

se lo pueda embargar padre ni madre, ni otro pariente. Y aunque algunos AA. fundados en ella, y en la 9. del mismo tit. y lib. que dice: *que si marido y muger hicieron hermandad de bienes despues de el año de casados, valga la hermandad, no teniendo hijos*; afirman que si hicieron pacto de sucederse los conyuges muriendo sin legitimos descendientes, valdrá el pacto, y no podrán anularlo, ni reclamarlo el padre, ni la madre del difunto, no me parece acertada sin embargo esta opinion. Lo primero, porque el nombre de heredero es un honor (1), y los hijos deben dar este y otros honores á sus padres, como se lo manda Dios en muchos lugares de la Escritura. Si les privasen por este medio de la herencia, lejos de honrarlos, se les exheredaba, é injuriaba sin causa. Lo segundo, porque se graduaria como donacion entre marido y muger, ó de pacto *ad idvicem succedendo*, que por derecho están reprobados. Esta hermandad, y comunicacion de bienes sola valen en dos casos que explicaré en su lugar. Y lo tercero, porque las leyes de los Fueros tienen fuerza de tales solamente en donde son usadas, y guardadas, como lo ordena la 1. de Toro.

66 De esta legal disposicion nacen dos dudas: una si los gastos del funeral, y entierro del Testador se han de sacar del tercio ó del cuerpo de bienes: y otra, si el hijo que está baxo de la patria potestad, puede disponer del usufruto del tercio de sus bienes adventicios, al modo que de la propiedad, ó ha de quedar reservado para su padre durante su vida. Acerca de la primera dicen unos que deben deducirse del tercio por las mismas razones que del quinto, habiendo descendientes, y que solo se deben entregar las otras dos partes á los ascendientes como legitima suya sin descuento, ni gravamen; de cuya opinion son Castillo, Gutierrez, Angulo, Matienzo, y otros varios (2). Otros defienden que se han de bajar del cuerpo de caudal, porque el entierro, y lo anexo á él es deuda que el hombre contrae por el mismo hecho de nacer, á cuya solucion están sujetos, y responsables todos sus bienes

(1) Ley Filium, §. Si legata, ff. de Legat. præstand. Montalv. en la ley 1. tit. 6. lib. 3. del Fuero Real, verb. Padre, ni madre. (2) Cast. en la ley 6. de Toro, verb. Por su alma. Gut. repet. Leg. Nemo potest, n. 93. y lib. 2. pract. quæst. 71. Angulo de Melior. en la ley 13. tit. 6. lib. 5. R. glos. 3. n. 2. Mat. en la 1. tit. 8. lib. 5. R. glos. 8. n. 2.

sin distincion, y que el residuo debe dividirse entre el ascendiente, y el legatario del tercio: de este dictámen es Garcia de expensis cap. 8. n. 49. y 50. y añade que Castillo se retrahta del suyo.

67 Para saber qual de las dos opiniones debe seguirse, es preciso explicar qué se entiende por funeral, ó qué gastos de los que ocasiona la muerte de los hombres, se comprehenden en él; y digo que por funeral se entiende el hábito en que se amortaja el cadáver; la cera que se gasta en la casa del difunto mientras está de cuerpo presente, y en la Iglesia interin se canta la Vigilia y Misa; la limosna de éstas, y su responso; los clamores, la sepultura, el atahud, la conduccion del cadáver á la Iglesia, el velarlo, y amortajarlo, y algunas otras cosas necesarias, sin las cuales no puede hacerse el entierro. Estos gastos son privilegiados á qualesquiera deudas del Testador, mas siendo excesivos, se han de moderar por el Juez de su domicilio, atendida su calidad, y haberes (1); pero no se incluyen en el nombre de funeral los lutos, y asi cada heredero pagará el suyo de su parte de herencia; porque cede en su privativa utilidad, y no en la de el legatario, del quinto ni tercio (2). Tampoco se incluyen las expensas de la última enfermedad hechas en medicinas, Médico, Cirujano, alimento, &c. porque quando el enfermo murió, ya las tenia hechas, y no se contraxeron con motivo de su muerte, por lo que se deducirán del cuerpo de bienes como otros qualesquiera débitos contrahidos por el Testador durante su vida; bien que aunque no son funerarias, se graduarán despues de las que lo sean, y los interesados en ellas se preferirán á todos los demas acreedores sin embargo de su anterioridad, y privilegio (3); de lo qual trataré mas latamente en el lib. 3. de mi segunda parte.

