

dos los DD. sin controversia, segun dicho Molina, num. 24.

Y si subpreguntares lo 7. Si el poseedor del mayorazgo, ó vinculo estará obligado à defender à su costa los pleytos que se movieren contra él?

282 Respondo lo 1. Que si el tal pleyto se moviese inmediatamente contra el tal poseedor, sobre que no le pertenece el tal mayorazgo, en tal caso estará obligado à defenderse à su costa, como lo tienen sin controversia todos los DD. Y la razon es; porque el tal pleyto no pertenece al mayorazgo, ni à su defensa, sino à la persona privada, que pretende tocarle el tal mayorazgo: Ergo, &c.

283 Respondo lo 2. que si el pleyto fuesse perteneciente al mismo mayorazgo, en tal caso no estará el poseedor de él obligado à defenderle à su costa, especialmente siendo los gastos grandes; como lo tienen comunmente los DD. apud Molinam, de iustit. tract. 2. disput. 646. in fin. & apud Molinam, de primogen. lib. 1. cap. 27. à num. 11. Arias Pinelo, de bonis maternis, p. 2. à num. 68. los quales dicen, que en tal caso se deben sacar los gastos de la propiedad del mayorazgo, imponiendo sobre él algun censo equivalente, con facultad de su Magestad.

Y si subpreguntares lo 8. Si las mejoras que se hacen en el mayorazgo del marido constante el matrimonio, ayan de comunicarse, y dividirse entre el marido, y la muger, como bienes gananciales adquiridos durante el matrimonio, ó ayan de ser de solo el marido, para que solo suceda en ella el que fuere llamado al mayorazgo?

284 Respondo: que quando las mejoras son hazer algunas Fortalezas en los Lugares del mayorazgo, cercarlos con muros, hazer algunos edificios en las casas del mayorazgo, labrando, ó reparando, ó reedificando: en tal caso la estimacion de las dichas mejoras no se dividen con la muger, ni con los demás herederos, sino que las tales son acrecentamiento del mayorazgo, y sucederá en todo ello el que fuere llamado al mayorazgo con los vinculos, y condiciones contenidas en el mayorazgo, sin que sea obligado à dar parte alguna de la estimacion, ó valor de los dichos edificios à la muger del que lo hizo, ni à sus hijos, herederos, ó sucesores; como expreslamente se determina en la 46. de Toro, que oy es ley 6. tit. 7. lib. 5. Recopil. Vide illam.

285 Lo dicho tiene tambien lugar, y procede adhoc en los vinculos, y mayorazgos que se hazen sin licencia, ó facultad Real, como del tercio, y quinto, si el fundador tiene herederos forçosos, ó de todos los bienes, si carece de dichos herederos forçosos, ó estos renunciaren su legitima: porque los tales son verdaderos mayorazgos, y la dicha ley habla vniversalmente. Así lo tienen Garterez, Covarrubias, Padilla, Burgos de Paz, Juan Garcia, Peralta, y Sanchez, que los cita, y sigue, tom. 2. consil. lib. 4. cap. 1. dub. 30. num. 3. y lo mismo

mo dizen de los Aniverlatios, y Patronatos, que se dexan por derecho de mayorazgo, en los quales se ha de suceder iure maioratus, como con Garcia, Garterez, Padilla, Burgos, Avendaño, y Mieres, lo tiene dicho Sanchez.

286 Pero virum, deba ampliarse la dicha ley 46. de Toro, de fuerte que tenga lugar, no solo en las fortalezas, muros, y casas, que solo se expresan en la tal ley, sino que tambien deba estenderse à los edificios, y mejoras hechas en todas las demás cosas del mayorazgo?

287 Respondo: que no se debe estender à otros casos que à los expresados en dicha ley, como con muchos, contra otros, lo tiene dicho Sanchez, num. 5. Y la razon es; porque la dicha ley es odiosa, y contraria al Derecho Comun: luego se debe restringir antes que ampliar: Ergo, &c. y así la pone muchas limitaciones dicho Sanchez, à num. 6. ad 17. Vide illum.

Y si subpreguntares lo 9. Si el poseedor del mayorazgo pueda enagenar los bienes de él?

