

y presumirse que el testador así lo quiso y dispuso, para que fuese valedero, y no inútil el acto; porque aunque por derecho antiguo todo cuanto adquiría el hijo era para su padre, y nada podía quedar en él, aun cuando quisiese el donante ó testador; por derecho nuevo ó posterior adquiere el hijo la propiedad y dominio de lo donado, y el padre el usufructo solamente, á menos que lo prohíba el testador ó donante (1); por lo que, no pudiendo adquirirlo el padre por su incapacidad, lo adquiere el hijo, y en él se queda por tácita voluntad del testador (2). De suerte que los nietos del hijo espurio, quiero decir, que el procedente de hija espuria, ó de la muger de hijo espurio, puede ser instituido heredero, con tal que el testador abuelo no tenga prole legítima, que no intervenga incesto, y que no se haga la institucion por contemplacion del hijo ó hija espurios (3) (*).

1 Authent. *Excipitur*, Cod. de bonis quæ liber.

2 Paul. in leg. *Gallus*, §. *Quid si is*, ff. de liber. et posthum. Gom. en la ley 9. de Toro, num. 17. vers. *Sed dubium*, Matienz. en la 6. tit. 8. lib. 5. glos. 8. num. 26.

3 Lara, *Compendium vitæ homin.* en el cap. 5.

* Acerca de los hijos adoptivos véase lo que se dijo en el citado capítulo 6. párrafos 8 y 9.

CAPITULO DECIMO.

Observaciones acerca de la sucesion por testamento de los ascendientes á sus legítimos descendientes. ¿De que parte de sus bienes podrán estos disponer en perjuicio de aquellos, si de ella se han de sacar ó no los gastos de su funeral y legados; y últimamente si tendrá lugar la colacion entre los ascendientes?

- §. 1. Derechos hereditarios de los ascendientes.
2. En esta sucesion no se deba hacer diferencia ni separacion de bienes entre los ascendientes.
3. Excepcion acerca de los bienes troncales.
4. Entre los ascendientes no tiene lugar la representacion cuando se trata de suceder á los descendientes.
5. Los descendientes pueden disponer del tercio en perjuicio de sus ascendientes, é imponer en él las condiciones que quieran. Este

tercio se entiende de lo líquido, deducidas ante todas cosas las deudas que haya contra el caudal del descendiente.

6 hasta el 9. Si los gastos del funeral y entierro del descendiente, misas que manda celebrar y legados que hace, ¿se han de deducir ó no del tercio de que dispone, ó del cuerpo de los bienes que deja?

10. Entre los ascendientes no tiene lugar la colacion, como entre los descendientes.

1. **A**si como son herederos forzosos de los ascendientes sus descendientes legítimos, lo son aquellos de estos, no solo abintestato sino por testamento (1); de modo que no interviniendo y probándose alguna de las ocho causas legales, que expliqué en el libro 2, título 2, capítulo 13, párrafo 10, no pueden exheredarlos; pues por derecho deben ser instituidos, y sucederles en todos sus bienes libres y partibles de cualquiera calidad que sean, sin excepcion de adventicios, profecticios, castrenses ni casicastrenses, no teniendo hijos ú otros legítimos descendientes, ó que hayan derecho de heredarlos, segun se

1 Ley *Nam et si parentibus*, Cod. de inoffic. testam., et ibi Barbo. Authent. de heredibus et falcidia, §. 1. collat. 1. y Authent. *Ut cum de appellatione*, §. *Illud quo-*

que capitulum, collat. 8. Guerreir. de divis. lib. 3. cap. 1. num. 2. Gom. lib. 1. Var. cap. 4. num. 7. vers. *Nec obstant.*

prueba de la ley 6 de Toro, que es la 1. tit. 20. lib. 10. Nov. Rec. que en su primera parte dice: *los ascendientes legítimos por su orden y línea derecha suceden ex testamento y ab intestato á sus descendientes y les sean legítimos herederos, como lo son los descendientes á ellos en todos sus bienes de cualquier calidad que sean, en caso que los dichos descendientes no tengan hijos ó descendientes legítimos ó que hayan derecho de los heredar.*