68 Esto supuesto, los gastos del funeral y entierro deben deducirse del cuerpo de bienes, porque no hablando la ley 30 de Toro sino del quinto, debe estarse á lo literal de sus palabras. Si la ley hubiera querido gravar el tercio con semejan-

(1) Leyes Et si quis 14. §. 3. 4. y 6. y Funeris sumptus 37. ff. de Religios. & sumptib. funer. 12. tit. 13. Part. 1. y 30. al fin. tit. 13. Part. 5. (2) Ayora de Partit. part. 2. quæst. 12. Tello Fernand. en la ley 30. de Toro. (3) Acosta de Privileg. cred. reg. 2. ampliati. 1. n. 20. y 21. Ayora de Partit. part. 2. quæst. 12.

tes gastos, lo hubiera expresado. Por otra parte merece mucha consideracion la diferencia que hay entre la legítima de los descendientes, y la de los ascendientes. La primera es de derecho de naturaleza, y la segunda de derecho positivo. Las relaciones que median entre unos y otros son tambien muy diversas. Los ascendientes no gozan del derecho de representacion porque repugna á la naturaleza, ni entre ellos ha lugar la colacion, ni otras cosas que pertenecen propriamente á los descendientes (1). De aqui se infiere, que siendo la legítima de éstos mas privilegiada que la de aquellos, debe quedar siempre libre, quando la otra que no es de derecho natural puede ser gravada con un gasto que la ley, segun se reconoce por su silencio, no quiso cargar sobre la parte de bienes de que permitió disponer á los descendientes que estuvieren baxo la patria potestad. Fuera de esto, los referidos gastos son una deuda natural, que de justicia se paga á la Iglesia por dar sepultura al cadáver; y como no se llama herencia sino lo que queda despues de satisfechas las deudas, de aqui se sigue, que asi como no puede negarse que los bienes del difunto son responsables á los gastos de su entierro, asi tambien es indubitable que no habrá herencia hasta que esten satisfechos todos los que en él ocurran.

69 Hay otra razon bastante poderosa, en que se funda mi modo de pensar, y es el mayor derecho que tiene la Iglesia á percibir los gastos del entierro, respecto de los acreedores convencionales; y como los créditos de éstos se pagan del cuerpo de bienes, y no del tercio, síguese que tambien aquellos gastos deben salir del mismo cuerpo, y no del tercio, fuera de que la Iglesia tiene por derecho (2) la preferencia sobre todos los acreedores de qualquier naturaleza que sean para ser pagada. Pero las Misas, legados, y todo lo demas que el Testador disponga, se han de deducir del tercio, porque estos gastos son voluntarios, y los del entierro forzosos, y de derecho público: y asi aunque el Testador prohiba que se le

(1) Leyes Scripto 7. versic. fin. ff. Unde liberi. y Nam & si parentib. 15. ff. de Inofficios. Testam. Mat. en la ley 1. tit. 8. lib. 5. R. glos. 3. n. 11. al 15. (2) Leyes 12. tit. 13. Part. 1. 30. al fin. tit. 13. Part. 5. penult. ff. de Religios. & sumptib. funer. y fin §. In computatione 9. Cod. de Jure de liberandi, y §. fin. Institut. de lege Falcidia.

entierro, ó se paguen, no será obedecido. La ley 6. de Toro le permite disponer del tercio por su alma, ó en lo que quisiere, y respecto que usa de ella, debe observarse su disposicion, aunque mande lo contrario. De no hacerse asi se infringiria la ley, se daria al Testador mas potestad que la que ésta le concede, y se equipararian los gastos del entierro, de que la ley no trata, con los de las Misas y legados, en que le da facultad para invertir el tercio expresamente.