288 Respondo lo 1. que ni licita, ni validamente los puede enagenar: porque todas las especies de enagenacion verdadera están prohibidas al poseedor del mayorazgo, como lo tienen todos los DD. Por lo qual la venta, y donacion de qualquiera propiedad del mayorazgo, es nula por su propia naturaleza, é institucion: acerca de lo qual se vean ambos Molinas, vno de iustit. tom. 3. disputa 470. num. 18. in fin. y el otro, de primogen. lib. 1. cap. 1. num. 7. y los capitulos siguientes.

289 En quanto à otras especies de enagenacion, quales son el usufructo, arrendamientos ordinarios, y de por vida, y enfiteusis, puede aver alguna duda; lo qual resolveremos en breve por las conclusiones siguientes.

290 Respondo lo 2. que el poseedor del mayorazgo no puede en manera alguna conceder à otro el verdadero usufructo de él, porque esta se tiene por verdadera especie de enagenacion, ex Clement. 1. de rebus Eccles. non alienand. in fin. Gloss. ibi. verb. Locationes. Puede empero dicho poseedor del mayorazgo conceder à otro por los dias de su vida la comodidad sola de los frutos, y rentas del mayorazgo; como lo tienen todos los DD. segun dicho Molina, de iust. disp. 461. 466. y 470. num. 8. in princip.

291 Respondo lo 3. que el poseedor del mayorazgo, puede arrendar los frutos del, aunque el arrendamiento sea por toda la vida. Así lo tienen Arias Pinelo, in leg. 1. C. de bonis maternis, part. 3. à num. 66. y otros. Y la razon es; porque el arrendamiento, como quiera que sea, no puede transferir el dominio adhoc vtil, ni dar ius in re: Ergo, &c.

292 Respondo lo 4. que en quanto à si el poseedor del mayorazgo pueda darle à otro por los dias de su vida en contrato enfiteutico, tengo por mas probable que no pueda darle. Es comun de los DD. contra otros. Y la razon es; porque el

el tal contrato es verdadera especie de enagenacion; como consta, ex leg. vltim. de rebus alienis non alienand. Veanse Molina, de primog. lib. 1. cap. 21. y dicho Pinelo, num. 65.

Y si subpreguntares lo 10. Si el que con buena fe comprò del poseedor del mayorazgo alguna heredad vinculada, y con buena fe la mejorò à expensas propias, podrá pedir el suceso en el mayorazgo el precio que le costò la tal heredad, y los gastos que ha hecho en su mejora, y retenerse la tal heredad hasta que se le pague lo dicho?

293 Respondo lo 1. que el tal poseedor de buena fe puede recuperar las expensas de la dicha mejora, y el suceso en el mayorazgo está obligado à pagarlas. Así lo tienen ambos Burgos de Paz, Juan Garcia, Mieres, y Sanchez, que los cita, y sigue, contra Avendaño, y otros, tom. 2. consil. lib. 4. cap. 1. dub. 33. num. 30. Y se prueba.

294 Lo vno: porque por Derecho Comun está concedido esto al poseedor de buena fe; lo qual no quita la ley 46. de Toro, en que se funda la sentencia contraria. Lo otro: porque la equidad natural no permite que vno se haga rico con la hacienda de otro, y menos con el sudor del poseedor de buena fe.

295 Y lo otro: porque en dicho caso la misma posesion del mayorazgo, en que se han hecho las expensas, está por la misma ley hipotecada al poseedor de buena fe, que con buena fe hizo las dichas expensas, hasta que se le satisfagan, ex leg. in area, ff. de condit. indebitis. Ergo, &c.

296 Respondo lo 2. que el tal poseedor de buena fe podrá retener la dicha heredad hasta que se le paguen dichas expensas. Así lo tiene, con Gregorio Lopez, Burgos de Paz junior, Alvato Velasco, y Fano, dicho Sanchez, num. 14. y 32. y consta de la dicha ley in area, y de las leyes 41. y 44. tit. 28. part. 3.

297 Respondo lo 3. que el tal poseedor de buena fe está obligado à compensar las dichas expensas con los frutos percibidos de la tal heredad (considerada en el estado en que estava antes de las tales mejoras) hasta que recupere sus expensas, ó el suceso le pague. Así lo tiene con algunos modernos, dicho Sanchez, num. 15. y 34. contra vna Glossa, Bartulo, Matienço, Simancas, y otros: y se prueba.

