

no debe ser de mejor condicion la incontinencia y lujuria de la viudedad, que la castidad del matrimonio segundo: lo cual no procede para con su marido, segun he dicho en otra parte.

CAPITULO IX.

Observaciones que deberá tener presentes el contador acerca de los hijos legitimados é ilegítimos, para la sucesion testamentaria de sus padres.

- | | |
|---|---|
| <p>1 Razon de tratarse aquí este asunto.</p> <p>2 Los hijos legitimados por el siguiente matrimonio, no se diferencian de los legítimos; y así acerca de ellos debe tener presente el contador quanto se ha dicho acerca de los últimos.</p> <p>3 El legitimado por merced del soberano no puede concurrir con los hijos legítimos á la herencia paterna ó materna.</p> <p>4 Derechos hereditarios del hijo natural. Cuando el padre le deja el quinto para alimentos, y hace además algunos legados, se deducirán estos de dicho quinto, si alcanza para todo; pero si no, se deducirán solamente los gastos del funeral, y no valdrán los legados.</p> <p>5 Diferencia que hay entre el padre y la madre respecto á la sucesion hereditaria del hijo natural.</p> <p>6 No solo puede el padre dejar á sus hijos naturales todos sus bienes, á falta de legítimos, sino tambien el abuelo paterno á sus nietos naturales.</p> <p>7 Lo dicho en los párrafos anteriores</p> | <p>sobre la sucesion de los hijos naturales á su padre y ascendientes paternos, tiene lugar en estos respectos de aquellos.</p> <p>8 Observaciones acerca de los otros hijos ilegítimos llamados espurios.</p> <p>9 El hijo de adúltera, cuando esta incurre por el adulterio en pena de muerte natural, no puede suceder á la madre por testamento ó abintestato.</p> <p>10 El hijo de hombre casado y muger libre, puede suceder á su madre por testamento y abintestato, aunque esta tenga ascendientes legítimos.</p> <p>11 Los incestuosos pueden heredar á sus madres á falta de legítimos por las razones que allí se expresan.</p> <p>12 y 13 Nada pueden heredar de sus padres los hijos de clérigo, fraile ó monja profesa.</p> <p>14 Si el clérigo dejare á su nieto, existente en poder de su padre espurio, el usufruto de sus bienes, no se anulará la institucion, ántes bien percibirá dicho nieto el usufruto.</p> |
|---|---|

1. **H**asta ahora se ha tratado de la division de la herencia del que murió testado entre sus descendientes legítimos. Como á falta de ellos suelen suceder con preferencia á los ascendientes algunos ilegítimos, diré á cerca de estos lo que crea conducente para instruccion del contador, sin repetir la doctrina que dejo sentada sobre esta materia en el libro 2 título 2 capítulo 6, adonde me remito, ciñéndome aquí á lo puramente preciso para seguir la debida serie en los trámites de la particion.

2. En el tomo 1 título 3 capítulo 2, tratando de las legitimaciones se dijo que los hijos naturales pueden legitimarse de dos modos, á saber: 1.º por el siguiente matrimonio de sus padres: 2.º por decreto de los cuerpos legislativos cuya gracia puede alcanzar tambien á los espurios, y entónces se llama *dispensacion*. Esto supuesto, los legitimados por el siguiente matrimonio no se diferencian de legítimos, y así heredan con estos, si los hubiese, tanto por testamento como abintestato, segun se dijo en el libro 2 título 2 capítulo 3, desde el párrafo 2 hasta el 7; y así acerca de estos debe tener presente el contador quanto se ha dicho sobre los legítimos.

3. El legitimado por rescripto del legislador no puede concurrir á la herencia paterna ó materna con los legítimos, segun la ley 12 de Toro, 6 7 tit. 20 lib. 10 Nov. Rec., citada en el capítulo 6 del título 2 libro 2 párrafo 3, la cual dice así: *Si alguno fuere legitimado por rescripto ó privilegio nuestro ó de los reyes que de nos vivieren, aunque sea legitimado para heredar los bienes de sus padres ó madres ó de sus abuelos, y despues su padre ó madre ó abuelos ovieron algun hijo ó nieto, ó descendiente legítimo, ó de legítimo matrimonio nacido, ó legitimado por siguiente matrimonio, el tal legitimado no puede suceder con los tales hijos ó descendientes legítimos en los bienes de sus padres ni madres, ni de sus ascendientes abintestato ni ex testamento; salvo si sus padres ó madres ó abuelos, en lo que cupiere en la quinta parte de sus bienes que podian mandar por su ánima, le quisieren alguna cosa mandar, que hasta en la dicha quinta parte bien permitidos que sean capaces, y no mas.* A falta de descendientes legítimos puede el testador instituir heredero al legitimado por privilegio, aun cuando tenga padre ó ascendientes legítimos, segun dije en el capítulo 6 título 2 libro 2, párrafo 3 y siguientes, porque en este caso el legitimado es tenido por legítimo; á menos que el privilegio de la legitimacion se coarte á suceder *sin perjuicio de los ascendientes*.