70 En quanto á la segunda duda estan discordes tambien los pareceres de los AA. Unos fundados en estas palabras de la ley 6 de Toro: *En la tercera parte de sus bienes puedan disponer los dichos descendientes*, afirman que el descendiente puede disponer en propiedad y usufruto de sus bienes adventicios, porque el Testamento no adquiere fuerza hasta que se verifica la muerte del Testador, y entonces se consolida el usufruto con la propiedad, sale el hijo de la patria potestad, que es la que le da al padre el usufruto de sus bienes con obligacion de alimentarlo, y educarlo. Cesando ésta, debe cesar el usufruto, pues teniendo para testar la edad que prescribe el derecho (1), no necesita de la licencia paterna, que por el mismo hecho le confiera la ley, y el padre no podrá disponer del usufruto si fallece antes que su hijo, á causa de no tener dominio en él. De esta opinion son Gomez y Colon (2), y en práctica lo he visto asi.

71 Los que siguen la contraria, dicen que el usufruto ha de quedar reservado al padre durante su vida, que sin su licencia no puede el hijo disponer de él; y para que pueda, es buena advertencia, que se la conceda amplia para todos, y qualesquier Testamentos, porque de lo contrario no podrá revocar el primero, ni ordenar otro, y si lo hace, será nulo, y el primero firme. Las razones en que se fundan son las siguientes. Que aquella comision, y facultad se entiende únicamente para el primer acto: Que la ley 6. de Toro no favorece tanto á los hijos, mayormente no habiéndose expresado como no se expresó en ella, y que supuesto este silencio, debe ceñirse á la disposicion del derecho comun, que dice: *que el*

(1) Ley 4. tit. 18. lib. 10. N. R. (2) Gom. en la ley 6. de Toro, n. 12. Colon en su instruc. jurid. lib. 2. cap. 8. n. 3.

padre goce el usufruto por los dias de su vida: De este dictamen es Sigüenza (1), citando en su apoyo diferentes AA. de la mayor nota.

72 Lo cierto es, que el hijo estando baxo de la patria potestad, no tiene dominio en el usufruto, segun la ley 5. tit. 17. Part. 4.:: *Ca de las ganancias*, dice, que ficiese el fijo por qualquier de estas maneras, que non saliesen de los bienes del padre nin de su abuelo, debe ser la propiedad del fijo que las ganó, é el usufruto del padre en su vida, por razon del poderío que ha sobre el fijo. Inferese pues de estas palabras, que si no es dueño de él, no podrá disponer ni aun por Testamento á beneficio de otro en perjuicio de su padre, pues si no vale la enagenacion que hace por contrato entre vivos, aunque sea únicamente por la vida del cesionario, tampoco debe valer por Testamento, ni entenderse incluido en el tercio de sus bienes, de que habla la ley 6. de Toro. Dicese que el hijo por su muerte sale de la patria potestad. Este es un error, porque ya no existe. Para decir propiamente que sale un hijo de la patria potestad, es indispensable que exista y que pase á otro estado, ó bien por emancipacion, por casamiento, ó por tener la edad que ha fixado la ley para hacerlo libre. Entonces adquiere en la Sociedad una consideracion que no tenia. Es un Ciudadano independiente de su padre, que se ha hecho capaz como él de usar de su persona y de sus bienes de la manera que mas le convengan, excepto en aquellos casos en que la ley ha querido conservar el dominio paternal, á fin de que los hijos no se hagan tan suyos que desconozcan la autoridad de la persona á quien deben su existencia. En vista de estas razones, parece no queda duda en que el hijo está incapaz, é inhábil de disponer del usufruto.

