

Preguntarás obiter lo 13. Si el abuelo esté obligado à dotar las nietas? Y que se aya de dezir del tío respecto de la sobrina?

131 Respondo lo 1. que el abuelo no tiene obligación à dotar las nietas, que no están debaxo de su potestad, sino en caso que el hijo no pueda hazerlo; y si ay heredero del padre, este está primero obligado que el abuelo; y si la nieta tiene abuelo de padre rico, aunque tenga madre, y esta sea rica, está primero obligado el abuelo, que la madre: como con Barbosa, y Bartolo, lo tiene Villalobos, *ubi supra*, num. 8. contra Lara.

132 Respondo lo 2. que el tío no tiene obligación de dotar las sobrinas: como con Barbosa, y muchos, lo tiene dicho Villalobos, num. 9. Y la razón es, porque no ay Derecho que tal mande: y lo que el Derecho no manda, no ay porque debamos dezirlo, ni presumirlo nosotros; *ex cap. Illa, ne sede vacante, & cap. Consulisti* 2. *quest. 5. leg. Si vero, §. De viro, ff. soluto matrimonio, leg. Dissidentis, C. de repud. y de otras.*

Preguntarás lo 14. etiam obiter: Si el hijo rico estará obligado à dotar à la madre pobre, que se quiere casar?

133 Respondo negativamente. Así lo tiene, con Barbosa, y otros, dicho Villalobos, num. 10. Y lo coligen de la ley *Si vinee, C. de pres. lon. tempor.* Y la razón es, porque aunque segun Derecho está obligado à sustentarla, *leg. 1. §. 1. ff. de tutel.* no le deben compeler à que la dote, por ser el tal nuevo matrimonio *aliquo modo* en injuria del hijo: como bien Rebelo, *de iust. 2. p. lib. 5. quest. 4. num. 31.*

134 Pero que es lo que se aya de dezir del hermano en orden à dotar la hermana, ò al contrario: diremos quando tratemos de las obligaciones de los dichos.

§. IV.

De la obligación de los padres en orden à no gastar la hacienda en perjuizio de los hijos: y si pueden hazer donaciones? A quienes? Y quales?

Preguntarás lo 1. Si pueden los padres gastar de su hacienda en perjuizio de los hijos?

135 Respondo: que los padres no pecan contra los hijos, aunque gasten de sus haciendas en juegos, combites, y otros gastos profanos, como no lo hagan con mala fe, y con intención de perjudicar à los hijos en sus legítimas; *id est*, como lea en aquella cantidad de que ellos pueden disponer libremente sin perjuizio de la legítima de los hijos. Así lo tiene con la comun de DD. Machado, *tom. 2. lib. 6. part. 7. tract. 6. doc. 20. num. 1.* Y se prueba: lo 1. porque los dichos gastos no se pueden dezir inoficiosos, ò contra el oficio de la piedad paterna para con los hijos, pues no tocan en la legítima de estos: y lo 2. porque los padres son verdaderos dueños de lo que ganan: luego podrán disponer de ello libremente, si no huviere ley que se lo prohiba;

ba; *sed sic est*, que el Derecho, ora sea el natural, ora el civil, ora del Reyno, solo les prohibe à los padres el disponer de los alimentos, ò de la legítima de los hijos. Y lo mismo digo *pariformiter* de la legítima de los ascendientes: Ergo, &c.

Preguntarás lo 2. Para inteligencia de lo dicho: Qual sea aquella cantidad de que pueden disponer los padres sin perjuizio de la legítima de los hijos? Y lo mismo se pregunta *proportione tenuata*, respecto de los ascendientes?

