conyugal, y habian sido al mismo tiempo tan escrupulosas que havian temido mancillar las costumbres publicas con la legitimacion real de los hijos habidos entre un tio y una sobrina y aun entre dos primos terceros, aunque medie dispensa pontificia? Esta muy bien que nunca puedan ser legitimados de modo alguno los hijos habidos entre ascendientes y descendientes en linea recta, y aun entre hermanos, pero ya que se abra la puerta a la legitimacion de otros hijos que no sean de soltero y soltera, no es justo certarla a la de los hijos entre parientes cuando el parentesco pueda dispensarse por el papa Véase *Hijo adulterino*, n XIII, *Hijo legitimado* y *Legitimacion*

VII La ley 2, tit 17, Part 4, denomina incestuosos no solamente a los hijos habidos en parientas, sino tambien a los habidos en monjas « Non son en poder del padre, dice, los hijos que son llamados en latin *incestuosos*, que quer tanto decir como aquellos que han los homes de sus parientas fasta el cuarto grado, o en sus cuñadas, o en las mujeres *religiosas* » Del mismo modo la ley 1, tit 29, lib 12, Nov Rec, dice que el *incesto* se comete con parienta hasta en cuarto grado, o con comadre, ó con cuñada, o con *mujer religiosa profesa* La razon es, segun indica Gregorio Lopez n la glosa 1ª de la ley 1, tit 19, Part 7, que la religiosa

profesa tiene la investidura de esposa de Jesucristo, que es nuestro padre Sin embargo, en el lenguaje de la jurisprudencia no se llaman incestuosos sino los hijos habidos en un parientes, y los hijos de las monjas se distinguen con la denominacion de *sacri ilegito* Véase *Incesto*

**HIJO ADULTERINO.** El habido de adulterio, ley 1, tit 15, Part 4

I ¿Y ¿que es adulterio? Segun las leyes mosaicas (*Levit*, cap 20, v 10, y *Deuter*, cap 22, v 22), segun las romanas (*ley 6*, § 1, *ley 34*, § 1, *D*, y *ley 18*, *C ad leg Jul de adult*), y segun las de las Partidas (*ley 1*, tit 17, Part 7), no es otra cosa que el concubito o acceso de un hombre con una mujer que se halla casada con otro *Concubitus cum aliena uxore. Alieni tori violatio* « Yerro que home face a sabiendas (como dice nuestra citada ley de Partida) yaciendo con mujer casada o desposada con otro » No comete pues adulterio segun estas leyes el casado que yace con mujer soltera o viuda, *quia adulterium non nisi in nuptiam committitur*, ni el casado, viudo o soltero que yace con mujer casada, creyendola soltera o viuda, *ley 5*, tit 17, Part 7, *quia adulterium sine dolo malo non committitur*, l 4, *D ad leg Jul de adult*, ni la mujer casada que con justa causa se creyere viuda y se casare con otro, *d ley 5*, tit 17, Part 7 Sigue de aqui que segun las citadas leyes no es *hijo adulterino* sino el procreado por hombre de cualquiera estado que sea con mujer casada con otro

Mas como la doctrina evangelica exige del marido la misma fidelidad que de la mujer, y condena igualmente el adulterio en ambos sexos, se tiene por adulterio en el derecho canonico no solamente el acceso de un hombre de cualquiera estado con una mujer casada, sino tambien el de un hombre casado con una mujer soltera o viuda *Adulterium nobis est*, dicen los canonistas, *concubitus inter personas non conjuges, quarum saltem altera est matrimonio juncta* De aqui viene la division del adulterio en doble y sencillo *adulterio simple* o sencillo es el que se comete entre una mujer casada y un hombre soltero o viudo, o bien entre un hombre casado y una mujer viuda o soltera, y *adulterio doble* es el que se comete entre un hombre y una mujer que respectivamente se hallan casados con otras personas Sera pues *hijo adulterino*, segun el derecho canonico, el ilegítimo habido de personas ligadas, a lo menos una, con el vinculo del matrimonio al tiempo de la concepcion.

Tambien en nuestro derecho patrio se califica de *adulterino* al hijo habido por hombre casado con mujer que no lo es pues si bien la citada ley 1, tit 17, Part 7, que de proposito habla del adulterio, dice que este es *yerro que home face a sabiendas yaciendo con mujer casada con otro*, nos encontramos con que la ley 2, tit 15, Part 4, supone expresamente *fechos en adulterio* los hijos que un casado hiciese en barragana, y por real orden de 25 de octubre de 1777 (*nota 1*, tit 28, lib 12, Nov Rec) se comunico al supremo consejo una resolucion del rey, en que se estableca entre otras cosas que los hijos del segundo matrimonio contrahido por un hombre casado viviendo su primera mujer son *verdaderamente adulterinos*, aunque se tengan por legitimos por la buena fe de la madre y sucedan a sus padres

Fuerza es por lo tanto decir, que no solo por el derecho canonico sino tambien por el derecho real se considera *hijo adulterino*, asi el habido por hombre casado con mujer viuda o soltera, como el engendrado por hombre soltero, viudo o casado en mujer casada con otro Mas no se crea por eso, como erroneamente sienta algun autor, que la condicion del hijo adulterino habido en mujer casada es igual a la del habido en mujer soltera, sin que haya diferencia en los derechos o privaciones del uno y del otro, pues la hay, y no pequeña, como veremos en el discurso de este artículo.

II El hijo adulterino, habido entre casado v soltera, se llama hijo de vedado ayuntamiento, *ex damnato complexu*, así como el hijo incestuoso y el sacrilego, y el hijo adulterino, habido entre mujer casada y hombre que no es su marido, se denomina hijo de vedado v *punible* ayuntamiento, *ex damnato et punibili complexu*, porque la casada y no la viuda o soltera incurria antiguamente por el adulterio en pena de muerte natural. Véase *Adulterio*. Este último es designado en la ley 1, tit 15, Part 4, con el epíteto de *noto*, porque no siendo del marido parece que lo es. Véase *Hijo legitimo*.

III El hijo adulterino, ya proceda de mujer casada, ya de soltera o viuda, tiene derecho a que su padre y su madre y sus ascendientes por parte de madre en su caso y lugar le crien y alimenten, como lo tiene todo espurio con arreglo á lo dicho en el artículo *Hijo espurio*, n III.

Los hijos adulterinos eran entre los Romanos los mas odiosos de todos, y aun Justiniano en el cap 15 de la Novela 89 prohibió a los padres y a las madres darles alimentos bien que los interpretes entienden esta prohibicion solo de los alimentos civiles y no de los naturales, pues la prohibicion de estos últimos hubiera equivalido a condenar a muerte a estas criaturas inocentes o a condenar al publico a tomarlas á su cargo. La dureza de la disposicion de Justiniano se mitigo por el derecho canonico en el cap 5 de *eo qui duxit in malum quam poll per adult*, donde hablando el pontifice Clemente III de ciertos hijos procedentes de adulterio declaró que sus padres estaban obligados a darles alimentos con respecto a sus facultades, y Gregorio Lopez se inclina a que la ley 8, tit 19, Part 4, va de acuerdo con el derecho canonico. Se ha de tener presente, sin embargo, lo que se dice mas arriba en el n III del art *Hijo espurio*, y en la palabra *Alimentos*.

IV El hijo adulterino, procedente de *hombre casado y mujer soltera o viuda*, es heredero forzoso de su madre por testamento y ab intestato, cuando no hay descendientes legitimos ni naturales, aunque haya ascendientes, y en caso de haber descendientes de dichas clases, no podrá heredar a su madre por testamento ni ab intestato, pero podrá la madre en vida o en muerte dejarle hasta la quinta parte de sus bienes, de la cual podría disponer por su alma, *ley 9 de Toro*, o *ley 5, tit 20, lib 10, Nov. Rec*. Este quinto que la madre puede dejar al hijo adulterino, como a cualquiera otro espurio, no es precisamente por razon de alimentos, sino por razon de sucesion testamentaria, pues si fuese por razon de alimentos, podría reclamarlo el hijo, en caso de que la madre no se lo dejase de suerte que la ley no ha hecho mas que limitar a la madre la cantidad en que puede instituir heredero a un hijo espurio cuando tiene hijos legitimos o naturales, y así es que puede dejarse el quinto a dicho hijo, aunque sea rico. Así lo advierten Velazquez de Avendaño y Tello Fernandez en sus glosas a la ley 9 de Toro. — Mas no puede suceder al padre por testamento ni ab intestato, ni recibir cosa alguna de el por manda o donacion, *ley 10, tit 15, Part 6*, y por consiguiente tampoco podría heredar a sus parientes paternos bien que la disposicion de esta ley se entiende solo de las herencias mandas, y donaciones que el padre quiere o dejare al hijo adulterino voluntaria y espontaneamente por mera liberalidad, y no de lo que le diere o dejare en virtud de la obligacion que tiene de criarle y darle alimentos, con arreglo a lo prescrito en las leyes 2 v 3 tit 19, Part 4, y en la ley 10 de Toro, la cual le permite dejarle hasta la quinta parte de sus bienes. Todavía pasa mas adelante Antonio Gomez en la glosa 14 de dicha ley 10 de Toro, pues si bien reconoce que el hijo de casado y soltera es incapaz de suceder a su padre ab intestato, cree sin embargo que puede sucederle por testamento, como cualquier extraño, no habiendo legitimos, y la misma

opinion siguen Palacios Rubios en los comentarios de la ley 9 de Toro, n 27, y Soto, lib 4 de *just et just*, *quest 5, art 1*, que sienta que en semejante caso puede el padre darle todos sus bienes. *Itaque omnia sua bona potest illi patri dare*.

V El hijo adulterino procedente de *mujer casada y hombre casado, viuda o soltera*, no puede heredar a su padre ni a su madre por testamento ni ab intestato, aunque no concurren descendientes legitimos ni naturales, *ley 10, tit 15, Part 6*, y *ley 9 de Toro* lo cual así se halla establecido en odio del adulterio. Pero bien puede la madre en vida o en muerte mandarle hasta la quinta parte de sus bienes, y no mas, de la que podía disponer por su alma, y de la tal parte, despues que la hubiere, podrá disponer en su vida o al tiempo de su muerte el dicho hijo adulterino como quisiere, *ley 9 de Toro*. Esta ley 9 de Toro no se sirve precisamente de la voz *adulterino* para designar al hijo de que hablamos, sino de la frase *hijo de dañado y punible ayuntamiento de parte de la madre* mas como luego quiere que entonces se entienda dañado y punible ayuntamiento cuando por el incurriere la madre en pena de muerte natural, y por otra parte segun las leyes 1 y 3, tit 4, lib 3 del Fuero Juzgo, 1, tit 7, lib 4 del Fuero Real, 1, tit 21 del ordenamiento de Alcalá, y 81 y 82 de Toro, entonces incurria la madre en pena de muerte natural cuando estando casada cometia adulterio, es claro que el hijo de quien trata la ley 9 de Toro, es el habido entre mujer casada y hombre que no es su marido. — Con respecto al padre, no tiene este hijo mas derecho que a la prestacion de alimentos. Véase *Hijo espurio*, y *Hereder o legitimo*, en el primer orden de sucesion, n VII, en el segundo, n VI, y en el tercero, n III, 4º.

VI El hijo adulterino, ora sea de mujer soltera o viuda y hombre casado, ora de mujer casada v hombre que no es su marido, sera hijo *natural* y gozara por consiguiente de las ventajas y derechos de los hijos naturales si al tiempo de su nacimiento se hallaren su padre y su madre libres y espeditos para contraer entre si legitimo matrimonio sin dispensa, con tal que el padre le reconozca por suyo. Así lo deducen los interpretes, y especialmente Palacios Rubios que como ministro asistió a las Cortes de Toro, Velazquez Avendaño y don Sancho de Llamas y Molina, de la ley 11 de las mismas Cortes, en la cual efectivamente se establece por regla general « que entonces se digan ser los hijos naturales cuando al tiempo que nacieren o fueren concebidos, sus padres podian casar con sus madres justamente sin dispensacion, etc ». Si estando pues tu casado con Antonia procreares un hijo en Maria casada con Diego, y en la epoca del parto os encontraseis tu y Maria en aptitud para casaros por haber muerto anteriormente Diego y Antonia, nacera el hijo revestido del caracter de hijo natural, á pesar de haber sido concebido en el adulterio, y como tal disfrutara los derechos concedidos por la ley a los hijos naturales mas si al tiempo del parto viviesen todavía Diego y Antonia o cualquiera de los dos, el hijo conservará todas las desventajas de hijo adulterino por la razon de no haber estado entonces Maria y tu en aptitud de casaros el uno con el otro.