4. Tambien puede el padre instituir heredero á su hijo natural no legitimado á falta de legítimos, aun cuando tenga ascendientes, segun se puede ver en el citado capítulo 6, párrafos 10, 11 y 12; de suerte que el hijo natural es heredero absoluto de su padre, mediante su voluntad, y no en otra forma, á falta de legítimos descendientes¹, y de justicia debe darle alimentos en caso de que no tenga con que subsistir. Lo mismo podrá hacer el padre aunque tenga descendientes legítimos, si estos renuncian sin fraude su herencia², porque para el caso es igual no haberlos, que aun cuando los haya no puedan ó no quieran sucederle³. Lo dicho debe tambien entenderse res-

1 Por derecho comun solo se les podia dejar la sexta parte de la herencia.
2 Gre. Lop. en la ley 8 tit. 13 part. 6 gl.
3 Matienz. en la ley 9 tit. 8 lib. 5 R. gl.

1 n. fin.
3 L 1 § Qui habebat. ff. De honor. possess. contra tab.

pecto de la madre cuando hay descendientes legítimos, de modo que existiendo estos, solo pueden dejar al hijo natural el quinto de sus bienes, del cual puede disponer este á su arbitrio, excepto en tres casos, que se especificaron en el citado capítulo 6, párrafo 19; siendo de advertir que si el padre deja á su hijo ilegítimo el quinto para alimentos, y ademas hace algunos legados pios ó graciosos, y el quinto alcanza para todo, se deducirán estos de él; pero si no, sacarán únicamente los gastos de su funeral y entierro, y los legados, aunque sean piadosos, no valdrán, porque el derecho de los alimentos es débito necesario, y no los otros legados¹.

5. La diferencia que hay entre el padre y la madre respecto de los hijos naturales es, que si esta, careciendo de legítimos, no hace mencion de ellos en su testamento, ó los deshereda injustamente, pueden romperle ó anularle del mismo modo que los legítimos. Al contrario si el padre los excluye expresamente de la sucesion á sus bienes, ó los deshereda, á nada tienen derecho ni les compete accion alguna contra su testamento, segun dije en dicho capítulo 6, párrafos 10 y 11. Esta diferencia se funda en tres razones: 1.ª porque está decidido expresamente en derecho que á falta de hijos legítimos sean herederos forzosos ó legítimos de la madre², mas no del padre: 2.ª porque así como la suceden por testamento y abintestato, segun la ley citada, así tambien deben sucederla contra testamento, por la pretericion ó injusta desheredacion: 3.ª porque respecto de su padre son llamados por derecho en cierta parte y porcion solamente, que es en lo que quiera dejarles³; pero respecto de la madre, simple y absolutamente en todos sus bienes, como sus legítimos herederos á falta de descendientes legítimos⁴.

6. No solo puede el padre dejar á sus hijos naturales todos sus bienes á falta de legítimos, sino tambien el abuelo paterno á sus nietos naturales, hijos de hijo legítimo, y á los nacidos de hijo natural, aunque tenga ascendientes legítimos, v. g. bisabuelos; porque si tiene facultad para dejarlos á los hijos, en quienes se supone mas vicio y óbice por la liviandad y torpeza de sus padres, con mayor razon á los nietos, en quienes no se considera tanta⁵; y por consiguiente si se les dejare, los heredarán sin que nadie tenga accion á disputárselos.

7. Lo que queda expuesto en orden á la sucesion de los hijos naturales para con su padre y ascendientes paternos, há lugar en estos respecto de aquellos; por lo que en el mismo derecho y parte en que los hijos y nietos naturales suceden á su padre y abuelo paterno por testamento (y lo mismo abintestato), suceden estos á aquellos,

1 Gom. en la ley 9 de Toro n. 40 al fin.

2 L. 5 tit. 20 lib. 10 N. R.

3 L. 6 del mismo tit. y lib.

4 Gom. en la ley 9 de Toro n. 12.

5 L. fin. Cod. De naturalib. liber. Gomez. la ley 10 de Toro n. 7.

como se prueba por las siguientes palabras de la ley 8 tit. 13 Part. 6, cerca del fin: *Otrosí decimos que en aquella misma manera que el fijo natural puede é debe heredar á su padre en los bienes de él, é aprovecharse de ellos, así como sobre dicho es, que en esa misma manera puede heredar el padre en los bienes del tal fijo, é ayudarse de ellos*: pues así como entre los padres é hijos legítimos es recíproca la sucesion y causa de alimentos, del mismo modo debe serlo entre los naturales¹.