136 Respondo: que en Castilla pueden disponer de la quinta parte de los bienes sin perjuizio de la legítima de los descendientes; *ex leg. 28. & 30. Tauri, que hodie est, leg. 12. & 13. tit. 6. lib. 5. Recopilat. Cathella.* Y de la tercera sin perjuizio de la legítima de los ascendientes; *ex leg. 6. Tauri, hodie, leg. 1. tit. 8. lib. 5. eiusdem Recopilat.* Qual sean empero dichas legítimas por Derecho comun, y otras cosas, se puede ver en nuestro tomo de las Propos. *tract. 5. conf. 16. à num. 4. ad 15. pag. 302.* de la impres. 2. *Vide ibi.*

137 De aqui se sigue: que en Castilla, por disposición de las dichas leyes del Reyno, no pueden los padres, ni en vida, ni en muerte disponer en donaciones mas cantidad que lo que monta el quinto de sus bienes, porque todo lo demás lo deben dexar à sus hijos por legítima. Machado, *ubi supra*, num. 2. Y lo mismo proporcionadamente de la tercera parte respecto de los ascendientes, quando no ay hijos. Todo esto es doctrina llana, y comun: restan empero que averiguar algunas dificultades sobre lo dicho, lo qual haré por los siguientes *Questitos.*

Preguntarás lo 3. Si pecará contra justicia el padre, que de intento enagenasse todos sus bienes, à fin de quitar la legítima à sus hijos, como si lo hiziere con donaciones gratuitas, ò con contratos fingidos?

138 Respondo: que el tal padre no pecará contra justicia, sino contra caridad, y contra el amor debido à los hijos. Así lo tiene, con Megala, Diana, *part. 1. tract. 8. ref. 84.* Y lo mismo tienen Trullench, *in Decalog. tom. 2. lib. 7. cap. 18. dub. 10. num. 7.* y otros. Y la razón es, porque el hijo no tiene derecho en la herencia del padre, mientras el padre vive, y así podrá el padre vender todos los bienes, y arrojar el precio en la mar, no obstante el perjuizio de los hijos: Ergo, &c.

139 De lo dicho se sigue: que si el padre viviendo, aunque pecando en ello gravemente, distribuyese toda su hacienda en diversos, ò en vno con donaciones prodigas, è ilicitas, que los que la recibieron, ò parte de ella, no estarán obligados à restituir antes de la sentencia del Juez: porque la obligación de restituir nace solo de aquellas causas, y delitos, que son de fuyo contra justicia; pero no quando son contra caridad, piedad, Religión, ò las demás virtudes. Acerca de lo qual se vea lo que diximos en dicho tomo de las Propos. *pag. 303. à num. 21. ad 27. Imò*, nace solo de la justicia comu-

mutativa: como lo tienen comunmente los DD. que cité en dicho tomo, *pag. 308. conf. 18. num. 1. Vide ibi.*

140 Pero *utrum*, el hijo pueda pedir en juyzio, que dicha donacion se revoque, à lo menos despues de la muerte del padre? ò tambien viviendo? ò diremos despues en el *Quest. 8.*

Preguntarás lo 4. Si podrán los padres licita, y validamente hazer donaciones remuneratorias, aunque sean en gran cantidad, y en perjuizio de la legítima de los hijos?

141 Respondo afirmativamente. Así lo dicen Antonio Gomez, Gomez Arias, Castillo, Navarro, Azebedo, y Juan Lobo: y de los Theologos, Molina, Luis Lopez, Manuel Rodriguez, y otros, que citan Sanchez, *de Matrim. lib. 6. disp. 36. num. 2. y 3. Machado, tom. 2. lib. 6. part. 7. tr. 6. doc. 20. num. 6.* Y los mesmos la tienen por probable. *Item*, tienen lo mismo, con Ortiz, Homobono de Bonis, Fernandez, y otros, Diana, *part. 1. tract. 8. ref. 84. y Trullench, in Decalog. tom. 2. lib. 7. cap. 17. dub. 10. num. 7.* Y se prueba.

142 Lo 1. porque el liberto, aunque no puede legar, puede hazer donaciones remuneratorias en perjuizio, y diminucion de la porcion legítima del patron, *ex leg. Viuus 9. ff. si quid in fraudem patroni. Sed sic est*, que la porcion del patron, y de los hijos son semejantes, *leg. fin. C. de inoffic. testam.* Luego si la porcion del patron puede disminuirse por donaciones remuneratorias del liberto, podrá tambien la de los hijos por donaciones remuneratorias del padre.