Un mismo hijo, concebido en adulterio de mujer casada, es incapaz de heredar a su padre y a su madre por testamento y ab intestato, como habido de vedado y punible ayuntamiento, con arreglo a la ley 10, tit 15, Part 6, y a la ley 9 de Toro, de que se acaba de hablar en el n V que precede, y si nace a tiempo de que su madre por muerte de su marido puede contraer matrimonio sin dispensa con su padre, sera heredero forzoso de su madre tanto por testamento como ab intestato en defecto de hijos o descendientes legitimos, lo podrá ser de su padre por testamento en todos los bienes y lo sera ab intestato en la sexta parte de ellos en el mismo caso de falta de hijos legitimos, y aun le sucedera en toda la herencia como heredero legitimo o ab intestato en

defecto de descendientes y ascendientes legítimos y de parientes colaterales hasta el cuarto grado inclusive conforme a las leyes 9, 10 y 11 de Toro y demás citadas en el artículo *Hijo natural*, de cuya calidad queda revestido de suerte que la fortuna o la desgracia del hijo adulterino en esta parte depende precisamente de que la adúltera lo do a luz después o antes de la muerte de su marido. No deja de parecer a primera vista ridícula esta doctrina, y aun hay autores que la han calificado de tal, pero no por eso es menos cierta, ni está por eso menos claramente contenida en las leyes 9, 10 y 11 de Toro, a las cuales, como que se hallan vigentes en el día, tienen que arreglar los jueces sus decisiones, cualesquiera que sean las contradicciones, inconsecuencias, o faltas de principios, si es que las hay, en que incurrieran los redactores de los acuerdos de aquellas Cortes.

Como el hijo concebido en el adulterio no puede revestirse de la calidad de hijo natural sino en el caso de que al tiempo del nacimiento pueda su padre casarse con su madre *sin dispensa*, es evidente que si los adúlteros maquinaron la muerte de sus conyuges respectivos o se dieron palabra de casarse después de su fallecimiento o de hecho se casaron a sabiendas en vida de ellos, no será natural el hijo, aunque al nacer encuentre a sus padres libres de sus primeros matrimonios en razón de haber fallecido los conyuges con quienes estaban ligados, porque a pesar de esta libertad no pueden sin dispensa contraer entre sí legítimo matrimonio, y así habrá de quedar el hijo en su clase de adulterino y con las desventajas propias de tal estado, *ley 19, tit 2, Part 4, y ley 11 de Toro, combinadas*.

Como para que un hijo ilegítimo sea tenido por natural no basta que su padre haya podido casarse con su madre sin dispensa en la época de la concepción o del nacimiento, sino que además se requiere su reconocimiento de parte del padre, según se halla establecido por regla general en la ley 11 de Toro, es claro que el hijo adulterino no será ni podía llamarse nunca hijo natural, aunque al tiempo de su nacimiento se hallaren sus padres en aptitud de casarse entre sí sin dispensa, si su padre no le reconoce por suyo en la forma que más arriba se ha expresado en el artículo *Hijo natural*, n III. Mas ¿no será una especie de escándalo el reconocimiento del desgraciado fruto de un crimen? ¿No sería preferible la condición de un hijo obscuro y sin padres conocidos a la de un hijo públicamente reconocido como procedente de un adulterio? ¿Sufrirá por otra parte la moral que un delincuente pueda dar y adquirir para sí derechos con la confesión de un delito que no tanto le deshonra a él mismo como a una tercera persona y a su familia? Lo cierto es que con dificultad se encuentra legislación que permita o no prohíba espresamente a los padres el reconocimiento de los hijos habidos en adulterio, sin que por eso queden exonerados de la obligación natural de darles alimentos, pues que la paternidad puede constar sin necesidad del reconocimiento.

VII El hijo adulterino, ya proceda de mujer casada y hombre soltero, ya de mujer casada o soltera y hombre casado, no se legitima por el subsiguiente matrimonio de sus padres. Así se halla establecido en el derecho romano, como es de ver por las Instituciones, *lib 4, tit 10, § 15*, por el Código, *lib 5, tit 27, leyes 10 y 11*, por la Novela 12, *cap 4*, por la Novela 89, *cap 8*, y por la Novela 117, *cap 2*, donde constantemente se exige para la legitimación por el subsiguiente matrimonio la circunstancia de que los padres hayan carecido de impedimento dirimente al tiempo de su ilícito comercio. Por eso sientan los romanistas sin hesitación alguna que los hijos adulterinos son incapaces de legitimación. Así está decidido igualmente en el derecho canónico, pues en el cap 6 de la decretal *qui filii sunt legitimi* declara espresamente Alejandro III que el concebido de adulterio,

aunque después se casen sus padres por haber muerto la mujer del adúltero o el marido de la adúltera, queda sin embargo en la clase de espurio y no pasa a la de legitimado. *Si autem tu, vivente uxore tua, aliam cognoverit, et ex ea prolem susceperit, licet post mortem uxoris eandem duxerit, nihilominus spurcius erit filius, quoniam matrimonium legitimum inter se contrahere non potuerunt*. Así lo resolvió por fin la legislación de las Partidas adoptando la disposición del derecho civil y canónico. «Otrosí decimos, dice la ley 2 tit 10, Part 4, que si alguno que hubiese mujer a bendiciones, fuese fijos en barragana viviendo su mujer, que estos fijos tales non serien legitimos, maguer después desto se muriese la mujer velada et casase el con la barragana et esto es porque fueron fechos en adulterio». Aunque la ley habla solamente de los hijos de hombre casado y mujer soltera, es indisputable que debe entenderse también, y con mucha mayor razón, de los hijos de hombre casado o soltero y mujer casada, como que el adulterio de mujer casada es delito más grave que el de mujer soltera.

VIII Mas, si cuando nace el hijo concebido en adulterio se encuentran sus padres en aptitud de contraer entre sí legítimo matrimonio por haber muerto anteriormente el marido de la madre o la mujer del padre, o el uno y la otra en caso de que ambos estuviesen casados, ¿se reputara entonces por lo menos capaz de legitimación, y quedara efectivamente legitimado por el subsiguiente matrimonio si sus padres llegaren a contraerlo? No el hijo concebido de adulterio no puede ser legitimado por el subsiguiente matrimonio, aunque sus padres estén hábiles para contraerlo al tiempo del nacimiento, porque es necesario que lo hayan estado al tiempo de la concepción. Con efecto, todas las leyes del derecho romano que en el precedente número hemos citado convienen en no dar lugar a la legitimación de los hijos por el subsiguiente matrimonio sino en el caso de que el padre pudiera casarse con la madre al tiempo en que los procrearon. *Cujus matrimonium non est legibus inter dictum, iam tamen cum qua poterat habere connubium, ejus matrimonium minus legibus inter dictum fuerat, cui omnino licet copulari*, tales son las espresiones de que se sirven dichas leyes para designar la calidad que debía tener la madre con respecto al padre en la época de la concepción. También el derecho canónico exige como circunstancia necesaria para dicho beneficio de legitimación que el padre y la madre hayan sido libres al tiempo de la concepción para contraer entre sí legítimo matrimonio si hubiesen querido celebrarlo, según se ve por el cap 6 *qui filii sunt legitimi*, que más arriba se ha copiado. La ley 2, tit 10, Part 4, cuyo texto se halla transcrito igualmente en el número que precede, después de sentar que los hijos concebidos de adulterio permanecen siempre en su estado de ilegítimos, aunque sus padres hayan contraído matrimonio, removido el impedimento, manifiesta el fundamento de esta resolución diciendo es *porque fueron fechos en adulterio*, y como esta razón subsiste y se verifica, tanto en el caso de que los padres hayan tenido aptitud para casarse al tiempo del nacimiento como en el de que hayan carecido de ella, se infiere que en uno y otro caso quiere la ley que se atienda exclusivamente al tiempo de la concepción y que los hijos concebidos en adulterio sean por este solo hecho incapaces de legitimarse por el subsiguiente matrimonio. ¿Que importa que el hijo adulterino nazca después o antes de la muerte de la mujer de su padre o del marido de su madre? ¿Dejara por eso de haber sido concebido en adulterio? ¿Que importa que la adúltera haya parido estando ya viuda o hallándose todavía casada? ¿Es que por parir más tarde o más temprano dejara de ser adúltera? ¿Que importa que la mujer del adúltero muera antes del parto de la adúltera? ¿Es que por la anticipación de la muerte de una mujer inocente consigue el

adultero lava la mancha de su infidelidad y hacer que su hijo no sea lo que es? Daremos a los adúlteros la facultad de ennoblecer el origen del fruto de su crimen con solo que queden libres de sus consortes en el intervalo del adulterio al parto? Daremos interes al marido en la muerte de su mujer y a la mujer en la muerte de su marido? No los legisladores no han incurrido en semejante falta ellos han considerado el matrimonio como la única fuente de la legitimidad, y solo han sido indulgentes con los hijos nacidos de soltero y soltera, concediéndoles la legitimación mediante el subsiguiente matrimonio de sus padres, porque han supuesto que estos en la época de su ilegítima unión tenían intención de casarse entre sí, que la violencia de la pasión recíproca del uno por el otro les hizo sucumbir a la tentación de adelantarse al casamiento, que este comercio ilícito es una especie de anticipación del matrimonio que se proponían entonces contraer y que efectivamente han contraído después, y que por consiguiente los hijos nacidos de aquel comercio deben ser mirados como fruto anticipado de este matrimonio y como si hubiesen nacido de él, mas como no han podido los legisladores hacer las mismas suposiciones con respecto a los adúlteros, quienes al tiempo de cometer el adulterio no podían casarse sin incurrir en crimen y en las penas que le están prescritas, de ahí es que ni han concedido ni querido conceder el beneficio de legitimación por subsiguiente matrimonio a los hijos nacidos de casado y soltera o de ambas personas casadas con otras, siendo indiferente que nazcan antes o después de quedar sus padres en libertad para casarse entre sí, pues que la calidad de adúlteros que los hijos llevan consigo se contrae por la concepción y no se borra por el tiempo del nacimiento.

