

mente; no obstante, la enmienda ha de hacerse antes que el juez apruebe la particion, pues una vez aprobada no se les permite ya hacer variacion alguna, por quanto espiraron su oficio y facultades."

§ XV.

¿QUIÉNES PUEDEN NOMBRAR LOS CONTADORES-PARTIDORES?

De lo dicho en todos los anteriores párrafos se colige perfectamente, quiénes tienen tal facultad; por esto y evitando superfluas redundancias, no me vuelvo á ocupar en designarlos. Pasemos adelante. Examinemos en el capítulo siguiente qué bienes deben traerse á colacion, é igualmente hablemos de los reservables.

CAPÍTULO V II.

COLACION Y BIENES RESERVABLES.

Lo dicho hasta aquí da bastante idea de lo que conviene y es menester tener presente para dividir entre los hijos ó herederos, una herencia; solo me resta explicar lo que debe traerse á colacion y particion: mas para saber esto necesitamos investigar. ¿Qué es colacion? ¿Cuál el motivo porque trato de ella? ¿Cuándo y en que casos deberá hacerse la colacion? ¿En qué casos no deberá hacerse? ¿De cuántos modos puede hacerse la colacion? ¿Qué circunstancias son necesarias para que tenga lugar la colacion? ¿Quiénes están obligados á hacerla? ¿Quiénes no lo están? Lo haremos en otros tantos párrafos.

§ I.

¿QUÉ ES COLACION?

La colacion es una comunicacion ó agregacion que los descendientes legítimos, que son herederos, hacen á la herencia ó cuerpo del caudal paterno ó materno de los bienes que sus padres les dieron, para que despues se dividan todos legalmente entre ellos.

§ II.

¿CUÁL EL MOTIVO POR QUE TRATO DE ELLA?

Dúdase si han de imputarse en la parte de la legítima las donaciones ó gastos que hacen á veces los padres, cuando cumpliendo con uno de los objetos de la patria potestad, ponen en estado á algunos de sus hijos ó los dedican á la carrera militar ó literaria, sin espresar si lo hacen á cuenta de sus legítimas; ó si estos gastos han de considerarse como donaciones simples, procedentes de mera liberalidad; y de consiguiente, si son ó no colacionables, suscitándose con este motivo pleitos que disminuyen mucho ó aniquilan del todo las herencias. Estas dificultades que juzgan los autores, hay en esta materia y yo opino no existen; las razones en que me fundo, y el deceso de evitar que se divague en esta materia, son los motivos porque me ocupo de ella en este lugar.

Al hablar en su respectivo lugar, de los objetos de la patria potestad; vimos que eran los principales, la crianza, conservacion, educacion y establecimiento de los hijos; y en consecuencia, todo

lo que se gaste en cumplir con estos fines es encumplimiento de un deber de los padres; y por lo mismo, no deben los hijos ser defraudados por esto en sus derechos hereditarios; pues de lo contrario, habríamos de decir, o que al padre se le quitaban los medios de cumplir con el deber de educar, y establecer á sus hijos, haciendo que á estos se rebajasen aquellos medios, esto es, aquellos gastos cosa que ni permitiría un padre; ó que los hijos no podrían ser criados, educados y establecidos, sino con disminucion de sus derechos. Lo primero sería un absurdo, pues se exigiria llegar á un fin, sin proporcionar y sí quitar los medios de conseguirlo: y lo segundo sería una injusticia, pues lo es el exigir al hijo que satisfaga con sus bienes lo que no debe, esto es, lo gastado en cumplir con un deber que no le toca. Debe inferirse de lo dicho: 1.º que no hay cuestion, si se atiende á los principios del derecho natural, en la materia que me ocupa; 2.º que si la hay, es emanada de la confusion de ideas que reina en los jurisconsultos, y de la inesactitud de la ley, propia de la época, circunstancias y creencias del tiempo en que se dio; 3.º que si como es cierto, existe tal confusion, es emanada del orgullo de los autores, semejante á la de Babel, con esta diferencia sin embargo, que en esta el orgullo produjo la confusion y en la de los autores la confusion misma aumenta el orgullo; 4.º que como se ve, no debe rebajarse de la herencia, á los hijos, lo gastado por sus padres en educarlos, darles carrera y establecerlos; 5.º y último que con lo dicho basta para evitar se esparsan tales errores tan trancedentales en sus efectos proximos y aun remotos.

§ III.

¿CUÁNDO Y EN QUÉ CASOS DEBE HACERSE LA COLACION?