143 Lo 2. porque en las leyes 28. y 30. de Toro, citadas arriba en la respuesta al *Questito 2.* que numeran lo que los padres pueden disponer del quinto, no obstante la legítima de los hijos, lo refiere las donaciones graciosas, que los padres hazen sin causa alguna, y las expensas del funeral; *sed sic est*, que debaxo del nombre de donaciones graciosas, no se comprehenden las remuneratorias; porque la donacion remuneratoria, ò antidotal, no se puede dezir propriamente mera donacion, ò liberalidad mera, sino solucion de deuda: como consta, *ex lege Aquilius Regulus, ff. de donation.* Y lo tiene con la comun Julio Claro, *lib. 4. §. Donatio, quest. 3. num. 1.* Y dà la razón: porque aunque se haga sin derecho alguno que obligue à ello, con todo esto no se puede negar, que el que recibe algun obsequio, servicio, ò beneficio, queda obligado à lo menos por la razón natural à remunerar dicho beneficio. Y lo mismo tiene, con otros muchos, Diana *part. 8. tract. 6. ref. 115.* que responde à los argumentos contrarios: luego las donaciones remuneratorias, que el padre hiziere, ò que puede hazer, no deben extraherse del quinto, sino de la masa, ò cumulo de toda la hacienda, como si fuera dinero ageno, ò al modo que se pagan las deudas: Ergo, &c.

144 Lo 3. y es confirmacion del antecedente: porque si dichas leyes del Reyno quisieran que las

donaciones remuneratorias se facassen del quinto, y no de todo el cumulo de la hacienda, lo huviera exprellado, *ex cap. Ad audientiam 12. in fin. extr. de decim. cap. Inter corporalla, post mediam, vers. Vnde se circa, de translat. Episcop. ibi: Si circa translationem idem fieri voluisset, poterat expressisse: leg. vnic. §. Sin autem ad deficientis, C. de caduc. tollent. leg. Item apud Labeonem 15. §. At Praetor, vers. Hoc edictum, ff. de iniur. ibi: Ea enim que notabiliter fiunt, nisi specialiter notentur, videntur quasi neglecta, y de otras: y porque lo expreso daña, pero lo no expreso, no daña en manera alguna; *ex leg. Numquam 31. in fin. ff. de condit. & demonstrat.* dichas leyes no lo exprellaron, y alias son penales, y en materia odiosa, y de interpretacion estrecha; Ergo, &c.*

145 Lo 4. porque el tutor puede hazer donaciones remuneratorias de los bienes de su pupilo: como consta, *ex leg. Cum plures 13. §. fin. ff. de ad. ministrat. tutor.* Y lo tienen Barbosa, *ubi supra*, Abbad, *cap. 3. num. 2. de donat. Romano, conf. 101.* Juan Garcia, *de donat. remunerat. num. 22.* Luego si el tutor puede hazer donaciones remuneratorias de los bienes agenos, mucho mejor podrá hazerlas el padre de los bienes propios, aunque toque en la legítima de los hijos: Ergo, &c.

146 Y lo 5. porque no ay argumento convincente por la parte contraria, como se verá respondiendo à ellos, lo qual ya hago: Ergo, &c.

147 Opondrás lo 1. Las donaciones remuneratorias, quando no se deben por ley de justicia, son voluntarias, y por consiguiente prohibidas à los padres por las leyes 28. y 30. de Toro, de la misma manera que las donaciones graciosas: Ergo, &c.

148 Respondo: que las donaciones remuneratorias, como se hazen por el agradecimiento del obsequio, servicio, ò beneficio recibido, no se puede dezir propriamente donacion graciosa, y voluntaria, sino antes compensacion, ò solucion de deuda: porque aunque no esté obligado de justicia à hazerlas, y las haga sin que aya derecho que le fuerce à ello; con todo esto no se puede negar, que yà que no de justicia, à lo menos de agradecimiento natural, el que recibió el obsequio, y el beneficio está obligado à su bien hechor, y por consiguiente la remuneracion de estos obsequios, y beneficios no podrá propriamente dezirse donacion liberal, sino solucion, ò compensacion: y por esta causa no se puede revocar *ad hoc* por la ingratitud, como con diez y nueve DD. lo tiene dicho Diana, *ref. 117. Imò*, por esta causa no necessita de infinuacion, ni se revoca, porque sobrevengan hijos, y es valida entre el padre, y el hijo: como bien Julio Claro, *lib. 4. §. Donatio, quest. 3. num. 1.*

149 Opondrás lo 2. y es instancia del antecedente: Dicha ley 30. de Toro, constituye exprelladamente à los hijos, y descendientes herederos necesarios, menos de la quinta parte de los bienes: luego siendo esta causa precisa, y necesaria, no se ha de traspassar por las donaciones remuneratorias,

rias, que en la verdad, y propriamente no concien debito de justicia, sino que son voluntarias: Ergo, &c.