IX Opinan, sin embargo, algunos autores, que para que el hijo se legitime por subsiguiente matrimonio no es preciso que los padres hayan tenido aptitud para casarse al tiempo de la concepción, sino que basta que la tengan al tiempo del parto, de modo que si un hombre casado tiene relaciones ilícitas con una soltera, y después fallece su mujer antes que la adúltera llegue a parir, el hijo concebido de tal adulterio se legitimará, según ellos, por el matrimonio que contrajeran sus padres. Tal es el dictamen del señor Covarrubias, *de matrim.*, p. 2, cap. 8, § 2, n. 2, de Sanchez, *lib. 8, disp. 7 n. 19*, de Molina, *tom. 1, tract. 2, de just. et jur.*, disp. 172, n. 4, de Reiffenstuel, *lib. 4, Decretal.*, tit. 17, n. 39, de Ponce, *lib. 11, cap. 3, n. 2*, y de algunos otros. Pero las razones en que se apoyan casi no son dignas de los honores de la refutación sino por el respeto que se merecen tan distinguidos autores. Pothier mismo, el jurisconsulto Pothier, que toca hieráticamente esta cuestión y la decide contra los hijos adúlteros, dice en su tratado de las sucesiones (*cap. 1, sec. 2, § V*) que ni aun la hubiera propuesto si no hubiese visto que Leibniz era de un parecer contrario al suyo. Alucinados en efecto aquellos autores por su deseo filantrópico de favorecer a los frutos desgraciados del adulterio, acumulan principios sacados de las leyes romanas que no son aplicables al caso, y aun los van á buscar en leyes donde precisamente se niega o no se concede la legitimación por matrimonio al ilegítimo que no haya nacido de soltero y soltera, arrancando y separando del cuerpo de ellas trozos o períodos que en su aislamiento quedan desnaturalizados, como si no supiesen que para entender e interpretar una ley es menester leerla toda. Resuelve Justiniano en la ley 11, *C. de naturalibus liberis*, con motivo de las controversias de los jurisconsultos sobre ciertos casos que ahora sería largo enumerar y son relativos a la legitimidad de los hijos nacidos de concubinato, que en las cuestiones sobre el estado de los hijos en dichos casos se atiende a la condición de los padres en el tiempo del nacimiento y no en el de la concepción, a no ser que sea

mas favorable a los hijos el mirar mas bien al tiempo de su concepción que al de su nacimiento. *Et generaliter definitur, dice, et quod super hujusmodi casibus variabat, definitionem certam concludimus, ut semper in hujusmodi questionibus, in quibus de statu liberorum est dubitatio, non conceptionis, sed partus tempus inspiciatur, et hoc favore facimus liberorum, ut editio tempus statuamus esse inspectandum exceptis his tantummodo casibus, in quibus conceptionem magis approbare infantium conditionis utilitas expostulat.* Y aprovechándose los dichos autores de estas palabras de Justiniano para sostener su opinión, y tomándolas como regla general para todos los casos, las aplican a los hijos adúlteros y pretenden que según ellas adquieren estos la capacidad de ser legitimados por subsiguiente matrimonio si sus padres se hallan en aptitud de casarse entre sí al tiempo de su nacimiento, sin observar que la misma ley en que se establece esta regla, exige al principio para la legitimación la aptitud de los padres para casarse al tiempo de la concepción, que no establece la citada regla sino para los casos en que se suscitaba duda entre los jurisconsultos sobre la legitimidad de los hijos, y que nunca se suscita ni pudo suscitarse antes ni después de dicha ley. Duda alguna sobre si los hijos concebidos de adulterio podían legitimarse por el subsiguiente matrimonio de sus padres que estuviesen o no estuviesen libres para casarse en la época del nacimiento, porque ni las leyes anteriores ni las posteriores concedieron jamás el beneficio de la legitimación por matrimonio sino a los hijos habidos de concubina que no podía ser una mujer casada ni ser tenida por un hombre casado. No son mas a propósito para su objeto las demás leyes romanas que deducen, como ya se ha hecho ver mas arriba en el artículo *Hijo legitimo*, n. VIII. Mas aun cuando tales no fuesen las disposiciones de las leyes de los Romanos, no podríamos prescindir de atenernos a la ley 1, tit. 15, Part. 4, que solo admite la legitimación por subsiguiente matrimonio en los hijos concebidos de soltero y soltera, y a la ley 2, tit. 15 de la misma Part. 4, que absolutamente y sin distinción de casos la niega en los hijos habidos de casado y soltera, y con mas razón en los habidos de soltero y casada, por solo el hecho de haber sido concebidos en adulterio.

Dirase tal vez, que la ley 11 de Toro que quiere se tengan por hijos naturales aquellos cuyos padres al tiempo que nacieren o fueren concebidos, podían casar justamente con sus madres, ha causado un trastorno en la legislación de las Partidas sobre legitimación por matrimonio, pues que transformándose ya en virtud de ella los hijos adúlteros en hijos naturales cuando al tiempo de su nacimiento se hallan los padres en aptitud de casarse entre sí por haber muerto sus conyuges respectivos, y siendo precisamente los hijos naturales los que tienen el derecho de quedar legitimados por el matrimonio de sus padres, es consiguiente que los hijos adúlteros adquieran cuando pasan a la clase de naturales los mismos derechos de que gozan estos y se revisitan por lo tanto de igual capacidad para ser legitimados. Bien parece a primera vista que este raciocinio tiene alguna fuerza, pero no es mas que especioso, pues que gira sobre un supuesto falso. No a todo natural por su calidad de natural precisamente concede la ley el beneficio de la legitimación, sino al engendrado de soltero y soltera. «Otro», dice la ley 1, tit. 15, Part. 4, son legitimos los hijos que home ha en la mujer que tiene por *baragana* (esto es, en mujer soltera siendo el hombre tambien soltero, porque no podia haber *baragana* o concubinato sino entre solteros) si después de eso se casa con ella, ca maguer estos hijos tales non son legitimos cuando nascen, tan grant fuerza ha el matrimonio que luego que el padre et la madre son casados se facen por ende los hijos legitimos. Si alguna vez

se ha sentado que los hijos naturales se legitimaban por el subsiguiente matrimonio de sus padres, era por que segun la ley 8, tit 13, Part 6, no se entendia por hijo natural sino el engendrado de padre que al tiempo de la procreacion no tuviese mujer legitima y de madre que no tuviese marido. Ahora todavia, no obstante los terminos en que esta concebida la ley 11 de Toro, hay interpretes de nota, y entre ellos Antonio Gomez, que lejos de reconocer como naturales a los hijos adulterinos que nacen cuando sus padres estan ya libres para casarse entre si, establecen en sus comentarios sin ningun género de hesitacion que hijo natural era en lo antiguo segun la legislacion romana y de las Partidas el habido por hombre soltero en concubina tambien soltera tomada como tal concubina en casa del hombre, y que ahora segun la ley de Toro lo es el habido por hombre soltero en mujer soltera, aunque no vivan en concubinato, con tal que puedan casarse sin dispensa, suponiendo que la ley de Toro apenas ha introducido en la calificación de los hijos naturales, otra novedad que la de suprimir la necesidad del concubinato y de la vivienda de la madre en casa del padre. Pero sea lo que se quiera del verdadero sentido de esta famosa ley toarina, tantas veces y por tantos interpretada y quizá no todavia bien entendida, y concediendo, como en el artículo *Hijo natural* hemos concedido, que efectivamente hace naturales á los hijos concebidos de adulterio que nacen a tiempo en que sus padres se hallan libres para contraer matrimonio, no podemos convenir en que ni aun despues de adquirido de este modo el estado de *naturalidad* adquieren tales hijos por el mismo hecho la capacidad de ser legitimados por el matrimonio de su padre con su madre. La ley de Toro no les confiere tal beneficio, deja intactas las disposiciones del derecho romano, del canonico y del español sobre este punto, y se reduce a darles cuando mas la calidad de naturales para poder heredar al padre por testamento con antelacion a los ascendientes legitimos de este, segun la ley 10 que la precede de manera que la ley 11 de Toro aumenta el numero de los hijos naturales, pero no estiendo el beneficio de la legitimacion a otros hijos que a los que anteriormente lo disfrutaban.

Parece casi imposible que en vista de todas estas consideraciones haya defensores de la legitimacion de los hijos adulterinos aun en el caso de quedar convertidos en naturales, y con efecto no todos estan seguros de la certeza de su dictamen que realmente no estaba sino sobre debiles fundamentos, como creemos haber demostrado. El mismo señor Covarrubias, que es uno de sus mas fuertes campeones, habiendo examinado despues las razones con que la impugna el jurisconsulto don Francisco Sarmiento en sus cuestiones selectas de derecho, lib 1, cap 5, n 10, duda y vacila sobre la verdad de la opinion que el habia abrazado y llamado comun, y aconseja a sus lectores que procedan con cautela en este punto, de modo que puede decirse que se retracta.

X Mas, ¿que diremos del hijo concebido en adulterio que nace a tiempo en que sus padres, habiendo muerto sus conyuges, se encuentran ya ligados entre si con legitimo matrimonio? ¿Le calificaremos de *legitimo*, pues que nace de padres verdaderamente casados? ¿Le consideraremos como *legitimado*, pues que el matrimonio se ha contraido despues de la concepcion, aunque no antes del nacimiento? ¿Le tendremos al contrario por meramente *natural*, pues que nace cuando ya se ha removido el impedimento que los padres tenian para casarse? Habiendo sentado y probado mas arriba el principio de que para que haya lugar a la legitimacion de un hijo ilegítimo es preciso que sus padres hayan tenido capacidad para casarse entre si en la epoca de la concepcion, sin que baste tenerla en la del nacimiento, no podemos dar la calidad de legitimo ni de legitimado al

concebido de adulterio, aunque nazca dentro del matrimonio, pero puede y debe darsele de la natural, porque si es tal cuando al nacer encuentra a sus padres en aptitud para casarse, con mas razon lo sera cuando ya los encuentra casados. Véase *Hijo legitimo*, especialmente en los números VII, VIII y IX.

XI Es por lo visto regla general, que el matrimonio no puede legitimar a los hijos habidos de comercio adulterino. Pero ¿admitia excepcion esta regla en el caso de que una de las partes haya ignorado que la otra estaba casada en la epoca de su trato? Un hombre casado y gr tiene hijos en una soltera, la cual ignorando el estado de su amante coexistir con el en simple concubinato, mientras que realmente comete verdadero adulterio, muere la mujer legitima, y el amante viudo se casa con su concubina ¿quedaran legitimados dichos hijos por este matrimonio? En rigor y atendida la regla general no pueden quedarlo mas la buena fe de la madre, ¿no sera capaz de mudar su condicion y de hacer que sean mirados como naturales y susceptibles de legitimacion, aunque en verdad sean adulterinos? Si, responden con admirable seguridad algunos escritores, la buena fe de la madre, que no crea cometer adulterio, hara que sus hijos se legitimen por el matrimonio que el padre contraiga despues con ella, porque asi esta espresamente resuelto en el derecho canonico, capitulo *Ex tenore*, 14, que *filii sunt legitimi*, y asi lo sostiene la opinion comun de los doctores. Sin embargo, esta cuestion ha sido debatida con calor entre los jurisconsultos, y los ha tenido y tiene todavia divididos.

Los partidarios de la opinion afirmativa se apoyan en el citado capitulo *Ex tenore* de las Decretales, segun el cual la buena fe de una de las partes que se ha casado en faz de la Iglesia con la otra, sin saber que esta se hallava casada basta para legitimar a los hijos que nazcan del matrimonio. La misma declaracion se contiene en real orden de 25 de octubre de 1777 (*nota 1, tit 28, lib 12, Nov Rec*), donde hablando del hombre que se casa segunda vez viviendo la primera mujer, se dice entre otras cosas que invierte el orden de la sucesion y de la legitimidad establecida por las leyes civiles, en cuanto precisa con su dolosa malicia a que los hijos del segundo matrimonio, siendo verdaderamente adulterinos, se tengan por legitimos por la buena fe de la madre, y sucedan a sus padres. Basilio Ponco es entre todos el que mejor desenvuelve las consecuencias de esta decision. Conviene desde luego en que la legitimacion por matrimonio subsiguiente es una ficcion que da efecto retroactivo al matrimonio, y como toda ficcion supone terminos habiles, concede la necesidad de que los padres sean capaces de casarse en ambos tiempos, esto es, en el tiempo de la celebracion del matrimonio y en el tiempo a que se retrotrae, pero sostiene que lo son por la buena fe, y que debiendo mirarse el matrimonio como celebrado en tiempo de la concepcion de los hijos, porque tal es el efecto que produce la ficcion, es consiguiente que hayan de ser considerados estos como legitimos, pues que es incontestable que lo serian en caso de que realmente el matrimonio se hubiera contraido entonces. Si se le opondrá que no pudo celebrarse el matrimonio en la epoca de la concepcion de los hijos por razon del impedimento dirimente con que entonces se hallaban ligados los adulteros, responde que esto es efectivamente cierto y verdadero en el fondo, pero no segun la opinion comun que basta por si sola para hacer que sean mirados como habiles los que en realidad son incapaces. Si se hubiese contraido el matrimonio segun esta opinion publica los hijos, dice, serian legitimos, ¿porque pues no lo han de ser igualmente cuando la misma opinion hace subsistir el matrimonio a la epoca de la concepcion? Si se le objeta que el que comete a sabiendas un delito queda responsable de todos sus resultados, hayalos o no previsto, contesta que

la máxima no es verdadera cuando la perpetración del delito va acompañada de ignorancia invencible, y que por la ficción que da efecto retroactivo al matrimonio cesa de ser ilícito el acto, pues que se le supone posterior a la celebración de aquel contrato

Los partidarios de la opinión negativa, entre quienes se cuentan el Cardenal de Palermo, Gutierrez, Covarrubias, Fajardo, Molina, Sarmiento y Pothier, se fundan en razones que desenvuelve muy bien en la alegación 47 M d'Aguesseau