8. Por lo que hace á los otros ilegítimos, que se llaman propiamente espurios, no pueden suceder por testamento ni abintestato al padre, directa ni indirectamente, haya ó nó hijos legítimos; de suerte que ni tienen derecho á pretender la herencia, ni á quejarse de la pretericion, ni aun cuando sean instituidos herederos pueden percibirla, ántes bien pasará á los parientes mas cercanos del difunto². La razon es, porque ademas de traer origen de una cópula reprobada por derecho, no se pueden contar entre los hijos por la incertidumbre de su filiacion; bien que por equidad se les deben los alimentos, como dije en otra parte. Respecto de la madre hay diferencia, pues á falta de hijos legítimos la heredará el espurio, así por testamento como abintestato; excepto en los dos casos que se expresan en dicho capítulo 6, párrafo 15. Mas como allí no se desenvolvió lo bastante esta doctrina, reservando su aclaracion para este lugar, diré lo que se observa acerca de cada uno de estos espurios.

9. Los que nacen de muger casada, ya sea ó no consanguínea del adúltero, no heredarán á sus madres por testamento ni abintestato aunque carezcan de legítimos, y solo podrán legarles el quinto de sus bienes, como lo dice la ley 9 de Toro, ó 5 tit. 20 lib. 10. Nov. Rec.: *Salvo si los tales hijos fueren de dañado y punible ayuntamiento de parte de la madre, que en tal caso mandamos no puedan heredar á sus madres ex testamento ni abintestato; pero bien permitimos que les puedan en vida ó en muerte mandar fasta la quinta parte de sus bienes, y no mas, de la que podian disponer por su alma; y de la tal parte, despues que la ovieren, puedan disponer en su vida ó al tiempo de su muerte los dichos hijos ilegítimos como quisieren. Y queremos y mandamos que entónces se entienda y diga dañado y punible ayuntamiento cuando la madre por el tal ayuntamiento incurriere en pena de muerte natural*. De los siete casos en que la muger casada incurre por el adulterio en pena de muerte natural trata Matienzo³.

10. Siendo hijos de hombre casado y muger libre, aunque si esta es pública concubina suya, merecen ser castigados los dos, pero como

1 Gom. en la ley 10 de Toro n. 7. Gom. Arias en la 9 de Toro n. 7.

2 Véase lo que acerca de esto dije en una nota al párrafo 14 cap. 6 tit. 2 lib. 2 donde hice ver la contradiccion en que incur.

rió Febrero; como tambien otra en cuanto á la obligacion de alimentar el padre á los hijos espurios, segun puede verse en una nota al párrafo 16 del mismo capítulo.

3 En la ley 7 tit. 8 lib. 5 R. gl. 11.

no se les impone pena de muerte, sin embargo de ser ayuntamiento dañado, parecen podrán suceder á sus madres por testamento y abintestato, no obstante que tengan ascendientes legítimos, segun la misma ley 9 de Toro, que así lo ordena. Al padre no pueden suceder sino en el quinto por via de alimentos, porque no son hijos naturales á quienes pueda, á falta de legítimos, dejar sus bienes, sino espurios, por cuanto al tiempo de su generacion y nacimiento estaba imposibilitado de casarse con su madre. Esta es la opinion de varios respetables autores, á la cual me inclino; pues la ley 10 tit. 13 Part. 6, que no está derogada ni corregida por otra posterior, dice terminantemente: *Nascido seyendo de fornicacion ó de incesto ó de adulterio, este atal non puede ser llamado fijo natural, ni debe heredar ninguna cosa de los bienes de su padre:* por consiguiente tampoco podrá este espurio heredar á sus parientes paternos.