La colacion debe hacerse en tres casos, muestra testado ó intestado el donante; 1.º cuando el testador ascendiente, mandó espresa y terminantemente al hijo ó hija, que la hiciese de lo que habia dado. 2.º cuando por conjeturas aparece que la voluntad del padre fué, que los bienes que habia donado, se colacionasen. 3.º cuando se duda si el padre lo quizo, ó no, pues entonces, segun varios autores, debe presumirse que quizo mas bien anticipar al hijo en vida su legítima, que ser liberal con él, induciendo desigualdad entre los demas.

§ IV.

EN QUÉ CASOS NO DEBERÁ HACERSE?

„No deberá hacerse la colacion, dice Febrero, si el padre la prohibiese espresamente: debiéndose esto entenderse siempre que segun nuestro derecho, no se cedan los bienes donados de lo que puede tocar al donatorio por su legítima y mejora; pues habiendo exeso deberá hacerla del importe de ésta y restituirlo. No se imputarán por legítima ni mejora las donaciones ó gastos que tengan por objeto el ir á la guerra ó estudiar, ó seguir otra carrera de honor, y util á la familia y al Estado; pues estos estan escentos de la colacion;” como probé en el párrafo segundo. Leyes 26 y 29 de Toro.

§ V.

¿DE CUÁNTOS MODOS PUEDE HACERSE?

Los principales son los tres siguientes: 1.º por manifestacion: que es, presentando el donatorio la misma cosa que percibió, si existe y puede colacionarla. 2.º por liberacion: que es cuando solo se le prometió la cosa y no se le entregó. 3.º por imputacion que es contarle ó imputarle en su haber la cosa colacionada, para que perciba de la herencia otro tanto menos, cuanto fuere el importe de aquella, á causa de no poder manifestarla por no existir, ó por carecer de facultad para su manifestacion, como sucede en la dote de que está posecionado el marido; pues la muger se halla imposibilitada de verificarlo, y este es el modo mas frecuente.

§ VI.

¿QUÉ CIRCUNSTANCIAS SON NECESARIAS PARA QUE TENGA LUGAR LA COLACION?

Para que se verifique la colacion, dice Ecriche son necesarias las circunstancias siguientes: 1.ª, que el que pide la colacion, y aquel á quien se pide, sean hijos ó descendientes legítimos del difunto: 2.ª que vengan á suceder como herederos y no como legatarios ó fideicomisarios: 3.ª que los bienes cuya colacion se pretende procedan del patrimonio de la persona á quien se hereda: 4.ª que estos mismo bienes se hayan recibido por el donatorio, en vida del difunto, y no despues por via de legado ó fideico-

miso: 5.ª, que á los hijos y descendientes entre quienes se ha de verificar la colacion, se les deba la legítima: 6.ª que el hijo ó descendiente á quien se pide la colacion, quiera ser heredero; pues si renunciare la herencia, no estará obligado á colacionar lo recibido.

§ VII.

¿QUIÉNES ESTÁN OBLIGADOS A HACER LA COLACION?

Están obligados á hacer la colacion los hijos, nietos, y demas ulteriores descendientes en los casos, del modo y bajo las condiciones que quedan espuestas en los anteriores párrafos.

§ VIII.

¿QUIENES NO ESTÁN OBLIGADOS A HACERLA?

Los hijos no lo están en los términos que quedan espuestos en los anteriores párrafos; y los nietos en los dos siguientes casos: 1.º cuando el testador instituye por heredero á un hijo suyo en su legítima, y á sus nietos de uno ú otro ó ambos secos, en los demas bienes. En este caso no tiene lugar la colacion entre el hijo y nietos, ni entre estos, porque los nietos no vienen como hijos para este efecto, sino como estraños, dice Febrero, entre los cuales no se admite la colacion. 2.º cuando los padres consumieron total ó parcialmente en su vida, la dote ó donacion *propter nuptias* que los suyos les hicieron, y los nietos de estos por haber recibido poco ó nada de sus padres repudian la herencia, contentándose con la del abuelo ó abuela donantes que murieron despues de sus padres.

CAPITULO VIII.

BIENES RECERVABLES.

¿Qué son bienes recervables? ¿Cuál la causa de su introduccion? ¿Quién puede recervar bienes? ¿Qué garantías debe prestar la viuda cuando recerva los bienes de los hijos de su primer matrimonio? ¿A quien pertenece la propiedad de los bienes recervados y durante quanto tiempo? Estas son las principales cuestiones que deben examinarse sobre esta materia.