¿ Cual es, dice este gran magistrado francés, la razón del capítulo *Ex tenore*? Dos son los motivos principales de su decisión 1º el nombre de matrimonio, nombre tan poderoso que su sombra misma basta para purificar en favor de los hijos el principio de su nacimiento 2º la buena fe de los que han contraído semejante enlace Veamos si estos dos motivos tienen alguna aplicación a la legitimación *per subsequens matrimonium* de los hijos que son fruto de una unión siempre criminal

« 1º No hay matrimonio, ni aun putativo, de modo que no tenemos ningún título colorado que acompañe a esta especie de prescripción El nacimiento de los hijos no ha sido posterior sino anterior a la celebración del matrimonio, y no procede sino de un origen impuro

» 2º Sobre la buena fe pueden hacerse dos reflexiones importantes

» La primera es que esta buena fe es poco probable en personas que cometen un delito la presumiremos fácilmente en aquellos que contrayendo matrimonio público se entienden que quieren y creen recibir un sacramento y no hacer un sacrilegio, pero no en los que menosprecian las leyes divinas y humanas viviendo en concubinato

» La segunda es que esta pretendida buena fe no los excusa, porque empezando como empiezan por cometer un delito deben imputarse todas sus consecuencias Y aquí es donde creemos oportuno desenvolver este gran principio, que ha sido perfectamente explicado por el juicioso Cardenal de Palermo, y que antes lo había sido ya por Bartolo, y aun si queremos subir más arriba, por Papiniano

» Hacesse este gran canonista la objeción del matrimonio putativo, y responde manifestando la diferencia que hay entre uno y otro caso *Quia contraheus matrimonium, doli operam et licitatem, ideo ignorantia sua excusatur sed admittens in unum sine matrimonio, doli operam et illicitatem, ideo ignorantia sua non est probabili, nec debet inde consequi premium, et danti operam et illicitatem imputantur omnia que sequuntur propter voluntatem suam*

» Y Bartolo había dicho antes *Quandocumque coitus fit sine colore matrimonii, tunc indistincti puniuntur secundum illud quod est in veniale, non secundum id quod putabat, quoniam dabat ab initio operam et illicitatem*

» Y Papiniano, de quien el uno u el otro tomaron estas máximas tan sanas en sí mismas, distingue espresamente, cuando se trata de castigar un incesto, entre el caso en que haya habido a lo menos la apariencia de un matrimonio que pueda hacer presumir la buena fe, y el caso en que por el contrario el crimen que se ha cometido contiene una doble injuria hecha a la ley y a la naturaleza, porque *multum inicit est ei, et illud matrimonium contraheus, un contumacia juris et sanguinis contumelia concurrant* Ley 38, § 1, *De ad legem Juliam de adulteris*

» Así que, no puede presumirse buena fe toda presunción cesa para los culpables, y aun cuando la hubiese, no debe servir de excusa, porque *dabat operam et illicitatem*

» ¿ Que no podríamos decir todavía, si nos fuera dable ostendernos aquí sobre este punto? Podríamos recordarnos la ley de aquel legislador griego que castigaba con doble pena los crímenes cometidos en la embriaguez

» En efecto, todo se reduce á este simple raciocinio, la ley puede recompensar la inocencia, tal cual se halla en el que *contrahe* de buena fe, por error de hecho, un matrimonio prohibido, pero que la ley recompense a una persona que ha querido hacer un mal menor que el que podía haber hecho, es por cierto una cosa que no puede oirse

» Añadamos todavía dos reflexiones una es que no se trata aquí de castigar sino de no estender, una gracia, un beneficio de la ley la otra es que la legitimación *per subsequens matrimonium* no es verdaderamente favorable á la sociedad, si se medita bien sobre sus consecuencias La legitimación no se otorga por las primeras leyes sino para lo pasado, y tiene la propiedad de sostener, fomentar y multiplicar el concubinato con la esperanza que da de poder un día conferir un estado a los hijos »

En fuerza de tan sólidas razones obtuvo M d'Aguesseau la celebre sentencia de 4 de junio de 1697, por la cual se declaró que el matrimonio subsiguiente de Tiberio Fiorelli, conocido bajo el nombre de Scaramouche, con Maria Duval, no había legitimado a una hija que antes habían tenido ambos estando el casado con otra sin que ella ni el público lo supiesen »

Parece pues mas probable la opinión que niega la legitimación por subsiguiente matrimonio a los hijos habidos de comercio adulterino, aunque el uno de los adúlteros ignorase al tiempo de su amistad ilícita que el otro estaba casado Esta opinión es tambien mas conforme a las leyes romanas, canónicas y españolas que arriba hemos citado en el número VII Todas ellas dicen *de un modo absoluto y general* que los hijos concebidos en adulterio no pueden legitimarse por el matrimonio subsiguiente de sus padres ¿ Porque pues nosotros hemos de reducir y estrechar los límites de una decisión que no los tiene, contrayéndola precisamente al caso de que ambos adúlteros obrasen de mala fe y supiese el adúltero libre al tiempo de su trato ilegítimo que su cómplice estaba ligado en matrimonio con otra persona? ¿ Porque hemos de hacer una distinción que no hacen las leyes? Las leyes conceden el beneficio de la legitimación solo a los hijos habidos entre solteros, y no a los habidos entre casado y soltera o entre soltero y casada ¿ Que importa que cuando una soltera tiene relaciones ilícitas con un casado, sepa o ignore el estado de su cómplice? ¿ Es que por la ignorancia o la ciencia de la adúltera se cambia o permanece el estado del adúltero, y este deja por eso de ser casado o continua en serio? Basta que los hijos sean *ex conjugali et soluta*, y no *ex soluto et soluta*, para que no puedan ser legitimados La ignorancia y la buena fe podrán servir para librar del castigo al que creía cometer una simple fornicación cuando cometía un adulterio, pero ¿ como han de alegarse para dar a una unión criminal o a lo menos ilícita los efectos civiles que la ley no concede sino a las uniones legítimas o a lo menos reputadas por tales? Los hijos habidos de matrimonio clandestino, esto es, de matrimonio no autorizado por la Iglesia, que antiguamente fue valido en España hasta la admisión del concilio de Trento, no eran legítimos si se descubría después la existencia de algún impedimento dirimente que debiese anular el enlace, aunque los padres o alguno de ellos manifestasen que no sabían el impedimento, porque sospechaba la ley por solo el hecho de la clandestinidad que no lo habían querido saber, según se halla dispuesto en la ley 2, tit 15, Part 4 Si no bastaban pues la ignorancia y la buena fe de ambos conyuges para la legitimidad de los hijos tenidos en matrimonio clandestino, que en el caso propuesto parece debía considerarse como matrimonio putativo, pues que el matrimonio clandestino no era nulo por ser clandestino, ¿ como podremos admitir, sin violentar la letra y el espíritu de las leyes, la ignorancia y la buena fe del uno o de ambos adúlteros para

la legitimacion de los hijos habidos en el adulterio? La ley que rechaza la ignorancia que alegan de su impedimento los conyuges unidos en matrimonio clandestino, ¿dejara de rechazar con mas razon la ignorancia que uno de los dos adulteros alegue sobre el matrimonio del otro?

El argumento que sacan los adversarios del capitulo *Ex tenore* de las Decretales, y de la real orden de 25 de octubre de 1777 contenida en la nota 1, tit 28, lib 12, Nov Rec, que son todo el fundamento de la opinion que han abrazado, no tiene por cierto la fuerza que se le ha querido dar, y aun podríamos decir que no es muy a proposito. Que paridad ni comparacion hay entre una mujer que cree contraer legitimo matrimonio casandose con un hombre que ella ignora estar casado con otra (que es el caso del cap *Ex tenore* y de dicha real orden), y una mujer que tiene con un hombre un comercio que sabe muy bien es criminoso, aunque ignore que es adulterino (que es el caso de la presente cuestion)? En el caso de dicho capitulo y de dicha real orden, la mujer que se casa con un hombre casado teniendole por soltero es del todo inocente, pues esta persuadida de que contrae un matrimonio legitimo. La ley le toma en cuenta la buena intencion que tiene de dar hijos legitimos al Estado, y cree justo recompensarla confirmando a los hijos nacidos de este matrimonio, aunque nulo, los titulos y derechos de los hijos legitimos. En la especie de la presente cuestion, por el contrario, la mujer que tiene trato ilícito con un hombre que ella ignora que está casado, no es por cierto inocente, pues aunque crea que no comete con él mas que una simple fornicacion y no un adulterio, sabe que su comercio es reprobado por la ley, la cual no solo prohíbe el adulterio sino tambien la fornicacion. Esta mujer con su conducta *rei illicitæ operam dabat*, y la ignorancia en que estaba del matrimonio de su cómplice no es una ignorancia inculpable capaz de impedir que su comercio deba ser considerado, no cual se le presentaba en su opinion o creencia, sino cual era efectivamente, esto es, como un comercio adulterino, cuyo vicio no puede subsanarse por el matrimonio legitimo que los dos contraigan despues entre sí. No hay pues semejanza ni paridad alguna entre el caso del capitulo *Ex tenore* y el de la presente cuestion, como hace ver M. d'Aguesseau en el fragmento que se ha transcrito con el texto del Cardenal de Palermo.

XII Si la mujer de quien yo he tenido un hijo estaba casada, pero crea con fundamento que su marido no existia por haber recibido pruebas bastantes de su muerte, ¿podra legitimarse el hijo por el matrimonio que yo contraiga con ella despues de la muerte de su marido? Pothier hace esta pregunta en su tratado de sucesiones, cap 1, secc 2, y se inclina a la opinion afirmativa, dando por razon que la procreacion del hijo en semejante hipotesis no es adulterina, pues que sin mala fe no se comete adulterio *Adulterium sine dolo malo non committitur*, ley 43, cap 11, § 12, ley 12, D *ad leg Jul de adult*. Tal vez habra quien crea que algunas de las razones alegadas en la cuestion que se ha ventilado en el numero XI que precede, pueden aplicarse igualmente a la cuestion que ahora nos ocupa, y que si la buena fe de uno de los padres no puede hacer capaces de legitimacion por subsiguiente matrimonio a los hijos habidos en adulterio, tampoco podia darles tal capacidad la buena fe de ambos. Pero aqui como la buena fe no se funda precisamente en una mera ignorancia, mas o menos imputable, de la existencia de un matrimonio, sino en las pruebas positivas de que tal matrimonio no existe, debemos considerar a la madre como si realmente se hallase en estado de libertad para casarse, pues que podria efectivamente casarse si quisiese, suponiendo como suponemos que ha adquirido pruebas fidedignas de la muerte de su marido, quien al pre-

sentarse vivo no podria acusar de adulterio a su mujer, aunque la encontrase casada con otro, como así lo dispone espresamente la ley 5, tit 17, Part 7. La mujer es viuda en su opinion y en la del publico, opinion legitima y bien fundada, y el hombre que con ella traba relaciones es tambien viudo o soltero. Estas relaciones pues no pueden tener el concepto de adulterinas, sino que deben reputarse de la misma clase que las habidas entre personas solteras o libres, y los hijos que fueren fruto de ellas se legitimaran de consiguiente por el matrimonio que los padres contrajeren entre sí despues de la muerte real del marido de la madre.