2. En esta sucesion no se debe hacer diferencia ni separacion de bienes entre los ascendientes: quiero decir, no hay obligacion de que los bienes que el hijo ó descendiente hubo y heredó de su padre y abuelo paterno ó por su causa y atencion, vuelvan al padre ó ascendiente por la línea paterna, y los que adquirió de su madre y abuela materna ó por su respecto, á los de esta línea; sino que al contrario, ya los haya adquirido por una sola ó por ambas, se deben dividir con igualdad entre los ascendientes (1); y solo se debe mirar á que estos se hallen con igual grado, y este sea el mas cercano; pues aunque haya muchos de varios grados, v. gr. abuelos, bisabuelos, si hay otro ó mas en grado inmediato, v. gr. padre y madre, ó padre ó madre solamente, no heredarán los remotos, sino el inmediato ó inmediatos iguales en grado (que son el padre ó madre) al descendiente; porque en las sucesiones, ya sean por testamento ó ab intestato, se atiende á la prerogativa del grado y proximidad del parentesco (2), y no á otra cosa.

3. Sin embargo no en todos los pueblos de los reinos de Castilla está en rigorosa observancia la disposicion general de la ley 6 de Toro, pues hay muchos en que se sucede de otro modo en los bienes raices patrimoniales, y ella misma los exceptúa dejando en su fuerza y vigor el fuero municipal ó costumbre de suceder en sus moradores: *lo cual mandamos que se guarde (concluye la ley) salvo en las ciudades, villas y lugares, do segun el fuero de la tierra se acostumbran tornar los bienes al tronco, ó la raiz á la raiz.* Este punto se trató con extension en el libro 2, título 2, capítulo 9, desde el párrafo 43 al 47, donde podrá enterarse el partidior cuando ocurra algun caso.

4. Entre los ascendientes no tiene lugar la representacion

1 Matienz. en la ley 1. tit. 8 lib. 5. Rec. glos. 3. num. 7. y glos. 5. num. 1. Com. en la ley 6 de Toro, num. 8. vers. *Sed his non obstantibus.* Gregor. Lop. en la ley 4. tit. 13. Part. 6. glos. 2. Avendañ.

en dicha ley 6 de Toro, glos. 6. num. fin. 2 Ley 6 de Toro, que es la 1. tit. 20. lib. 10. Nov. Rec. ibi: *Por su orden y línea derecha,* y ley 4. tit. 13. Part. 6.

cuando se trata de suceder á sus descendientes, ni la trasmision por derecho de sangre: lo primero, porque estos heredan por derecho divino, natural y positivo; y aquellos en virtud de este solo; y como que no son procreados por sus descendientes, no puede tampoco haber dicha trasmision: lo segundo, por presumirse que han de morir primero como mayores de edad, y la ley imita á la naturaleza.

5. Sentados estos principios, y supuesta la restante doctrina sobre los derechos hereditarios de los ascendientes, que expliqué en el libro 2, título 2, capítulos 7 y 9, adonde remito al contador, pasaré á tratar de la parte de herencia de que pueden disponer los descendientes en perjuicio de sus legítimos ascendientes, y si de ella han de sacarse ó no los gastos de su funeral, misas, entierro y legados, cuyo punto reservé para este lugar como mas enlazado con el tratado de particiones. En dicho capítulo 7, párrafo 4, dije que podian dichos descendientes disponer del tercio citando en apoyo la ley 6 de Toro; cuyas son las siguientes palabras: *Pero bien permitimos que no embargante que tengan los dichos ascendientes, que en la tercera parte de sus bienes puedan disponer los dichos descendientes en su vida, ó hacer cualquiera última voluntad, por su alma ó en otra cosa cual quisieren.* Asimismo pueden poner en dicho tercio las honestas y posibles condiciones que les parezca, y gravarle, ya le dejen á alguno de los ascendientes que le han de heredar, ó á extraño, del mismo modo que el ascendiente las puede poner en el quinto; previniendo que esta tercera parte se entiende de lo líquido, deducidas ante todas cosas las deudas que haya contra el caudal del descendiente.