§ I.

¿QUÉ SON BIENES RECERVABLES?

Biénes recervables son aquellos que el cónyuge viudo que se vuelve á casar, está obligado á recervar ó guardar para los hijos del matrimonio de que hubiere tenido dichos bienes. Las razones en que apoyo esta definicion, se deducen de las razones en que apoyo las doctrinas que espondré en los ultiores párrafos, y de las doctrinas mismas.

§ II.

¿CUAL ES LA CAUSA DE SU INTRODUCCION?

La ley 7 tít. 4 lib. 10 de la Nov. introdujo dichos bienes. Mas ¿cuál seria la razon que para ello tuvo? Falza es en nuestra opinion, de ningun peso, y sí en extremo ridícula la razon que dan varios autores acerca de la introduccion de las re-

cervas. No es la injuria que la muger hace al marido ni á su memoria pasando á segundas nupcias, la causa inductiva de esta institucion, como equivocadamente suponen áquellos: 1.º porque no existe el marido, y á lo que no existe no se injuria; y 2.º tampoco á su memoria; pues solo se injuria con el mal, ó el dejar de hacer el bien esto es, con el crimen ó culpa. Y por cierto que no hay nada de esto en satisfacer una exigencia, una necesidad moral del corazon; ni menos cuando se satisface ó llena este vacío de un objeto de amor, igual ó semejante al primero; y se busca en el segundo el apoyo que prestaba el primero para no caer y esto se hace usando todos los medios legales y religiosos que marcan los soberanos temporal y eclesiástico; la razon, pues, que dan los autores, indica; que ellos viven de iluciones, y discurren sobre quimeras; que solo atienden á las pasiones de la clase del orgullo y no á las circunstancias que pueden rodear á la viuda, á sus exigencias, tendencias, necesidades &c. &c.

La verdadera razon, dígase lo que se quiera, es, que los hijos y la madre, muerto el padre; son los propietarios de dichos bienes; cosa que tenemos probada en su lugar respectivo; siendo ellos los propietarios de dichos bienes tienen derecho á que se les guarden, y la madre obligacion de hacerlo, cuando pase á ultiores nupcias: lo mismo sucede respecto del padre; pues existe igual razon, y en consecuencia el mismo derecho respecto de los hijos, y la misma obligacion respecto del padre. La causa, pues, de la introduccion de la recervacion de bienes es la ley; y la razon, motivos, objeto y fin los espuestos en este párrafo. Con lo dicho queda espuesto tambien, cuáles son los bienes recervables, esto es, lo que forman la propiedad de los que tienen derecho á que se les guarden y recerven tales bienes.

§ III.

¿QUIÉNES PUEDEN RECERVAR LOS BIENES?

De lo dicho en los anteriores párrafos se colige, que el cónyuge viudo es el que puede, pues debe, recervar á sus hijos, nietos y descendientes los bienes de que nos ocupamos en estos párrafos. Para convencernos mas de esto, reflexiónese que los padres son ademas de dueños, administradores de los bienes de los hijos; y en consecuencia deben guardarlos y administrarlos y no mas.

§ IV.

¿QUÉ GARANTÍAS DEBE PRESTAR LA VIUDA CUANDO RECERVA LOS BIENES DE LOS HIJOS DE UNO DE SUS MATRIMONIOS?

Me he resuelto á tratar esta cuestion porque existe entre los cónyuges viudos esta diferencia; que cuando el viudo es el marido, no debe afianzar; pues aunque se vuelva á casar, él es siempre el que administra los bienes; y en consecuencia puede no dilapidarlos por el amor de sus hijos, y en cualquiera tiempo, como que no pende de la voluntad de la muger, puede y debe hacer la separacion de dichos bienes, de los que adquiriera en los demas enlaces que contraiga: cosas que no suceden con la muger; aunque esto podria subsanarse con la intervencion judicial; pero esto acarrearía mayores males al nuevo matrimonio, en su paz, subordinacion &c. &c.

La madre, pues, siendo tutora ó curadora legítima de sus hijos y testamentaria, como deja de serlo, contrayendo nuevas lícitas y autorizadas relaciones de amor; es claro que necesita afianzar una de dos cosas, cuando no ambas; esto es, ó que no se volverá á casar; ó que aun cuando suceda esto, quedan responsables sus bienes á las pérdidas de los de sus hijos. Esto es, pues, lo que debe hacer la viuda; y estas las razones porque debe hacerlo. Puede tambien el nuevo esposo dar fianza sobre los bienes y administrarlos; y no seria nada malo y sí bien ventajoso que aun el marido viudo que entrara á segundas nupcias garantizara el manejo, de los bienes habidos en el primero ó anterior matrimonio, pues no hay duda en que el amor de la segunda ó posterior muger puede influir adversamente en el ánimo del marido contra los bienes del hijo ageno.