XIII ¿Puede el hijo adulterino ser legitimado por rescripto del principe, esto es, por concesion del rey? No puede serlo segun el derecho romano, ni tampoco segun el derecho de las Partidas. La Novela 89, cap 9 y 15, exíste para dicha legitimacion que los hijos sean naturales, esto es, nacidos de concubina con quien el padre hubiera podido casarse al tiempo de su concepcion. La ley 9, tit 18, Part 3, y la ley 4, tit 15, Part 4, solo presentan como capaces de esta gracia a los hijos habidos en barraganas, y lo mismo hace la ley 17, tit 6, lib 5 del Fuero Real Gregorio Lopez, sin embargo, en la glosa 1ª de dicha ley 9 y en la glosa 8ª de dicha ley 4, indica que el rey puede legitimar no solamente a los hijos habidos en barragana, sino tambien a los adulterinos a los incestuosos y a los sacrilegos. De este parecer son tambien Covarrubias y otros autores. Ademas, la real cedula de 21 de diciembre de 1800 sobre gracias al sacar coloco entre ellas las legitimaciones de los hijos ilegítimos de personas casadas, de clérigos, y de caballeros profesos de las ordenes. «Las legitimaciones extraordinarias, dice en su artículo 25, para heredar y gozar de la nobleza de sus padres a hijos de caballeros profesos de las ordenes, de clérigos y de casados, sirvan con mil ducados de vellon, siendo la legitimacion para solo heredar y obtener oficios pero comprendiendo la circunstancia de gozar de la nobleza de sus padres, con treinta mil reales, entendiendose en uno y otro caso por cada hijo o hija que lo solicite.» Mas es muy de notar que en la nueva tarifa de los servicios con que se debe contribuir por las gracias al sacar, aprobada en real decreto de 5 de agosto de 1818 que se halla vigente, se omitio la legitimacion de los hijos de clérigos y de casados, quedando solo la de hijos de caballeros profesos de las ordenes, como puede verse en su artículo 21, que por lo demas esta concebido en iguales terminos que el 25 de la real cedula de 21 de diciembre de 1800 de lo cual se deduce que el rey don Fernando VII quiso cerrar la puerta a toda solicitud y concesion de legitimaciones de hijos de clérigos y de casados. Por ultimo, en virtud de la ley de 14 de abril de 1858 formada en Cortes, tiene autoridad el rey para resolver todas las instancias sobre legitimaciones de los hijos nacidos segun los destina la ley 1ª tit 5, lib 10 de la Novísima Recopilacion, y como esta ley 1ª, que es precisamente la famosa ley 11 de Toro, dice ser hijos naturales aquellos cuyos padres podian al tiempo de su concepcion o al de su nacimiento casar con sus madres justamente sin dispensacion, parece consiguiente que podra el rey legitimar a los hijos concebidos en adulterio que nacieren a tiempo en que sus padres por muerte de sus conyuges podian ya contraer entre sí legitimo matrimonio, pues que la ley no exige en los padres la aptitud para casarse sino en uno de los dos tiempos, con tal empeño que el padre los reconozca por suyos, como quiere la misma ley. Hay, no obstante, mucho que decir sobre este punto, porque todavia se disputa entre los jurisconsultos quienes sean los que han de entenderse por hijos naturales con arreglo a la ley 11 de Toro, y no faltan autores graves que escluyan de esta calificacion a los adulterinos, aunque hayan nacido en tiempo en que sus padres tenian libertad para casarse, insistiendo siempre en la necesidad de la sol-

tería o libertad de padre y madre al tiempo de la procreación de los hijos. Véanse los num. VI y IX de este mismo artículo hacia el fin, *Hijo natus al y Legitimacion*

**HUO SACRILEGO** El habido de personas que al tiempo de la concepcion estaban ligadas, á lo menos una, con profesion religiosa, o con orden sacro, esto es, el hijo de fraile o de freile profesos, el de monja tambien profesada, y el de clérigo ordenado *in sacris*. Llamase *sacrilego* por ser fruto de un fraile o clérigo de orden sacro con una monja u otra mujer cualquiera, y el de un hombre cualquiera con una monja), aunque con mas propiedad podrian llamarse así el clérigo, el fraile, la monja y sus complicos que cometen este crimen

I El hijo de clérigo *in sacris*, o de fraile o de freile o de monja profesos, no puede suceder por testamento ni abintestato a su padre ni á su madre ni a sus parientes paternos o maternos, ni tampoco haber de unos ni de otros cosa alguna por via de manda, donacion o contrato, *leyes 4 y 5, tit 20, lib 10, Nov Rec*. Esta proposicion exige que nos detengamos algun tanto en demostrarla, porque no todos los interpretes han querido entender de un mismo modo las leyes en que se apoya

En las Cortes de Soria de 1380 se hizo presente al rey don Juan I por los procuradores—« que en algunas ciudades, villas y lugares tienen cartas y privilegios, que los hijos de los clérigos que hubieren en sus barraganas, que hereden sus bienes o de otros cualesquier sus parientes, así como si fuesen nacidos de legitimo matrimonio, e que por esta razon que dan ocasion para que otras buenas mujeres, así viudas como virgenes, sean sus barraganas — » y en su consecuencia se le pidió que revocase y anulase semejantes cartas y privilegios. Accedió el rey con efecto a tan justa demanda en estos términos « Nos place e tenemos por bien que los hijos de clérigos habidos en sus barraganas, que non hayan nin hereden los bienes de los dichos sus padres, nin de otros parientes, nin hayan cualquier manda o donacion, o vendida que les sea hecha, agora nin de aqui adelante » De aquella peticion y de esta respuesta se formo la ley llamada de Soria, principiandola de este modo « Por non dar ocasion que las mujeres así viudas como virgenes sean barraganas de clérigos si sus hijos heredasen sus bienes y de sus padres o parientes, ordenamos y mandamos, etc » Si atendemos a las palabras de la peticion de las Cortes y de la respuesta del rey, parece que los hijos de los clérigos solamente quedan excluidos de la herencia *paterna*, pero si tomamos en cuenta las palabras del principio de la ley de Soria, como se halla redactada en la ley 22, tit 5, lib 1 de las ordenanzas reales de Montalvo, en la ley 6, tit 8, lib 8 de la Novísima Recopilacion, y aun en la ley 4 tit 22, lib 10 de la Novísima, no deja de parecer probable que quedan tambien excluidos de la herencia *materna*. Lo cierto es, que en vista de la ley de Soria se han suscitado dudas sobre si los hijos de los clérigos pueden heredar los bienes de sus madres. Algunos intérpretes sostienen que no pueden fundandose en que el motivo de la ley, segun esta recopilada, es el mismo y tiene la misma fuerza tanto respecto de los bienes de la madre como del padre. El ilustrador de las leyes añadidas al Fuero Real que van impresas al principio del tomo primero de la edicion de 1781 opina del mismo modo en su advertencia sobre la ley 27 « La peticion 8ª, dice, del ordenamiento que el rey don Juan fizo en las Cortes de Soria, era de 1418 años (año 1380), estrecha mas a estos hijos de clérigos en que non pueden haber cosa alguna de padre, nin de madre, nin de parientes que haya, nin por compra, nin en donacion, nin en otra manera alguna, segun mas claro por ella veras » Otros por el contrario afirman que pueden los hijos de clérigos heredar los bienes de sus

madres, porque siendo penosa y odiosa la ley de Soria, debe limitarse en cuanto sea posible, y resolverse toda duda en favor de los hijos, contrayendo su exclusion a los bienes de los padres. En este sentido se nos presenta por fin la misma ley por razon de las alteraciones que se hicieron en su texto al insertarla en la ley 4, tit 20, lib 10, Nov Rec, donde se ordena « que los tales hijos de clérigos no hayan ni hereden, ni puedan haber ni heredar los bienes de sus padres clérigos, ni de otros parientes de parte del padre, ni hayan ni puedan gozar de cualquier manda o donacion, o vendida que les sea hecha por los susodichos »

Mas cualquiera que sea la inteligencia que deba darse a la ley de Soria, ya se quiera esclui en su virtud a los hijos de clérigos de la herencia paterna y materna o solo de la paterna, no se adelanta mucho en ninguna de las dos hipotesis a favor de dichos hijos, pues la ley 9 de Toro, que tambien se halla inserta en la Novísima Recopilacion junto a la de Soria, y es la ley 5, tit 20 del lib 10, quiere que lo dispuesto por la ley de Soria acerca de la exclusion absoluta de los hijos de los clérigos de los bienes de sus padres y parientes paternos, se estienda a los mismos hijos de clérigos, como igualmente a los de frailes, freiles y monjas profesas, con respecto a los bienes de sus madres y de sus parientes maternos

En efecto, establece la ley 9 de Toro como regla general, que los hijos ilegítimos de cualquier calidad que sean, naturales o espurios, sucedan en defecto de legitimos a sus madres por testamento y abintestato, y luego exceptúa de esta regla 1ª a los hijos que fueren de *damnado y punible ayuntamiento* por el cual la madre incurriere en pena de muerte natural, esto es, a los hijos procedentes de adulterio de mujer casada 2ª a los hijos de clérigos o frailes o freiles o de monjas profesas, con respecto a los cuales manda que, aunque la madre no incurra por el tal ayuntamiento en pena de muerte, se guarde lo contenido en la ley que hizo el señor rey don Juan el primero en la ciudad de Soria, que habla sobre la sucesion de los hijos de los clérigos. Forzoso es reconocer una de dos cosas, o que la ley de Toro supuso que por la del rey don Juan en Soria se privaba á los hijos de los clérigos de la sucesion de sus madres, como tal vez se suponía entonces comunmente, o que quiso que lo dispuesto en ella sobre la sucesion de los hijos de los clérigos en cuanto a los bienes de sus padres, se entendiese tambien dispuesto sobre la sucesion de los hijos de los clérigos, frailes, freiles y monjas en cuanto a los bienes de sus madres, porque a no ser este el sentido de la ley, su disposicion seria vana e ilusoria. Así es que Antonio Gomez no duda en sentar, n 18, que la ley 9 de Toro dispone espresamente que los citados hijos no puedan suceder a sus madres. Ella trata, dice, sobre la sucesion de los hijos a sus madres, y en la ultima parte prescribe que si los hijos que esta tiene son de clérigo o fraile, etc, debe observarse lo que se ordena en la ley de Soria. es así que en la ley de Soria se ordena que tales hijos no sucedan a su padre, luego la ley de Toro quiere abiertamente que del propio modo no sucedan a su madre. Lo mismo inculcan, en sus comentarios a esta ley, Cifuentes, n 4, Palacios Rubios, n 37, Tello, n 34, Velazquez de Avendaño, n 1 y 2, y Covarrubias añadido en la segunda parte de matrimonio, cap 8, § 6, n 17, que así se observa en la practica, impugnando a Gregorio Lopez, quien en la glosa bª de la ley 5, tit 21, Part 4, manifiesta error, fundado en errores y equivocaciones, que ni por la ley de Soria ni por la de Toro se excluye al hijo de clérigo de la sucesion de su madre a no ser que esta sea casada, o bien pública o publica concubina del clérigo. bien que luego al fin de la glosa 3ª de la ley 11, tit 15, Part 6, tratando de si los hijos de los clérigos estan excluidos de la sucesion de los parientes de parte de madre, afirma que no lo

están, dando por razon que la ley 9 de Toro los escluye solo de la sucesion de la madre y no la de los parientes paternos.

Pues que los hijos de los clergos, frailes, freiles y monjas profesas, quedan escluidos de la sucesion testada e intestada de sus madres por la estension que ha dado la ley de Toro a la disposicion de la de Soria, ¿podran percibir alguna parte de los bienes de sus madres, ya que no sea por titulo de herencia, a lo ménos por via de legado, contrato o donacion entre vivos? podran ser herederos por testamento o ab intestato de los parientes de parte de madre? La respuesta negativa a estas dos preguntas es una consecuencia de la estension dada por la ley de Toro a la de Soria. Dispone la ley soriana, tratando de la sucesion de los hijos de clergos a sus padres, que no puedan heredar los bienes de sus padres ni de sus parientes paternos ni recibir de unos ni de otros cosa alguna por via de manda, donacion o contrato: es asi que la ley tanina quiere que lo contenido en la soriana se guarde general o indefinidamente con respecto a los mismos hijos de clergos, y a los de frailes, freiles y monjas cuando se trata de sucesion a las madres, luego no podran tales hijos haber cosa alguna por titulo general ni particular de los bienes de su madre ni de sus parientes maternos. Asi lo sostienen con estension Antonio Gomez en su comentario a la ley 9 de Toro, n.º 50, y el doctor Llamas en su comentario a la misma ley, n.º 8b y sig., contra Gregorio Lopez, que en la ley 14, tit. 15, Part. 6, glosa b' al fin, pretende que a lo menos deben ser capaces dichos hijos de suceder a los parientes de parte de madre. La opinion de Gregorio Lopez ha sido adoptado por Avendaño en la glosa 10 a la ley 9 de Toro, n.º 16 y 17, y por Acevedo en la ley 1, tit. 8, lib. 5 de la Recop. n.º 33.