6. De la citada ley 6 de Toro se originan tres dudas, á saber: 1.^a si los descendientes podrán consignar el tercio, dejándolo á alguno de sus ascendientes ó á extraño: 2.^a si el hijo que está bajo la patria potestad podrá disponer del tercio de sus bienes en propiedad y usufructo, ó solamente en propiedad; y si aquel ha de quedar ó no reservado al padre mientras viva: 3.^a si los gastos del funeral y entierro del descendiente, misas que manda celebrar, y legados que hace, se han de deducir ó no del tercio de que dispone, ó del cuerpo de los bienes que deja. Las dos primeras dudas se resolvieron en dicho capítulo 7 del título 2, lib. 2, párrafos 5, 6 y 7; y procediendo á explicar la tercera, es preciso antes saber lo que se entiende por gastos del funeral y entierro, pues aunque ya se tocó algo de esto en el capítulo 2 de este título, no los especificué individualmente

como voy á hacerlo ahora. Por funeral y entierro se entiende el hábito con que se amortaja el cadaver; el ataúd; la cera que alumbra mientras está en su casa de cuerpo presente, y en la iglesia hasta que se le sepulta; la limosna de la vigilia, misas, responsos, ofrenda y demas derechos parroquiales; los clamores; la sepultura; el costo de supultarlo; la conduccion del cadaver á la iglesia, ya sea en público con acompañamiento, ó de secreto sin él; el velarlo y amortajarlo; y algunas otras cosas sin las cuales, segun el estilo del pueblo, caracter, circunstancias y haberes del difunto, no se puede hacer el entierro. Los gastos que en todo esto ocurren son preferidos á todas las deudas que el testador contrajo en su vida, siendo moderados, porque si son excesivos, los ha de moderar el juez de su domicilio atendido su caudal y calidad ⁽¹⁾, en caso que no haya el suficiente para todos sus acreedores; pues habiendo que heredar, se arreglarán á él sus herederos, y gastarán lo que les parezca. Pero no se incluyen en el nombre de funeral los lutos de los herederos, ni viuda; y así cada heredero hará á su costa el suyo, como que cede en su privativa utilidad, y no del legatario del tercio ni quinto, porque no es preciso, y ninguna ley manda traerlo, segun he dicho en otra parte. Tampoco se incluyen los gastos de la última enfermedad hechos en medicinas, médico, cirujano, alimento del enfermo &c. porque los hizo en vida, y no se causaron con motivo de su muerte, ni despues de acaecida esta; porque lo que se deducirán del cuerpo de su caudal, al modo que las demas deudas que contrajo antes de caer enfermo; bien que aunque no son funerarias, ocuparán el primer lugar despues de estas los acreedores á quienes competa el percibo de su importe, sin embargo de que otros sean anteriores y privilegiados ⁽²⁾.

7. Supuesto lo referido, digo que acerca de la duda propuesta hay dos opiniones diametralmente opuestas: la una afirma que los gastos funerarios deben deducirse del tercio, por las mismas razones que, habiendo descendientes, del quinto y entregarse las otras dos terceras partes al ascendiente ó ascendientes herederos, sin gravamen ni descuento alguno, como legítima suya que por derecho positivo les pertenece ⁽³⁾. La otra

¹ Leyes 12. tit. 13. Part. 1, y 30 al fin. tit. 13. Part. 5. Ley *Et si quis*, 14. §§. 3, 4 y 6, y ley *funeris sumptus*, 37. ff. *Relig. et sumptib. funer.*

² Acost. de *privil. credit.* reg. 2. am-

pliat. 1. num. 20 y 21. Ayor. de *partit.* part. 2. quæst. 12.

³ Castell. en la ley 6 de Toro, verb. *Por su alma*. Gutierr. en la ley *Nemo potest.* num. 93. y lib. 2. *Pract. quæst.* 71. Angul.

opinion afirma que se deben deducir del cuerpo del caudal del difunto, y que el residuo ha de dividirse entre los herederos y el legatario del tercio, por manera que pagan á proporcion, como interesados en su respectiva cuota de herencia, porque el entierro y lo anejo y preciso para él es deuda que el hombre contrae por el hecho de nacer, y á cuyo pago estan sujetos indistintamente todos sus bienes, al modo que cuando la dote de la hija vuelve á su padre ó madre enteramente por haber muerto sin sucesion, pues estan obligados estos á enterrarla, y no su marido, porque son sus herederos. De este dictamen es García ⁽¹⁾ citando á Palacios Rubios, que se halló presente á la formacion de las leyes de Toro, y dice no estar comprendida esta especie en la 30, ni por consiguiente deberse deducir dichos gastos del tercio, sino del cúmulo de la herencia, como deuda contra ella; y añade que Castillo habiendo reflexionado mas bien, corrige su primer dictamen en la citada ley 30.