11. Los nacidos de hombre y muger consanguíneos, ya sean nefarios ó incestuosos (que es ayuntamiento dañado tambien, aunque no punible como el de la casada), heredarán á sus madres por testamento y abintestato en defecto de legítimos: lo primero, porque por el acceso no incurre en pena de muerte; y lo segundo por la generalidad de dicha ley 9 de Toro, que al principio dice: *Los hijos bastardos ilegítimos de cualquier calidad que sean:* y mas abajo prosigue: *y en caso que no tenga la muger hijos ó descendientes legítimos, mandamos que el hijo ó hijos ó descendientes que tuviere naturales ó espurios, por su órden y grado, le sean herederos legítimos ex testamento y abintestato:* bien que algunos² dicen lo contrario, fundados en la exclusion que de los incestuosos hace la ley 11 tit. 13 Parte. 6, ibi: *Fueras ende si fuese tal hijo como el que llaman en latin incestuoso:* y en la final tit. 18 Part. 7, que impone pena de adulterio á los que sabiendo son parientes cometen el incesto, que es al hombre la de muerte, y á la muger la de azotes, reclusion y pérdida de su dote y arras, excepto que se prostituya á su siervo. Pero yo me adhiero á la opinion de Gomez, porque á mas de la generalidad de la ley 9 de Toro, por la que es visto corregir las de Partida, concurre el que esta ley constituye á los hijos herederos de su madre, cuando por tenerlos no incurrió en pena de muerte: es así que por el derecho de las Partidas no incurre en ella por el adulterio, como el hombre, segun la ley penúlt. tit. 17 part. 7: luego aunque por la final del 18 se la impone la de adulterio, no siendo, como no es, la de muerte, la heredarán, porque se conceptúa haber querido que cada uno

1 Gom. en dicha ley 9 de Toro n. 14 vers. *Tertio infero.*
2 Greg. Lop. en la ley penult. tit. 13 part. 6 gl. 9 vers. *Hodie per leges.* Matienz. en

la 7 tit. 8 lib. 5 gl. 11 ns. 1 y 2. Acev. en ella n. 44. Velazquez de Avendañ. en la 9 de Toro gl. 2 n. 4 y gl. 8 n. 8, y allí Tello n. 6.

sufriese la que por este delito le estaba impuesta, y no precisamente la de muerte, como el hombre. A su padre sucederán por testamento en el quinto, como cualquiera extraño; mas no abintestato, porque sin dispensacion no podia casarse con su madre al tiempo que los procreó, ni les concede derecho á sus bienes¹.

12. Los hijos de clérigo ordenado *in sacris* en nada deben suceder por testamento ni abintestato á sus padres, ni tampoco haber de ellos ni sus parientes cosa alguna por via de legado y donacion, ni aun con título de venta que les hagan, ni por consiguiente ser sustituidos pupillarmente de otro hijo legítimo impúbero, porque esta sustitucion es segunda institucion directa, segun se prueba de las leyes 4 y 5 tit. 20 lib. 10 Nov. Rec. Y aunque el padre diga en su última disposicion que les deben frutos, dinero ú otra cosa, no estan obligados sus herederos á entregársela, excepto que lo acrediten por otro medio legal, por que se presume que lo hace por beneficiarlos, perjudicar á sus herederos, y defraudar la ley². Esta prohibicion no se amplía á los hijos de clérigo de menores que goza beneficio eclesiástico, porque dejando y perdiendo el beneficio, puede casarse con su madre, y por el coito no se impone pena civil á uno ni otro, como dice Matienzo³ citando otros, y es lo corriente. El nieto de clérigo *in sacris*, hijo legítimo y natural de su hijo espurio, bien puede ser instituido (ya su padre viva, ó esté muerto) por el clérigo su abuelo, no siéndolo por contemplacion de su padre, porque esta ley habla solamente de los hijos, y no se extiende á los nietos⁴.

13. Asimismo no pueden heredar cosa alguna de sus padres los hijos de monjas, frailes y freiles profesos, segun previene la citada ley 5 tit. 20 lib. 10 Nov. Rec.; y de consiguiente tampoco deberán llevar cosa alguna de sus parientes por testamento, abintestato, ni por contrato⁵, como se prueba de la expresada ley 9 de Toro, que manda se observe con los hijos de estos lo que la próxima inserta ordena acerca de los de clérigos. De modo que los hijos ilegítimos ó espurios en todos casos pueden heredar á sus madres, excepto en tres: el primero, si tienen hijos legítimos: el segundo, si la madre por tenerlos ilegítimos incurre en pena de muerte; y el tercero, si son hijos de monja profesas: con la advertencia, de que en los dos primeros les pueden dejar el quinto, pero en el tercero nada.