73 Sin embargo, atendiendo á que la ley 5. de Toro, (que es la 4. t. 18. l. 10. N. R. posterior á la de Partida) hace al hijo *sui juris*, para que pueda testar teniendo la respectiva edad de 12, ó 14 años, aunque esté baxo de la patria potestad, del mismo modo que si estuviera fuera de ella, como se prueba de su contexto:: *El hijo, ó hija que está en poder de su padre, seyendo de edad legitima para hacer Testamento, pue-*

(1) Sigüenza de Clausulas lib. 2. cap. 1. n. 17. 18. y 19.

da hacer Testamento, como si estuviese fuera de su poder, á que la de Partida fue establecida en tiempo que los hijos no se eximian del poder de sus padres, aun estando casados y velados, y que de consiguiente no podian testar; soy de sentir que puede disponer en propiedad y usufructo del tercio de todos sus bienes, pues lo acesorio sigue lo principal, y así se practica.

74 Por lo que hace á los bienes *castrenses*, que son los que adquiere en la Corte sirviendo al Rey, ó en la guerra; y á los *quasi castrenses*, que son los que ganan los Maestros de qualquiera ciencia, los Jueces, Abogados, Escribanos del Rey, y otros semejantes, por razon de sus oficios, como tambien toda donacion de heredad, ú otra cosa que el Rey, ú otro gran Señor les hace, podia disponer libremente en propiedad y usufructo, segun la ley 6. tit. 17. Partid. 4. Estas son sus palabras:: *E aún porque tales ganancias como estas facen los omes con gran trabajo, é con gran peligro, é porque las facen en tan nobles lugares, por ende son quitamente de los que las ganaron, é son mas franqueadas que las otras ganancias: cá los dueños de ellas pueden facer de estos bienes á tales lo que quisieren, é non han derecho en ellas, nin gelas pueden embargar padre, nin hermano, nin otro pariente que hayan.* La ley 7. siguiente que habla de los *quasi castrenses*, dice al fin:: *Cá tales ganancias como estas son quitamente de aquellos que las ficeron, así como de suso diximos.* Pero despues estableciéndose por la ley 6 de Toro el orden de sucesion de los ascendientes legítimos á sus descendientes, se declaró debian sucederles en todos sus bienes de qualquier naturaleza que fuesen, y permitia á los descendientes que pudiesen disponer de la tercera parte por su alma, ó en otra cosa qual quisieren. De consiguiente no teniendo hijos descendientes legítimos que hayan derecho de les heredar, no pueden testar ni disponer hoy mas que en el tercio. Esto mismo se confirmó en el art. 17. trat. 8. tit. 11. de las Ordenanzas Militares impresas en 1768. *Todo Militar, dice, podrá testar sin licencia de su padre de los bienes castrenses, no solo estando en campaña, sino fuera de ella, y aun en la casa de su propio padre al tiempo de otorgar el Testamento; con advertencia de que nunca pueda perjudicar al heredero forzoso, dexando á otro los bienes castrenses, excepto el tercio de ellos, de que puede disponer á favor de quien quisiere en perjuicio de sus*

padres y demas ascendientes, ó el quinto en perjuicio de sus hijos y otros descendientes. Vease acerca de este punto á Greg. Lop. en la citada ley 6. tit. 17. Part. 4. glosa 8. versic. *Hodie* hasta el fin.

75 Si los descendientes legan el tercio de sus bienes á alguno de sus ascendientes, pueden consignarlo en cosa cierta y determinada. *Antonio Gomez*, en la ley 19. de Toro, n. 3. No asi legandolo á estraños, para no gravar la legítima de los ascendientes, consistente en las dos terceras partes en que suceden, como se gravaria si tuviesen libertad de escoger una parte de sus bienes en favor de la persona á quien legasen el tercio.