8. Adhiriéndome á esta última opinion por las razones del mismo García, y sin embargo de la autoridad del señor Covarrubias, digo que los gastos de entierro se deben sacar del cuerpo de bienes, como otra cualquiera deuda contra ellos, y de superior privilegio, excepto que el testador mande deducirlos del tercio; y así lo he practicado, y con mi dictamen se practicó y aprobó judicialmente en ciertas particiones, no obstante la infundada oposicion de algunos legistas, que sin apoyo legal terminante ni razon poderosa que destruyese las referidas, sostenian lo contrario.

9. Pero en cuanto á las misas, mandas y demas de que disponga el testador (acerca de lo cual nada dicen ni explican con distincion los autores), soy de sentir que se deben deducir del tercio y no del cuerpo de bienes: lo primero, porque los gastos de todo esto son totalmente voluntarios, y los del entierro forzosos, y de derecho público, como deuda preferida á todas; y así aunque el testador prohiba que se le entierre ó que se paguen, se tendrá por no escrito este precepto, y como tal no será obedecido: lo segundo, porque la ley 6 de Toro le permite testar del tercio por su alma, ó en lo que quisiere, y respecto usar de su permiso, debe observarse su disposicion, aunque el testador mande lo contrario; pues de no practicarse así se que-

de *meliorat.* en la ley 13. tit. 6. lib. 5. glos. 3. num. 2. Matienz. en la 1. tit. 8. lib. 5. glos. 8. num. 2. Covarr. in cap. *Raynaldus*,

§. 3. num. 2. al medio. Tello. en la ley 30 de Toro, num. 6.

¹ *De expensis*, cap. 8. num. 49 y 50.

brantaria la ley, se daría al ascendiente mas facultad que la que esta le da, y se equipararian los gastos de su funeral, de que la ley no hace mencion, con los de las misas, legados y demas en que le concede facultad expresa para invertir el tercio.

10. Debe tener tambien presente el contador que entre los ascendientes no tiene lugar la colacion como entre los descendientes, porque ningun derecho la ordena, y asi aunque un hijo ó nieto haya dado en vida á su padre, madre ó abuelo algunos bienes ó cantidad, y nada al otro ascendiente que está en igual grado, lo mismo heredará el uno que el otro de los que deje si muere antes que ellos.

CAPITULO UNDECIMO.

Observaciones acerca de los legados: modo de deducirlos: ¿si los hechos por el testador á su muger, acreedores, y tutor que nombra, se compensarán ó no con la dote y gananciales de la muger, con lo debido al acreedor, y con la décima correspondiente al tutor? De la division de los frutos que el testador deja pendientes en la cosa legada; y si revocándose el legado deberá ó no restituir el legatario los que percibió.

- §. 1. Controversia suscitada por el reformador de Febrero sobre el legado á dia cierto.
2. Explicacion de las dificultades que se ofrecen acerca de la doctrina del párrafo anterior.
3. Se especifican varios legados condicionales.
4. Caso de un legado modal.
5. Reflexiones del reformador de Febrero sobre si vale el legado hecho con demostracion, aunque esta sea falsa.
- 6 y 7. Caso en que el testador lega á dos personas junta ó apartadamente alguna cosa.
8. Del legado de alimentos hecho á los menores.
9. Dificultad suscitada por el reformador de Febrero sobre si legando el testador una casa, se arruinase esta, y reedificase otra en el mismo solar, ¿se deberá ó no esta segunda al legatario? Explicacion de la doctrina relativa á este punto.
10. Modo de deducir los legados gratuitos ó voluntarios.
11. ¿Como se ha de hacer la deducccion cuando el testador teniendo ascendientes ó descendientes legitimos, deja á extraños tantos legados que no caben en el quinto ó tercio?
12. Continuacion del mismo asunto.
13. ¿Si se habrá de hacer la deducccion solamente de los legados genéricos, ó se ha de ampliar tambien á los específicos?
14. La dote no debe compensarse con el legado ó legados que el marido hubiere hecho á su muger.
15. Si la legare los esclavos que recibió estimados en dote, los conseguirá la muger como legado, y tambien su estimacion como parte de dote.
16. Tampoco se debe compensar el débito de los bienes parafernales con el legado.
17. Si el testador hubiere recibido cierta cantidad en dote, y otra mayor en bienes parafernales, y en su testamento dejare á las hijas que tuvo en aquella, mayor suma que las dos