150 Respondo: que las donaciones remuneratorias no son donaciones voluntarias; pues como enseña el Derecho, *in leg. Aquilius Regulus, ff. de donat. & in leg. 1. ff. eod. cum vulgaris, obligatus ad antidora non donat gratia solius liberalitatis, sed potius, ut nature debitum solvat.* Y así se deben extraer de todo el cúmulo de la herencia, al modo que se hacen las demás deudas; porque aunque no sean debitos de justicia, son debitos de la ley natural del agradecimiento; esto es, del dictamen de la razón natural, por la qual el que ha recibido el beneficio está obligado à su bienhechor: y por consiguiente la solución, ò compensacion de la dicha deuda se ha de reputar por hacienda, ò bienes ajenos, de los quales no son los hijos, y descendientes herederos necesarios.

151 Opondrás lo 3. En la dicha ley 30. de Toro se dispone expresamente, que las expensas del funeral se saquen del quinto de los bienes, siendo tan necesarias como son las dichas expensas: luego à fortiori se deberá sacar del dicho quinto las donaciones remuneratorias, que son voluntarias: Ergo, &c.

152 Respondo: que la disposicion de la dicha ley, como sea penal, no se ha de estender à otros casos, que à los expresos, *ex leg. Factum cuius, §. In penalibus*, donde lo tienen Decio, *num. 6. 9. y 26. in fine*, y otros, *ff. de Regul. iuris, & ex cap. In penit, eodem tit. lib. 6.* Ni por similitud de razón se debe estender, segun Juan Andreas, *in cap. Odis, de Regul. iuris, in 6. Inmola, in leg. Si vero, §. De viro, col. 8. ff. solut. matrim.* Garcia Girona, *de privilegiorum, seu exemptionum expl. cat. num. 540.* y otros muchos; *sed sic est*, que la dicha ley 30. de Toro habla solo de las expensas del funeral, y de las donaciones graciosas: luego no se debe estender à las donaciones remuneratorias, que ni se expresan, ni se comprehenden debaxo del nombre de las donaciones graciosas, como queda probado.

153 Opondrás lo 4. La ley 8. tit. 4. partid. dispone lo que se sigue: *Si el padre quisiere fazer donacion, puedala fazer, así en vida, como en muerte, con tal que sinque à los hijos su legitima:* Ergo, &c.

154 Respondo: que la dicha ley se ha de entender de las donaciones graciosas, que los padres hazen sin causa alguna, como es doctrina comun de los DD. y la razón es la que tantas vezes hemos dicho; porque la donacion remuneratoria, no es propriamente donacion, sino antes solución de deuda, y compensacion.

Y si subpreguntares aquí, lo 1. *Si para que las tales donaciones remuneratorias, que se hazen por meritos, sean validas, sea necesario que conste de los tales meritos por otra parte, que por la assercion del donante?*

155 Respondo: que para su validacion basta

que el donante diga, que la haze por meritos, sin que sea necesario que estos meritos se prueben, segun Loazes, y Bertrando, que dicen ser comun. Y la razón es, porque de los beneficios recibidos ninguno puede ser testigo mas cierto, que el que los recibió: Ergo, &c. *Veale Diana part. 8. tract. 6. resol. 116.*

156 Lo qual se debe entender quando la donacion se haze entre personas no prohibidas; y en este sentido, dize Julio Claro, con Curcio Junio, y otros, ser comun, y que *in facti contingencia* lo juzgò así el Parlamento del Deslinado.

157 Pero lo contrario debe dezirse, quando la donacion se haze entre personas prohibidas, como entre el padre, y el hijo, entre el marido, y la muger, y semejantes, de las quales trataremos despues en sus lugares: porque en tal caso no se está à la assercion del que hazala donacion, sino que se requiere el que se prueben los meritos, como con la comun lo tiene dicho Julio Claro, *lib. 4. §. Donatio, quest. 3. num. 2.* Y la razón es, porque si bastara la assercion del donante, siempre se pudiera eludir la prohibicion de la ley, con dezir el donante, que precedieron meritos; lo qual no debe admitirse.