II Es de observar por lo visto que los hijos sacrilegos son de peor condicion que los adulterinos de mujer casada, pues a estos se les concede la gracia de poder percibir de sus madres hasta la quinta parte de sus bienes, y a los otros se les priva de toda parte de los bienes de sus madres, de suerte que nada pueden percibir de ellas ni aun por titulo de legado, donacion o contrato. En efecto los hijos sacrilegos han sido siempre mirados con mas odiosidad no solo por las constituciones del derecho canonico sino tambien por las leyes del reino, como consta del concilio Toledano IX, cap. 10, y *can. cum multa* lib. 2, *quest.* 8, y advierte Covarrubias *in epitome de sponsalibus*, 2.ª part., cap. 8, § 5, n.º 17.

III Si los hijos sacrilegos no pueden suceder a sus padres ni a sus madres, ni a los parientes paternos ni maternos, como se ha demostrado, es consiguiente que tampoco los padres y madres ni sus parientes podan suceder ab intestato a los hijos sacrilegos, porque siempre se entiende reciproca la sucesion, y por tanto la denegacion o privacion de sucesion, mientras la ley no disponga otra cosa, como sostiene Antonio Gomez en el comentario de la ley 9 de Toro, n.º 50.

IV Aunque los hijos sacrilegos no tengan derecho de percibir ni puedan percibir cosa alguna de sus padres ni de sus madres u otros cualesquiera parientes por razon de herencia, legado, donacion o contrato, no por eso pueden los padres y madres abandonarlos, antes por el contrario deben procurarles la lactancia y darles los alimentos precisos y naturales, como que esta obligacion es de rigurosa y perfecta justicia, de derecho natural propiamente dicho, y el que la deja de cumplir, permitiendo que un hijo suyo de cualquiera clase y condicion perezca de necesidad, incurre en las penas designadas en el articulo *Exposicion de parto*. Y no solo durante la infancia de los hijos sino tambien en la edad posterior siempre que se hallaren en la indigencia, deben socorrerlos los padres en la forma expresada en el articulo *Alimento*. Las leyes que prohíben a los padres dar o dejar algo a tales hijos por via de herencia, manda o do-

nacion, se entienden solo de lo que voluntariamente se les da ó se les deja por mera liberalidad, pero no de lo que se les deja o se les da por necesidad en virtud de la obligacion natural que tiene todo padre y toda madre de atender a la crianza y subsistencia de sus hijos. El clerigo esta obligado a dar alimentos a sus hijos sacrilegos, no solo de sus bienes patrimoniales, sino tambien de los frutos de su beneficio, como generalmente afirman los canonistas. Los frailes y las monjas deben darlos de aquellos bienes de que pudieren disponer, y si nada tuvieren, recae la obligacion de criar y alimentar a tales hijos en los ascendientes de parte de la madre y no en los de parte del padre, con arreglo a lo dispuesto en la ley 5, tit. 19, Part. 4. Véase *Hijo espurio*.

V Algunos autores han discurrido medios para que el padre y la madre puedan dejar, sin perjuicio del derecho y de su conciencia, algo mas que los alimentos al hijo sacrilego y a cualquiera otro espurio. Uno de ellos es que instituyan simplemente por heredero a un amigo suyo que sea capaz sin gravarle espresa ni tacitamente con la restitucion a favor del hijo incapaz, pues entonces, si el amigo instituido quiere restituir la herencia o parte de ella al hijo de que se trata, podra entregarsela justamente y el hijo recibirla, porque como los bienes hereditarios despues de la adiccion se hacen patrimonio del heredero, no podra decirse que el hijo los recibe de su padre o de su madre, sino de un extraño á quien no le esta prohibido suceder y de quien puede tomar lo que le diere. Otro medio es que el padre o la madre instituyan heredero al mismo hijo bajo la condicion de si fuere legitimado por concesion del rey, pues entonces cumplida la condicion y obtenida la legitimacion real, podra gozar el hijo de la herencia. Si estos medios son validos y legitimos, no sera dificil hacer siempre ilusoria la disposicion de la ley, que no por cierto en odio de la inocente prole sino en odio y abominacion del delito y por evitar la corrupcion de las costumbres, priva de las ventajas de los hijos legitimos a los que no son sino fruto de un comercio sacrilego y criminal.

Todavia mas los autores han sido ingenosísimos para hacer llegar a manos de los hijos sacrilegos y demas espurios los bienes que sus padres y sus madres no pueden darles. Si el clerigo, dicen, u otra cualquier persona tiene un hijo o hija incapaz de recibir sus bienes por titulo universal o particular, puede donar estos bienes como quiera o bien dejarlos en testamento a la mujer del hijo o al marido de la hija, y asi la hija o el hijo, no obstante su incapacidad, disfrutarian de ellos en paz y sosiego. Matrimonio se trataba ante nuestra santa madre la Iglesia entre un hijo espurio de un clerigo por una parte y una hija legitima de un secular por otra, y fue convenido entre entre ellos que el padre clerigo hiciera donacion simple de ciertos bienes al padre o a madre de la esposa o mujer del espurio o directamente a la misma mujer o esposa. Hubo luego pleito sobre este negocio, y Antonio Gomez, como asesor del juez recusado, decidió y fallo que era valida la disputada donacion, segun ros lo cuenta el mismo en el numero 17 de su comentario a la ley 9 de Toro.

Y no solamente a su nuera o a su yerno puede donar ó dejar el clerigo u otro padre ilegítimo sus bienes, sino tambien a sus nietos, esto es, a los hijos legitimos de su hijo espurio, sea que el hijo espurio viva, sea que se haya muerto, y tanto en el caso de que los nietos se hallen todavia bajo la patria potestad del hijo espurio como en el de que esten fuera de ella, con tal que si el hijo vive no haga la donacion o instituya herederos a los nietos por contemplacion al hijo sino por los mismos nietos. Asi lo afirman Covarrubias, *de matrim.*, cap. 8, § 5, n.º 14, Cifuentes, *en la ley 9 de Toro*, n.º 7, Gomez, *en la misma ley*, n.º 17, Matienzo, *en la ley 6*, tit. 8, lib. 5 de la Recop., gl. 8 n.º 24.

Dueñas, *egul* 36, *limitat* 2, *Mostazo, de causis pus*, lib 8, *cap* 12, n 86, y *Parladorio*, lib 1, *quotidian*, *cap* 16, dando por razon que los nietos no se comprenden bajo el nombre generico de hijos sino solo en lo favorable *Disputan* luego los autores si en el caso de que el nielo favorecido por el abuelo exista bajo la potestad de su padre espurio, tendria reunidos en su persona la propiedad y el usufructo de los bienes que por el abuelo se le donaron o dejaron, o si por el contrario tendra solo la propiedad, y el padre ganara el usufructo, pues que todo padre goza del usufructo sobre los bienes de los hijos que estan bajo su patria potestad, y comunmente resuelven que el padre espurio no adquiere para si el usufructo de estos bienes, pues que es incapaz de haberlo por su propia persona y por interposicion de otra, sino que antes bien lo hace suyo el nielo, por presumirse que el abuelo testador o donador asi lo quiso para que la donacion o institucion fuese valedora, como ensña Antonio Gomez en el citado numero 17 de su comentario a la ley 9 de Toro

Aun pasan mas adelante algunos doctores, diciendo que el padre clérigo no tiene necesidad de esperar a que su hijo sacrilego haya prole, sino que desde luego puede instituir heredero validamente a su nielo futuro, ora exista ya en el vientre de su madre, ora no se halle todavia concebido, *Aguila ad Rojas, de Incompatib*, p 1, *cap* 6, n 140, y *Parladorio, different* 8, § 2, n 4

VI Segun se ha espesado en la definicion, para que el hijo de clérigo, fraile, fraile o monja sea sacrilego, es necesario que haya sido concebido despues de la profesion religiosa de la monja, fraile o fraile o de la promocion del clérigo a orden sagrado, esto es, al subdiaconado cuando menos. Cual sera pues la calificacion que habra de darse, y el derecho que correspondera al hijo de cualquiera de dichas personas que hubiere sido concebido antes de la indicada profesion religiosa o recibimiento de orden sacro, y naciere despues de estos acontecimientos? La calificacion y los derechos de tal hijo dependeran precisamente del estado en que al tiempo de su concepcion se hallaren su padre y su madre, sin que nada pueda influir en sus derechos ni en su calificacion el estado que tenga el padre o la madre al tiempo del nacimiento. Si la monja, por ejemplo, y el que con ella tuvo relaciones podian contraer entre si legitimo matrimonio sin dispensa en la epoca de la procreacion del hijo, tendria este hijo la calidad de *hijo natural*, aunque nazca despues de la profesion de su madre y gozara por consiguiente de todos los derechos que la ley concede a los hijos de esta clase, de modo que ademas de sus capacidades y derechos con respecto al padre, sera heredero forzoso de la madre monja por testamento y ab intestato, en caso de que esta no tenga hijos legitimos o legitimados por subsiguiente matrimonio, aunque tenga padre y madre, con arreglo a lo dicho mas arriba en el articulo *Hijo natural*. Mas, como, se dira tal vez, ha de heredar este hijo por testamento y ab intestato a su madre monja, si esta en su profesion hizo voto solemne de pobreza, renunciando los bienes temporales que le pertenecian, o disponiendo de ellos en testamento a favor de otras personas, e inhabilitandose para poder hacer adquisiciones en lo sucesivo, sin acordarse del hijo que llevaba en el vientre, sea por no haberse apercebido de su preñez, sea por otra causa? El hijo de la monja en tal caso quebrantaria y anularia con el hecho de su nacimiento la renuncia y el testamento de su madre, y recobrarla los derechos que esta hubiese abdicado, porque si el hijo *postumo*, que es el nacido despues de la muerte de su padre, rompe al nacer el testamento en que habia sido pretendido u olvidado, estuviere o no concebido antes del otorgamiento de la disposicion de alguna voluntad, segun la ley 20, tit 1, Part 6, con mas razon el hijo concebido antes de la profesion religiosa de su madre y nacido despues de ella romperá el testamento o

renuncia materna en que no se haya hecho mencion de el pues si la muerte natural del testador, por la que se confirma el testamento, no impide que este se revoque por el nacimiento del postumo, menos lo debiera impedir la profesion religiosa, que aunque tambien confirme el testamento, no es una muerte natural sino meramente civil para ciertos efectos

VII La ley 9 de Toro comprendio entre los hijos que llaman sacrilegos y que son por lo tanto incapaces de recibir cosa alguna de sus padres, madres y parientes, no solamente a los hijos de clérigos, frailes y monjas profesas, sino tambien a los hijos de los *fieles*, esto es, de los caballeros profesos de las ordenes militares de Alcantara y Calatrava, porque como estos caballeros hacian voto absoluto y perpetuo de castidad, quedaban inhabiles para contraer matrimonio, del mismo modo que los demas religiosos, y no siendo menor debito en unos que en otros la infraccion del voto solemne que en todos era igual, no habia razon para que los hijos ilegítimos de los frailes fuesen de mejor condicion que los de los clérigos, frailes y monjas

He insinuado que *fieles* eran en la citada ley los *caballeros profesos*, pues aunque los clérigos de las mismas ordenes se llaman tambien *fieles*, estaban ya comprendidos en ella como clérigos, y he añadido de *las ordenes militares de Alcantara y Calatrava*, pues aunque tambien existia la de Santiago y Montesa, permitiase contraer matrimonio a los caballeros de la de Santiago por la bula de Alejandro III de 1166, y la de Montesa no pertenecia a la corona de Castilla sino a la de Aragon que se gobernaba por distintas leyes

Mas posteriormente Paulo III en su bula de 1540, en virtud de instancia del emperador Carlos V, estendio á los caballeros profesos de las ordenes de Calatrava y Alcantara la concesion hecha a los de Santiago, permitiendoles que el voto solemne que antes hacian de castidad absoluta se limitase al de la observancia de ella fuera de matrimonio, y como por esta concesion quedo removido el impedimento que por razon del voto absoluto tenian antes para casarse los caballeros profesos de las ordenes, ceso el motivo de la disposicion de la ley 9 de Toro con respecto a sus hijos, los cuales ya no debian seguir la suerte de los de clérigos, frailes y monjas profesas. De aqui es que al trasladar la ley 9 de Toro a la Recopilacion de leyes hecha de orden de Felipe II en el año de 1576 (que ahora forma la ley 5, tit 20, lib 10, Nov Rec), se suprimio la palabra *fieles*, para dar a entender que sus hijos quedaban escluidos de la incapacidad a que la ley de Toro los habia condenado. Hoy pues los hijos de los frailes o sea de los caballeros profesos de las ordenes militares no deben ya contarse entre los *sacrilegos* por solo el hecho de ser hijos de frailes, sino entre los legitimos o naturales e incestuosos o adulterinos, segun la condicion o estado de sus padres y madres al tiempo de la concepcion o del nacimiento, con arreglo a las disposiciones legales esplicadas en los articulos que anteceden, a no ser que fuesen habidos en monja profesas, pues entonces serian sacrilegos por razon de la madre