§ V.

¿Á QUIÉN CORRESPONDE LA PROPIEDAD DE LOS BIENES RECERVADOS, Y POR CUANTO TIEMPO?

La propiedad de los bienes reservables dice entre otros autores, Febrero, la tiene el cónyuge que sobrevive, unicamente mientras se conserva en el estado de viudez; de suerte que desde el momento en que contrae el segundo enlace, pertenece á los hijos; empero, conservará por toda su vida el usufructo de los mismos. Por tanto, si el cónyuge antes de pasar á segundas nupcias, hubiere enagenado los bienes raices que debia recervar, será válida la enagenacion; aunque no por esto se entienda que quedan los hijos sin derecho alguno; pues lo tienen para repetir su importe de los bienes pro-

pios del enagenante, como hipotecados en seguridad de los bienes sugetos á recervacion." Ley 26 tít. 13 part. 5. „Mas será nula la enagenacion si fué hecha despues de contraido el segundo enlace matrimonial, si bien se sostendrá durante su vida, no revocándose hasta despues de su muerte, en cuyo tiempo podrán los hijos reclamarlos como dueños y propietarios."

Aunque el padre tiene igual obligacion que la madre en cuanto estos bienes, sin embargo, si enagenare algunos antes ó posteriormente al nuevo matrimonio que contraiga, no pueden los hijos reivindicarlos del tercer poseedor mientras que su padre viva, ni tampoco despues de muerto, si aceptan su herencia sin prévia escusion en los paternos; pues como herederos universales están obligados á observar los contratos celebrados por su causante; y así solo en lo que les falte para completar el valor de los bienes recervables, podrán repetir contra su poseedor; pero si renuncian la herencia, no necesitan hacer la escusion para intentar su reparticion. Ley 24 tít. 13 part. 5.^a Por lo dicho en el párrafo anterior sostendremos que esto debe entenderse de ambos cónyuges, dígase lo que se quiera.

CAPÍTULO IX.

MODO DE ELEVAR Á INSTRUMENTO PÚBLICO, EL CERRADO Y VERBAL.

¿En qué término debe presentarse al juez el testamento cerrado, ó declararse la disposicion verbal? ¿Quién debe pedir la elevacion del primero, ó declaracion del segundo? ¿Qué debe preceder á la elevacion á instrumento público, del cerrado, y para declarar como testamento, la disposicion verbal? ¿Qué debe hacerse luego? ¿Cuándo no debe

darse traslado? ¿Puede celebrarse pacto ó contrato antes de publicarse el testamento? ¿Qué diligencias deben practicarse para llevar á efecto el testamento abierto? He aquí las cuestiones que debemos examinar para dar término á este capítulo; y con él á la cuarta parte: las trataré conforme al método seguido hasta aquí, en otros tantos párrafos.

Este párrafo tiene dos partes: una relativa á la elevacion del testamento cerrado al rango de instrumento público, y la otra á la declaracion judicial. § I.
¿EN QUÉ TÉRMINO DEBE PRESENTARSE AL JUEZ EL TESTAMENTO CERRADO, Ó DECLARARSE LA DISPOSICION VERBAL?

El que tuviere en su poder el testamento ó codicilo cerrado, de alguna persona que hubiere fallecido, debe presentarlo al juez ordinario del pueblo en que murió el testador, dentro de un mes, contado desde la muerte del testador. Y si así no lo hiciera pierde la manda que se le hubiere dejado por el testador, al depositario del testamento cerrado: y el valor de dicha manda debe emplearse en sufragios por el alma del finado; y si ni esto hiciera debe pagar dos mil maravedices al fisco: siendo de advertir que no queda esento de este cargo, el clérigo, á pretexto de serlo. Todo conforme á las leyes 1 y 2 tít. 2 part. 6.^a y 5 tít. 18 lib. 10 Nov. R. Respecto de las disposiciones verbales, digo: que debe hacerse por los testigos presenciales, la declaracion de lo dicho por el finado, tan luego como sean citados por los interesados, ante el juez competente y deben hacerla bajo el tenor del interrogatorio que se les presente, y el juramento que previamente se le exiga. Las leyes citadas, todos los autores y la práctica universal, confirman lo dicho.