158 Debe empero entenderse esto para la validacion de la donacion remuneratorio en el fuero externo: porque en el fuero interno, no es necesario que se prueben los tales meritos, sino que basta que conste dellos al donatario, para que en el fuero de la conciencia pueda retener dicha donacion como remuneratoria: porque la probanza de meritos, solo se requiere para que le conste al Juez la verdad en el fuero externo; como con Fagundez, Navarro, Tomás Sanchez, Molina, Bartolo, Gutierrez, y otros, lo tiene dicho Diana, *§. Sed alij, in fine.*

159 Imò: aunque el padre no aya expresado los beneficios, ni hecho mencion alguna de meritos en la donacion, con todo esto se debe tener la donacion por remuneratoria siempre que se probare aver meritos en el hijo, dignos de remuneracion; como con Menochio, Matcardo, vna Glossa; Tomás Sanchez, Navarro, Sylvestre, Garcia, y Rosella, lo tiene dicho Diana.

160 Y en caso de duda, de si la donacion es remuneratoria, ò mere gratuita, y liberal, se debe tener por remuneratoria, segun Decio, Tiraquelo; Menchaca, Pinelo, y otros, que cita, y sigue dicho Diana, *§. In dubio.* Y la razón que dà es: porque como dize Vlpiano, *in leg. Nec adiecto, ff. pro socio*, es mucho mas frecuente en los hombres el no hazer donaciones, sino por meritos, y servicios.

161 Advierto empero: que los tales meritos, obsequios, servicios, ò beneficios, deben no ser debidos aliis: porque si fueren debidos por otra parte, no serian dignos de remuneracion; pues en dar vno aquello, à que aliis está obligado, no ay merito de liberalidad, que pida remuneracion: ni lo tal debe reputarse por beneficio, *ex leg. Rem*

legatam, ff. de adiment. legat. leg. Si serbo, ff. de hered. instit. & leg. Proximè, ff. de ritu nupt. Y lo tiene con Ripa, Jaffon, Tiraquelo; Juan Lebo, Graciano, Castillo, Antonio Gomez, Garcia, Gutierrez, Angulo, y otros, Sanchez de Matrim. *lib. 6. disp. 6. num. 4.*

162 De lo dicho se sigue: que los obsequios que hazen los hijos al padre, ò la muger al marido, no se deben tener por meritos, sino es que sean extraordinarios; como v. g. con aquellos que hazen asistiendo por muchísimo tiempo, con gran cuidado, y solicitud en alguna grave, y larga enfermedad del padre, ò marido; como con muchos lo tiene Tiraquelo *in leg. Si unquam 8. in verb. Donatione largitus, num. 106. cum duobus sequentibus, C. de renouanda donatione.* Y lo mismo tiene, con Bozeto, y los dichos, Diana, *part. 8. tr. 6. ref. 119. §. Hinc.*

Y si subpreguntares lo 2. *Si para que la tal donacion remuneratoria sea valida, sea requisito necesario, el que los meritos equivalgan à la tal donacion?*

163 Respondo afirmativamente. Así lo tiene con la comun opinion Julio Claro, *lib. 4. §. Donatio, quest. 3. num. 3.* y Sanchez, *ubi supr. num. 6.* Lo qual se debe entender, quando se haze entre personas prohibidas. Y la razón es, porque la causa limitada produce limitado efecto, y por consiguiente, no pueden los meritos, en orden à la validacion de la donacion remuneratoria, obrar mas de aquello, que tube el valor de los mismos meritos; y así en el exceso, no se reputará la tal donacion como remuneratoria, sino como donacion simple.

164 Pero si la tal donacion es entre personas no prohibidas, en tal caso no se atiende à si los meritos equivalen à la donacion, ò no: pues aunque no huviese meritos algunos, seria valida la donacion. En lo qual no ay controversia alguna, como lo deponen dicho Julio Claro.