76 Están persuadidos algunos Escribanos que el Legatario del tercio, aunque sea extraño, es heredero del descendiente igualmente que su ascendiente, y baxo este concepto ordenan la cláusula de institucion, nombrando á ambos por sus herederos en su respectivo haber en esta forma: *Instituyo por mis herederos á Pedro mi padre en las dos terceras partes, y á Juan mi criado en la otra tercera de todos mis bienes, para que los hayan y hereden, &c.* pero no solo es un error hacer la institucion en estos términos, sino llamarle heredero al Legatario. Lo primero, porque con los ascendientes y descendientes legítimos ningun extraño puede ser establecido por heredero, como lo dice la ley 7. tit. 1. Part. 6. la qual aunque no habla sino de descendientes, se debe estender á los ascendientes, porque la 6. de Toro manda que sean sus herederos legítimos, y les sucedan igualmente *ex testamento y ab intestato*. Lo segundo, porque si el ascendiente repudiára la herencia, la percibiria íntegra por derecho de acrecer el Legatario como heredero particular, quando segun la ley debe pasar á los demas herederos *ab intestato* del descendiente, estimandose por no hecho el Testamento en el efecto. Y lo tercero, porque si entre Legatarios no hay derecho de acrecer, á menos que el Testador legue á dos ó mas juntos una misma cosa, que entonces si alguno de ellos renuncia su parte, ó muere ántes que el Testador, ó acaece otro motivo que le obste su percibo, se acrecerá á los demas (1); con mucha me-

(1) Ley 33. tit. 9. Part. 6.

nor razon podrá haberlo entre heredero legítimo, y Legatario extraño. De consiguiente es impropio el nombre de *heredero*, y muy propio y adecuado el de *Legatario*. El tercio en este caso es *legado*, y *mejora* entre herederos forzosos instituidos. Con este conocimiento tendrá el Escribano particular cuidado de poner los legados en cláusula separada, no comprendiendo por ningun caso á los Legatarios baxo el nombre de herederos.

77 Hijos ilegítimos son los que no nacen de matrimonio, celebrado segun las disposiciones del derecho civil y canónico, y por lo mismo no goza (regularmente hablando) de las honras y bienes de sus padres y demas ascendientes (1). Se dividen en dos clases, á saber: *naturales*, y *espurios*. Los naturales son de condicion menos mala que todos, y por tales son reputados aquellos que nacen de hombre y muger libres; esto es, que al tiempo de su concepcion ó nacimiento podian casarse sin dispensacion, por no estar ligados con impedimento canónico (2), en qualquiera de los dos tiempos. A estos hijos deben criar y dar alimentos no solo sus padres y madres, sino sus abuelos y demas ascendientes por ambas líneas (3).

78 Para que en el legal concepto se estimen por hijos naturales, debe su padre reconocerlos por tales, en caso que no haya tenido en su casa, ni sido una sola la muger en quien los hubo, porque si la tuvo en ella, ó fué sola, y reconoció uno de ellos, no necesitan los demas ser reconocidos, como se prueba de la ley 11. de Toro, que es la 1. t. 5. l. 10. y dice: *Ordenamos y mandamos que entonces se digan ser los hijos naturales, quando al tiempo que nacieron, ó fueron concebidos, sus padres podian casar con sus madres justamente sin dispensacion, con tanto que el padre lo reconozca por su hijo, puesto que no haya tenido la muger de quien lo hubo en su casa, ni sea una sola; cá concurriendo en el hijo las qualidades susodichas, mandamos que sea hijo natural*. Estos hijos gozan de la

(1) Præm. y leyes 1. y 3. tit. 15. Part. 4. (2) Greg. Lop. en la ley 1. tit. 15. Part. 4. glos. 2. Covar. de Sponsalib. part. 2. cap. 8. §. 5. n. 18. Matienz. en la ley 9. tit. 8. lib. 5. R. glos. 2. n. 5. (3) Leyes 1. y 2. tit. 15. y 5. tit. 19. Part. 4. y 11. al fin, tit. 13. Partid. 6. Ferraris Biblioth. verb. Filius.