VIII Podrá el hijo sacrilego ser legitimado por privilegio o rescripto del rey? En el dia, con arreglo a la ley de 14 de abril de 1838, no pueden ser legitimados por el rey sino los hijos *naturales*, segun los define la ley 1, tit 5, lib 10 de la Nov Rec, esto es, los hijos ilegítimos de personas que al tiempo de la concepcion o al del nacimiento podian contraer entre si legitimo matrimonio sin dispensa, y como no puede suponerse que los padres de los hijos sacrilegos puedan contraer entre si matrimonio legitimo en alguno de los tiempos, de ahi es que los hijos sacrilegos no entraran nunca en la clase de hijos naturales, y que de consiguiente no podran ser legitimados por concesion real. Vease *Hijo adulterino*, n XIII

**HIJO MANCER** El hijo espurio nacido de ramera publica, *ex scortis natus*. « Los que son llamados *manceres*, dice la ley 1, tit 15, Part 4, nacen de las mujeres que estan en la puteria, et danse a todos cuantos a ellas vienen et por ende non pueden saber cuyos hijos son los que nacen de ellas » Un antiguo autor cree que se dicen *manceres* los hijos que nacen de virgen o viuda noble y de padre plebeyo. El nombre de *mancer* es barbaro, segun afirma Conano y no puede ser descifrado sino por aquellos de cuya lengua se ha tomado. La citada ley de Partida sienta, sin embargo, que se compone de las palabras latinas *manus* y *scelus*, y que significa pecado infernal, aunque mas abajo dice que segun otros *mancer* es lo mismo que mancillado. Los hijos de esta clase son los que en el derecho romano se llaman *vulgo quæsti*, o *vulgo concepti*, esto es, hijos adquiridos o concebidos de padre incierto, hijos que una mujer se procura o concibe prostituyéndose a todos y cualesquiera hombres que se le presentan, hijos del publico o del vulgo, hijos de mancebia o buidel. Estos son los hijos *vulgo quæsti* y nunca se han llamado ni se llaman entre nosotros *vulgarmente quæstos*, como los denomina cierto traductor de una obra de derecho romano *quæsto* en nuestra lengua no es mas que diminutivo de *quæsto*. Estos hijos habidos o concebidos de padre incierto, *vulgo quæsti*, se oponen a los hijos habidos de legitimo matrimonio, *ex iustis nuptiis quæsti*, y tienen cognados y no agnados, esto es, parientes por parte de madre y no por la de padre.

I El hijo *mancer* era tenido por impuro entre los judios, y no podia ser admitido en la Iglesia, segun el cap 25 del Deuteronomio, vers 2. *Non ingreditur manzer, hoc est, de scorto natus, in ecclesiam Domini, usque ad decimam generationem*.

II Como el hijo *mancer* se considera sin padre, pues que prostituyéndose su madre a muchos hombres no es posible distinguir al que le ha procreado, es consiguiente que no pueda deducir derechos contra ninguno de ellos, y asi es de peor condicion en cuanto al padre que los demas espurios. Mas como la madre siempre es cierta, tiene el hijo *mancer* con respecto a ella los mismos derechos que los otros espurios. Véase *Hijo espurio*.

III El hijo *mancer* es incapaz de legitimacion por subsiguiente matrimonio, pues aunque la madre llegue a casarse con alguno de aquellos hombres que tuvieron comercio ilícito con ella, nunca podria saberse si este hombre es efectivamente quien le procreo. El fundamento de la legitimacion es una ficcion del derecho por la cual se supone que un hijo ilegítimo nacio dentro del matrimonio contraido por su padre y su madre, para cuyo efecto se retrotrae el matrimonio al tiempo de la procreacion del hijo, y como no puede fingirse matrimonio de un hombre con una ramera en la epoca misma en que a todos se entregaba, no hay lugar tampoco a suponer que el hijo de tales tratos es fruto del matrimonio que con ella contrae despues un hombre cualquiera. Asi es que el derecho romano le escluye expresamente de la legitimacion por matrimonio, y el de las Partidas le escluye implicitamente en cuanto solo admite á legitimacion a los hijos habidos en concubina con quien podia el padre casarse al tiempo de la concepcion, ley 1, tit 15, Part 4. Es cierto que una prostituta puede casarse, pero su matrimonio no puede retrotraerse al tiempo de su prostitucion ni su marido puede reconocer como suyos, a lo menos en perjuicio de tercero, a los hijos que ella tenia en su comercio ilícito con todos. El marido no puede reconocer por hijos propios ni legitimar sino a los hijos habidos de mujer que el tenia por suya, y, como habia de tener por suya a la que era de todos los que a ella querian acercarse? Si hubiese pues un hombre tan insensato que se propusiera reconocer o hubiera reconocido a por hijo el fruto de la ramera o prostitucion

de una mujer, podria oponerse y combatir tal reconocimiento cualquier interesado a quien perjudicase. Véase *Hijo natural*, n III.

IV Mas ya que el hijo de prostituta no puede ser legitimado por subsiguiente matrimonio, ¿podra serlo a lo menos por concesion del rey? Tampoco admiten las leyes romanas ni las de las Partidas a la gracia de la legitimacion por rescripto real sino a los hijos de concubina con quien podia casarse el concubinario en la epoca de la concepcion, *Novela 89, cap 9, 15, ley 9, tit 18, Part 3, y ley 4, tit 15, Part 4*. Sin embargo, como por la costumbre se ha introducido la legitimacion real de los hijos espurios, segun lo dicho en los articulos *Hijo incestuoso*, n VI, e *Hijo adulterino*, n XIII, no parece debe negarse á los *manceres*. Pero esta legitimacion no puede producir efecto alguno con respecto al padre, pues que le suponemos incierto y desconocido, ni tampoco puede surtir efectos muy notables con respecto á la madre, pues el hijo *mancer*, este o no este legitimado, tiene siempre derecho a la crianza y alimentos de parte de ella, y no concurrendo hijos legitimos ni naturales es heredero forzoso por testamento y ab intestato de la misma, con arreglo a lo que mas estensamente se expresa en el articulo *Hijo espurio*. Solo servira pues la legitimacion para limpiar de alguna manera la mancha del origen del nacimiento, para gozar de nobleza, o para obtener o ejercer empleos, cargos o profesiones de que estuviesen escluidos los ilegítimos.

**HIJO LEGITIMADO** El hijo habido fuera de matrimonio que por alguno de los medios establecidos por la ley ha pasado a la clase de los hijos legitimos.

I Puede un hijo ilegítimo ser legitimado de dos maneras 1º por subsiguiente matrimonio 2º por concesion real, o como suele decirse, por rescripto del principe.

### Hijo legitimado por matrimonio

II El hijo habido fuera de matrimonio se legitima por el matrimonio que el padre y la madre contrajeren entre si segun la ley, ley 2, tit 6, lib 3 del *Fuero Real*, y ley 1, tit 15, Part 4.

Mas no todo hijo ilegítimo puede legitimarse por el subsiguiente matrimonio de sus padres. Las leyes no conceden esta capacidad sino al hijo de soltero y soltera que podian casarse entre si al tiempo en que le dieron el ser, por que el fundamento de la legitimacion es la ficcion de que el hijo fue procreado en legitimo matrimonio, y no puede fingirse matrimonio en la epoca de la procreacion sino entre personas que podian entonces contraerlo. Asi que, son incapaces de ser legitimados por este medio 1º el hijo adulterino, ya proceda de padre casado y madre soltera, ya de madre casada y padre soltero o casado 2º el hijo incestuoso, a no ser que el matrimonio se verifique con la correspondiente dispensa del parentesco 3º el hijo sacrilego 4º el hijo *mancer*, esto es, el hijo de ramera. Véase *Hijo adulterino*, n VII y sig, *Hijo incestuoso*, n III y sig, *Hijo sacrilego*, n VIII, *Hijo mancer*, n III.

La existencia de un matrimonio intermedio no es obstaculo para la legitimacion, pues que la ley no exige para que sea legitimado el hijo de soltero y soltera sino que estos lleguen a contraer entre si legitimo matrimonio. Asi es que si habiendo tenido tu siendo soltero un hijo natural en Antonia tambien soltera, te casaste luego con Maria, y muerta Maria tu mujer legitima, te vuelves a casar con Antonia, el hijo de Antonia quedara legitimado por el matrimonio que al fin contraes con ella. Asi lo sostienen con mucha razon, entre otros distinguidos autores, Gregorio Lopez en la glosa 9ª de la ley 1, tit 15, Part 4, y Antonio Gomez en los numeros 59 y 60 de sus comentarios a la ley 12 de Toro.

El hijo capaz de recibir el beneficio de la legitimacion

queda legitimado *ipso jure*, en fuerza del mismo derecho, por solo el hecho del matrimonio de sus padres, « ca tan grant fuerza ha el matrimonio, como dice la ley 1, tit 13, Part 4, que luego que el padre et la madre son casados, se facen por ende los hijos legitimados » *Tanta vis est matrimonii, ut qui antea sunt geniti, post contraxerim matrimonium legitimi habeantur*, como dice la decretal de Alejandro III, cap 6, extra, *qui filii sunt legitimi*. Sin embargo, siendo necesario el reconocimiento del padre para que un hijo sea tenido por natural segun la ley 11 de Toro, parece que con mas razon lo sera para que quede legitimado, a no ser que va hubiese sido reconocido el hijo como natural. En Atagon se suele hacer el reconocimiento del hijo por el padre y la madre al tiempo de casarse estos, y se inserta la fe o partida de bautismo en la de matrimonio.

No solo quedan legitimados por el subsiguiente matrimonio de sus padres los hijos capaces de este beneficio que existen al tiempo de su celebracion, sino tambien los que ya hubiesen muerto dejando descendientes, en cuyo caso estos descendientes se reputaran legitimados por el matrimonio de sus abuelos, como prueba Antonio Gomez en los numeros 61 y 62 de sus comentarios a la ley 12 de Toro.

III El hijo legitimado por el subsiguiente matrimonio de sus padres tiene los mismos derechos que si hubiese nacido de este matrimonio, como que efectivamente se considera nacido dentro de el, y no adquiere la legitimidad sino desde el momento de su celebracion, segun se infiere claramente de la ley 1, tit 13, Part 4. La legitimacion pues no surte ni puede surtir efecto sino desde que se contrae el matrimonio, y por consiguiente no tiene ni puede tener efecto retroactivo. Esa retroaccion del matrimonio al tiempo de la concepcion del hijo, de que mas arriba hemos hablado, no es mas que una ficcion de derecho inventada solo con el objeto de establecer la necesidad de la aptitud de los padres para casarse en aquella epoca, y no con el de asegurar desde entonces la legitimidad del hijo, pues esto podria traer resultados absurdos y quiza funestos que no pueden admitirse. Siguese de estos principios.

1º Que el hijo legitimado no tiene derecho alguno como legitimado a las sucesiones de los parientes que hubiesen fallecido *ante* del matrimonio que ha producido su legitimacion, aunque al tiempo de la muerte de estos parientes estuviera ya procreado y aun hubiera nacido, pues que por su legitimacion posterior a la apertura de las sucesiones no puede ya quitar a terceras personas un derecho que legitimamente habian adquirido. Supongamos, por ejemplo, que fallecen los abuelos paternos de un hijo natural no legitimado, y que no pudiendo o no queriendo ser heredero su padre por causa de incapacidad o indignidad o renuncia, pasa la herencia a otros hijos o parientes colaterales de los abuelos o del padre, casase despues el padre con la madre, y el hijo natural queda legitimado ¿podra este hijo ya legitimado reclamar la herencia de sus abuelos y despojar de ella o del derecho a ella a los que por incapacidad o indignidad o renuncia de su padre la adquirieron, bajo pretexto de que su legitimacion ha de retrotraerse y considerarse anterior a la muerte de sus abuelos, pues que entonces estaba ya en el vientre de su madre o habia nacido? No el hijo de quien hablamos no era mas que hijo natural al tiempo de la apertura de la sucesion de sus abuelos, y como meramente natural no tenia derecho ni era llamado a ella en defecto de su padre si despues ha sido legitimado, tendra derecho a las sucesiones que se abran despues, pero no a las que se abrieron antes y que ya pasaron o debien pasar a las personas que entonces eran llamadas por la ley.