165 Advierto empero, que aunque los meritos deben ser iguales à la donacion; esto no se debe entender matematicamente: porque la ley del agradecimiento pide, que se de mas de lo recibido; como con Santo Tomás, Aristoteles; Seneca, el Cardenal Decio, Lanceloto, y otros, lo tiene Sanchez, *dict. lib. 6. de Matrim. disp. 6. num. 7.* Y así tengo por probable, que se dirá equipolente la donacion à los meritos, quando no les excede sobre la quarta parte; como si los meritos fueren 12. y la donacion fuese 16. porque en tal caso el exceso le ha de tener por modico; como lo tienen Navarro, y Barbosa, citados por Diana, *part. 8. tr. 6. ref. 120. §. Alij tenent*, fundados en la ley *Si vere, §. Idem Papianus ff. mandati.*

166 Si bien tengo por mas probable, que en quanto à esto, de si la donacion deba dezirse moderada, ò no, atentos los meritos, no se puede dar regla cierta, y determinada, sino que se debe estar al arbitrio del Juez, que lo regulará, atenta la calidad del donante, y de si es rico, ò noble, *cum*

soleant ditiores, ac nobiles multo maiorem referre gratiam; como consta, *ex cap. 1. de donation.* Y así tienen lo dicho, con Jaffon; Loazes, y la comun de DD. Julio Claro; *ubi supr. num. 4.* Sanchez, *num. 10.* y Diana, *§. Ceterum.* Y la razón es, porque regularmente hablando, quando alguna cosa no está ciertamente determinada por ley, se está al arbitrio del Juez, como bien dicho Julio Claro.

167 De donde dizen, y bien Tiraquelo, Menochio, y otros, que citan, y siguen dichos Sanchez, y Diana, que toda la donacion debe dezirse remuneratoria, aunque exceda à los meritos, si no excede aquello que los ricos, y los nobles suelen remunerar en semejante caso.

Preguntaras lo 5. *Si las donaciones graciosas, y limosnas, que hazen los padres en vida poco à poco, se han de contar en el quinto, de que en muerte pueden disponer; de tal suerte, que si de aquellas pequeñas donaciones, y limosnas resultasse una cantidad grande, ò que exceda el quinto, no pueda ya en adelante el padre disponer del quinto de sus bienes, ò si no excede, pueda solo disponer del residuo?*

168 Respondo: que las donaciones graciosas, y limosnas pequeñas, que poco à poco hazen en vida los padres prudentemente; segun la substancia, y qualidad de la persona, no disminuyen el quinto de que pueden disponer los padres; ni se deben contar en él (aunque forte lleguen à la dicha quinta parte de los bienes) sino que pertenecen à los gastos ordinarios, y à la recta administracion de los bienes. Así lo tienen Suarez, Baeza, Matienço, y Cordova, que cita Sanchez, *de Matrim. lib. 6. disp. 36. num. 10. Imò*, esto mismo en substancia, es lo que con Angulo, Molina, y otros, desfiende dicho Sanchez, contra Tello, y otros, *num. 11.* Y se prueba:

169 Lo 1. de la costumbre, que es el mejor interprete de las leyes; *ex cap. Cum dilectus, de consuetud. leg. Minime, & leg. Si de interpretatione, ff. de legib.* y lo tienen comunmente, así Canonistas, como Teologos; pues della consta, que no obstante las dichas leyes 28. y 30. de Toro; quando se haze testamento, ninguno que testa suele estorparlizar; ni atender à las pequeñas donaciones, y limosnas que ha hecho por todo el discurso de su vida.

170 Lo 2. porque si las dichas donaciones, y limosnas disminuyeran el quinto, rarísima vez pudieran testar del quinto los padres.

171 Lo 3. porque no es razón se quite à los padres la administracion de los bienes que ganaron con su sudor, y trabajo. Lo 4. porque si el hijo puede hazer limosna de los bienes paternos, quando el padre no las haze; porque en tal caso seria el padre *irrationabiliter invitus*; como bien con otros tiene Diana; *part. 5. tr. 8. ref. 25.* luego à fortiori podrá el padre hazer limosnas de los bienes que aun no son del hijo, sino del padre, mientras este vive.

172 Lo 5. porque si los Tutores, y Curadores,