14. Si el clérigo deja á su nieto, existente en poder de su padre espurio, el usufruto de sus bienes, parece que no valdrá la disposi-

1 Com. ibi vers. *Patri vero.*

2 L. 3 tit. 14 part. 3. L. *Qui testam.* 27 ff. *De probat.*

3 Gl. fin. de la ley 7 tit. 8 lib. 5 R.

4 Covar. cap. 8 § 5 n. 14. Cifuent. en la ley 9 de Toro n. 7. Gom. en ella n. 17. Ma-

tienz. en la 6 tit. 8 lib. 5 gl. 8 n. 24. Dueñ. regul. 36 limitat. 2 al fin.
5 L. 2 § 1 ff. *De admin. test. ad civit. pertinent.* ley *Sed plures*, § *In arrogato*, ff. *De vulgar. et pupillar. substitut.*

cion estando el nieto bajo la patria potestad, porque siendo su padre incapaz de haberlo por su propia persona, del mismo modo lo será por interposicion de otra. Sin embargo, lo cierto es que la institucion no se anula, ni el padre adquiere para sí el usufruto, ántes bien lo hace suyo el nieto, por ser visto y presumirse que el tertador así lo quiso y dispuso, para que fuese valedero, y no inútil el acto: porque aunque por derecho antiguo todo cuanto adquiria el hijo era para su padre, y nada podia 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 usufruto solamente, á ménos que lo prohíba el testador ó donante¹; por lo que, no pudiendo adquirirlo el padre por su incapacidad, lo adquiere el hijo, y en él se queda por tácita voluntad del testador². De suerte que los nietos del hijo espurio, quiero decir, que el procedente de la 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 espurios³ (*).

¹ Authent. *Excipitur*. Cod. *De bonis quae liber.*
² Paul. in leg. *Gallus*. § *Quid si his. ff. De liber. et posthum.* Gom. en la ley 9 de Toro n. 17 vers. *Sed dubium*. Matienz. en

la 6 tit. 8 lib. 5 gl. 8 n. 25.
³ Lara *Compendio vitae homin.* en el cap. 5.
 (*) Acerca de los hijos adoptivos véase lo que se dijo en el cit. cap. 6, párrafos 8 y 9.

CAPITULO X.

Observaciones acerca de la sucesion por testamento de los ascendientes á sus legítimos descendientes. ¿De qué 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 debe 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. Así como son herederos forzosos de los ascendientes sus descendientes legítimos, lo son aquellos de estos, no solo abintestato sino por testamento¹; 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 prueba de la ley 6 de Toro, que es la 1 tit. 20 lib. 10 Nov. Rec. que su primera parte dice: *Los ascendientes legítimos por su orden y línea derecha sucedan 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 ascendientes²: 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 abintestato, se atiende á la prerogativa del grado y proximidad del parentesco³, 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

¹ *L. Nam et si parentibus*. Cod. *De inoffic. testam.* et ibi *Barbos*. Authent. *De haereditibus et falcidia*, § 1 collat. 1 y Authent. *Ut cum de appellatione*. § *Illud quoque capitulum*. collat. 8. *Guerreir. De divis.* lib. 3 cap. 1 n. 2. Gom. lib. 1 *Var.* cap. 4 n. 7 vers. *Nec obstant*.
² Matienz. en la ley 1 tit. 8 lib. 5 R. gl. 3

n. 7 y gl. 5 n. 1. Gom. en la ley 6 de Toro n. 8 vers. *Sed is non obstantibus*. *Greg. Lop.* en la ley 4 tit. 13 part. 6 gl. 2. *Avenidañ.* en dicha ley 6 de Toro gl. 6 n. fin.
³ *L. 6 de Toro* que es la 1 tit. 20 lib. 10 *N. R.* ibi. *Por su orden y línea derecha*, y ley 4 tit. 13 part. 6.

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 acostumbra tornar los bienes al tronco, ó la raiz á la raiz.* Este punto se trató con extension en el libro 2 tit. 2 capítulo 9, desde el párrafo 43 al 47, donde podrá enterarse el partidor cuando ocurra algun caso.