2º Que el hijo legitimado se reputará primogenito entre los hijos del matrimonio que ha producido su legitimacion, pero no entre los hijos de un matrimonio anterior aunque

naturalmente lo sea de manera que existiendo hijos legitimos habidos antes de la legitimacion, no adquirira los derechos personales que van inherentes a la prelación del nacimiento. Pablo, por ejemplo, tiene de Isabel un hijo natural, casase despues con Julia de quien tiene hijos legitimos, y muerta Julia se casa en segundas nupcias con Isabel legitimando al hijo que tuvo de ella. Este hijo no sera tenido por primogenito en perjuicio de los hijos de Julia, porque el derecho de primogenitura estaba ya radicado en estos, y el no puede entrar a gozar de los beneficios y prerrogativas de hijo legitimo sino desde el tiempo de su legitimacion que no debe retrotraerse al de su nacimiento, de suerte que si hay un mayorazgo u otro cualquier derecho trasmisible por orden de primogenitura, pertenecera de preferencia a los hijos de Julia y solo a falta de ellos y de sus descendientes pasara al hijo legitimado de Isabel. Lo mismo ha de decirse, aun en el caso de que los hijos de Julia sean tambien legitimados y hayan nacido despues que el de Isabel, porque para determinar el derecho de primogenitura en sus efectos legales, no debemos atenernos a la epoca del nacimiento sino a la del matrimonio. No faltan, sin embargo, algunos autores que pretenden la preferencia del hijo legitimado para la primogenitura, y que en concurrencia de hijos legitimos nacidos despues que él, aunque antes de la legitimacion, quieren se le confieran los derechos inherentes a la prelación del nacimiento, pero su opinion, que no puede ajustarse con los terminos de las leyes ni con los principios verdaderos y no fingidos, no encuentra ya en el dia partidarios.

3º Que si el hijo capaz de legitimacion muere antes del matrimonio de sus padres y por ello no pudo ser legitimado, lo seran sus hijos y descendientes y se aprovecharan de este beneficio por el derecho de representacion, como ya se ha indicado mas arriba.

4º Que el hijo legitimado, como que se considera nacido dentro del matrimonio, y adquiere por lo tanto la calidad de legitimo, queda sujeto a la patria potestad como los demas legitimos, es heredero forzoso de su padre y de su madre y de sus ascendientes paternos y maternos en su caso y lugar por testamento y abintestato, sucede a los demas parientes con arreglo a las leyes, y en suma tiene los mismos derechos y obligaciones que los demas hijos legitimos, sin distincion alguna, ley 2, tit 13, Part 4. Véase *Hijo legitimo, Heredero forzoso y Heredero legitimo o abintestato*.

5º Que las donaciones entre vivos que el padre hubiese hecho de todos sus bienes o de gran parte de ellos por no tener hijos legitimos ni esperanza de tenerlos, quedan revocadas de derecho por la legitimacion del hijo natural en virtud del subsiguiente matrimonio, porque si se revocan por sobrevenirle al donador hijos legitimos de mujer con quien casara despues, como establece la ley 8, tit 4, Part 5, tambien deberan revocarse por la legitimacion que el matrimonio produce a favor del hijo natural, pues que en este caso puede decirse igualmente que le sobreviene al donador un hijo legitimo, en razon de que el hijo natural legitimado se considera nacido dentro del matrimonio.

IV ¿Puede el hijo repudiar la legitimacion que le produce el matrimonio de sus padres? Segun el derecho romano no puede hacerse la legitimacion sin el consentimiento de los hijos (*ley 11, D de his qui sui vel alieni juris sunt*), porque si bien la legitimacion es para ellos un beneficio, no deja de ser tambien una carga, pues de hombres independientes pasan a ser hijos de familia y a sujetarse a la patria potestad, en cuya virtud deben adquirir para el padre cuando antes adquirian para si mismos. Como esta razon subsiste entre nosotros, no parece justo que desechemos la disposicion romana que en ella se funda. No faltaran ademas algunos casos en que se trate de legitimar fraudulentamente

a un hijo natural, no por su interes sino por el de personas á quienes no deba el ser Puede suceder tambien que la madre, con objeto de dar á su hijo las ventajas inherentes á la legitimidad y de adquirir el goce de bienes que a este se hubiesen donado ó legado, contraiga matrimonio para legitimarle con un hombre que no sea el padre En semejantes casos es claro que el hijo podra atacar y destruir el reconocimiento que de su filiacion se hiciste, para impedir la legitimacion Vease *Legitimacion*

### *Hijo legitimado por el rey*

V Hemos hablado hasta aqui del hijo legitimado por subsiguiente matrimonio pasemos al legitimado por concesion del rey

El rey puede legitimar a un hijo ilegítimo, *ley 17, tit 6, lib 5 del Fuero Real, ley 4, tit 15, Part 4, y ley de 14 de abril de 1838*

La ley 9, tit 15, Part 3, y la ley 4, tit 15, Part 4, así como las leyes romanas, no admiten a todo ilegítimo a la gracia de legitimacion por rescripto del rey, sino solo á los hijos habidos en concubina con quien podia el padre casarse al tiempo de la concepcion Mas por muy justa que sea esta regla, parece haber prevalecido la opinion de los autores que han sostenido la legitimacion de todos los demas hijos ilegítimos, sin escluir a los incestuosos, ni a los adúlteros, ni a los sacrilegos, ni a ningun otro de los espurios La legitimacion de estos hijos, dicen, no es contraria a los principios, porque teniendo el soberano la potestad de abrogar las leyes civiles, tiene por consecuencia necesaria la de relajalas, conceder dispensa de ellas, y modificar su aplicacion Si les opones que la legitimacion es una imagen del matrimonio y que no puede por lo tanto tener lugar en los casos en que el padre y la madre eran incapaces de casarse entre si al tiempo de la concepcion de los hijos, te responden, que en el orden de la naturaleza todos los hijos nacen iguales, que la distincion de legítimos e ilegítimos no se ha introducido sino por las leyes civiles, y que así no hay razon que impida al soberano derogar esta distincion cuando lo crea conveniente Lo cierto es que la real cedula de 21 de diciembre de 1800 sobre gracias al sacar supone la posibilidad de la legitimacion real de los hijos de clérigos, de casados y de caballeros profesos de las ordenes, pues que fija el servicio pecuniario con que en su caso ha de contribuirse por la legitimacion de cada uno de los hijos de dichas clases bien que en el real decreto de 5 de agosto de 1818, que es el que ahora rige sobre las citadas gracias, no se hace mencion alguna de los hijos de clérigos ni de los de casados Por fin la ley de Cortes de 14 de abril de 1838 da facultad al rey para resolver las instancias sobre legitimaciones de los hijos naturales segun los define la ley 1, tit 5, lib 10, Nov Rec, o sea la ley 11 de Toro, es decir, de los hijos ilegítimos de aquellas personas que podian casarse entre si sin dispensa en la epoca de la concepcion o del nacimiento, con tal que el padre los reconozca por suyos

Podra pues el rey legitimar ahora segun esta ley de 14 de abril de 1838 1º al hijo de soltero y soltera que no tuviesen entre si relaciones de parentesco en grado prohibido 2º al hijo adúlterino de personas casadas que al tiempo del nacimiento se hubiesen hallado en aptitud para casarse entre si por haber muerto los conyuges con quienes respectivamente estaban ligadas al tiempo de la concepcion Pero no podra legitimar 1º al hijo de soltero y soltera que fuesen parientes en grado prohibido, porque como estos parientes nunca pueden casarse sin dispensa, nunca podra el hijo adquirir la consideracion de natural en el sentido de la ley 11 de Toro y de la ley de 14 de abril de 1838, de lo cual resulta la anomalia de que pudiendo como puede ser

legitimado este hijo por el subsiguiente matrimonio de sus padres celebrado con dispensa del impedimento, no pueda serlo por rescripto del rey cuando por el contrario el rescripto del rey no debia recaer sino sobre hijos que no se legitimasen por matrimonio — 2º ni al hijo adúlterino de padres que maquinaron la muerte de sus respectivos conyuges o de uno de estos, o se dieron palabra de casarse despues que el casado quedara viudo, o de hecho se casaron á sabiendas estando todavia enlazado alguno de ellos con otra persona, porque como los adúlteros que se hallan en alguno de estos tres casos, no pueden jamas contraer entre si legitimo matrimonio sin dispensa, aunque lleguen a quedar libres de sus anteriores enlaces, es claro que tampoco el hijo que concibieron en adulterio podra nunca pasar a la condicion de los naturales segun los entiende la ley 11 de Toro, aunque al nacer encuentre ya libres a sus padres — 3º ni al hijo ilegítimo de clérigo ordenado *in sacris*, ni al de fraile profeso, ni al de monja profesa, porque ninguno de estos hijos puede nunca revestirse de la calidad de hijo natural, respecto de que ni la monja, ni el fraile ni el clérigo pueden en tiempo alguno casarse sin dispensa Vease *Hijo incestuoso*, n VI, *Hijo adúlterino* n XIII, *Hijo sacrilego*, n VIII, *Hijo nancei*, n IV Las legitimaciones que el rey no puede otorgar por si solo, quedan reservadas a las Cortes con el rey

VI Para que la carta real de legitimacion concedida a un espurio sea valida y no pueda calificarse de subrepticia, es necesario en primer lugar, segun convienen todos los autores, que la calidad del hijo se haya expresado en la suplica porque es mas dificil otorgar esta gracia al hijo espurio que al meramente natural de soltero y soltera

¿Bastara empero decir en general, que el hijo es bastardo o espurio, nacido de vedado ayuntamiento, sin expresar que es incestuoso o adúlterino? Baldo, Juan Andrieu, Decio y Juan Antonio de San Jorge sostienen la afirmativa, fundandose en el principio de que como el genero contiene la especie, lo que se dice de aquel se entiende tambien de estas *Cogitatum in generale ; effectus ad specialia* Pero Antonio de Butrio, Covarrubias y Mr d'Aguesseau han abrazado la opinion que lo niega, porque cuanto mas odioso sea el delito en la persona del padre, mas dificil sera limpiar la mancha en la persona del hijo

Y si el hijo procede de doble adulterio, es decir, de dos personas casadas con otras, ¿quedara validamente legitimado cuando en la suplica se le califco simplemente de hijo adúlterino? Oldrado, Juan Antonio de San Jorge, Decio y Covarrubias responden que la legitimacion es subrepticia, porque el rey ha podido creer que el adulterio era simple y es muy probable que habria puesto mas dificultad en otorgar la gracia si hubiera sabido que el hijo debia el ser a una doble violacion de la fe conyugal Angelo y otros objetan que jamas se comete adulterio propiamente tal por parte del hombre, y que así por solo el hecho de manifestar al rey que el espurio, a cuyo favor se pide la legitimacion, es adúlterino, se da bastante a entender que su madre ha violado para darle la vida el vinculo que la ligaba con su esposo Mas esta objecion no esta fundada con respecto a nosotros sino en un falso principio Es cierto que segun el derecho romano solo se cometia adulterio cuando una mujer casada se abandonaba a un hombre libre ó casado *Proprie adulterium in nuptia committitur propter partum ex altero conceptum*, dice la ley 6, § 1, D *ad leg Jul de adult* Pero entre nosotros el comercio de un hombre casado con una mujer soltera no es ménos adúlterino que el de una mujer casada con un hombre soltero, segun se echa de ver en la ley 2, tit 15, Part 4, que llama *fechos en adulterio* a los hijos que un casado hiciese en barragana Hay pues doble adulterio cuando el hombre y la mujer estan ligados en ma-