4. Entre los ascendientes no tiene lugar la representacion quando se trata de suceder á sus descendientes, ni la transmision 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 transmision: 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 capitulos 7 y 9, á donde 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 qualquiera última voluntad, por su alma ó en otra cosa qual 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 descendientes ó á extraño: 2.ª si el hijo que está bajo la patria potestad podrá disponer del tercio de sus bienes en propiedad y usufruto, 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 libro 2, párrafos 5, 6 y 7; y procediendo á explicar la tercera, es preciso ántes saber lo que se entiende por gas-

tos 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 cadáver, 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 sepultarlo, la conduccion del cadáver 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, carácter, 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 calidad¹, 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, alimentos del enfermo &c., porque los hizo en vida, y no se causaron con motivo de su muerte, ni despues de acaecida esta; por lo que se deducirán del cuerpo de su caudal, al modo que las demas deudas que contrajo ántes de caer enfermo; bien que aunque no son funerarias, ocuparán el primer lugar despues de estas los acreedores á quienes compete el percibo de su importe, sin embargo de que otros sean anteriores y privilegiados².

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 gravámen ni descuento alguno, como legítima suya que por derecho positivo les pertenece³. La otra 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 pro-

¹ LL. 12 tit. 13 part. 1, y 30 al fin. tit. 13 part. 5. L. *Et si quis.* 14 §§ 3, 4 y 6, y ley *funeris sumptus*, 37 fi. *Relig. et sumptib. funer.*
² Acast. *De privil. cred.* reg. 2 ampliat. 1 n. 20 y 21. Ayor. *De partit.* part. 2 q. 12.
³ Castell. en la ley 6 de Toro verb. *Por su*

alma. Gutier. en la ley *Nemo potest.* n. 93 y lib. 2 *Pract.* q. 71. Angul. *De meliorat.* en la ley 13 tit. 6 lib. 5 gl. 3 n. 2. Matienz. en la 1 tit. 8 lib. 5 gl. 8 n. 2. Covar. in cap. *Raynaldus*, § 3 n. 2 al medio. Tello en la ley 30 de Toro n. 6.

porcion, como interesados en su respectiva cuota de herencia, porque el entierro y lo anexo 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 dictámen es Garcia¹ 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 dictámen en la citada ley 30.

8. Adhiriéndome á esta última opinion por las razones del mismo Garcia, y sin embargo de la autoridad del sr. 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 dictámen 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 quebrantaria la ley, se daria 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 así 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 ántes que ellos.

¹ De expensis. cap. 8 no. 49 y 50.

CAPITULO XI.

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.

- | | |
|---|--|
| <p>1 Controversia suscitada por el reformador de Febrero sobre el legado á dia cierto.</p> <p>2 Explicacion de las dificultades que se ofrecen acerca de la doctrina del párrafo anterior.</p> <p>3 Se especifican varios legados condicionales.</p> <p>4 Caso de un legado modal.</p> <p>5 Reflexiones del reformador de Febrero sobre si vale el legado hecho con demostracion, aunque esta sea falsa.</p> <p>6 y 7 Caso en que el testador lega á dos personas junta ó apartadamente alguna cosa.</p> <p>8 Del legado de alimentos hecho á los menores.</p> <p>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.</p> <p>10 Modo de deducir los legados gratuitos ó voluntarios.</p> <p>11 ¿Cómo 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?</p> <p>12 Continuacion del mismo asunto.</p> <p>13 ¿Si se habrá de hacer la deducccion solamente de los legados genéricos, ó se ha de ampliar tambien á los específicos?</p> <p>14 La dote no debe compensarse con legado ó legados que el marido hubiere hecho á su muger.</p> <p>15 Si la legare los esclavos que reci-</p> | <p>bió estimados en dote, los conseguirá la muger como legado, y tambien su estimacion como parte de dote.</p> <p>16 Tampoco se debe compensar el débito de los bienes parafernales con el legado.</p> <p>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 recibidas, mandando que se contentasen con ella por todo lo que debian haber, valdrá y se compensará el legado con la dote y bienes parafernales de su madre hasta en lo que alcance.</p> <p>18 Tampoco tiene lugar la compensacion de las arras con el legado del quinto ú otro que el testador hiciere á su muger.</p> <p>19 Ni se ha de compensar el legado hecho á la muger con la mitad de gananciales que la corresponden.</p> <p>20 Si el padre hubiere hecho algun legado á su hija en tiempo que todavía no podia casarse por falta de edad, no se debe decir que fué con ánimo de compensarlo con la dote que debia darla cuando tuviese edad nubil; y así no se compensará con esta.</p> <p>21 Si el marido lega á su muger todos sus vestidos y joyas, no se entiende que se los manda dos veces en caso que no esten destruidos los que la tenia entregados al tiempo de hacer la manda.</p> <p>22 No solo se comprenden en el legado general de vestidos los que el testador tenia al tiempo de legarlos, sino tambien los que estaban cor-</p> |
|---|--|