298 Lo vno, porque así consta expreslamente de las leyes 41. y 44. tit. 28. part. 3. Y lo otro, porque à lo menos en el fuero de la conciencia está obligado à restituir los dichos frutos: como veremos en la materia de restitucion: Ergo, &c.

299 Respondo lo 4. que en quanto al precio que le costò la dicha heredad, se debe hazer el mismo juyzio que de las deudas del poseedor del mayorazgo: porque como aquel precio no se aya convertido en utilidad de la dicha heredad, no está la heredad obligada por él: Imò, la cosa hurtada, que se comprò con buena fe, se debe restituir al dueño, sin pedirle el precio de ella; como lo

tienen todos los Teologos. Por lo qual, si el suceso del mayorazgo no heredò otros bienes libres de su antecesor, ni el precio de la tal heredad se convirtió en utilidad perpetua del mayorazgo, no está obligado el suceso en él à pagarlo, como ni otras deudas del poseedor del mayorazgo, que fueron en utilidad de este, ó del suceso en él.

300 Mas si el dicho precio se huviesse convertido en utilidad del mayorazgo, en tal caso juzgo estará obligado el suceso à pagarlas; como se probò arriba, sect. 1. §. 4. Questio vnica, en la segunda respuesta à él, n. 155. y se colige, ex cap. de solutionibus. Imò, muchos DD. que cita, y parece seguir Machado, tom. 2. lib. 6. part. 1. tract. 2. ad doc. 6. num. 2. fundados en algunas leyes, son de sentir, que en tal caso la heredad, ó casa que se reparò con el dicho precio, queda tacitamente hipotecada al gasto que en ella se hizo, aunque sea de mayorazgo.

301 Pero en quanto à la obligacion que tiene el hijo suceso en el mayorazgo, à pagar las deudas que dexò el padre: Veanse lo que diximos arriba, en dicho §. 4. por todo él.

§. VI.

De la obligacion de los padres para con sus hijos en orden à las herencias, y testamentos.

Hazense algunos supuestos.

Antes de entrar à la averiguacion de las dificultades que directamente pertenecen à este Partafo, me ha parecido hazer las siguientes suposiciones.

302 Supongo lo 1. que todos aquellos pueden ser instituidos por herederos, que no están expreslamente excluidos por las leyes; y esto ora sean libres, ora esclavos; y ora sean personas particulares, ora qualquiera Comunidad, como Iglesia, Convento, Colegio, Aldea, Ciudad, &c. como consta, ex leg. 1. C. de sacrosanct. Eccles. leg. Omnibus, ff. ad Trebel. leg. 1. tit. 3. part. 6. leg. 2. & 4. tit. 6. part. 7.

303 Supongo lo 2. que los que no pueden ser instituidos por herederos, ó legatarios, son los siguientes: Lo 1. los Hereges, y Apostatas, ex leg. finali, C. de hereticis, & leg. Hi qui sanctam, C. de apostatis. Lo 2. los que creen, son receptotes, defensores, ó favorecedores de Hereges, ex Authent. Credentes, C. de hereticis. Lo 3. los que persiguen, ó hieren à algun Cardenal, ex cap. Falicis, de penis, in 6.

304 Lo 4. todos aquellos que por algun crimen no pueden hazer testamento, no pueden tampoco ser instituidos en testamento por herederos, ó legatarios; como lo tiene la Glossa, in leg. Is cui, ff. qui testamta, comunmente recibida de los DD. Lo 5. los Frayles Menotes; como consta de la

394

Clement. Exim; de verb. significat. §. Quia igitur. Vease Sylvestre, verb. Hereditas, 2. quest. 2. si bien no apruebo lo que dice en quanto a que el descomulgado no puede ser instituido por heredero: pues no ay Derecho alguno de que se pruebe lo dicho.

305 Lo 6. por Derecho del Reyno, qualquier Judio, o Mahometano; de tal fuerte, que si se instituyere, se debuelve la herencia a los herederos abintestato, ex leg. vltim. tit. 7. partit. 6. Y lo 7. por Derecho Canonico está tambien prohibido a todos los Clerigos, que instituyan por sus herederos a los Hereges, o Paganos, aunque sean sus deudos; como consta, ex cap. Si quis Episcopus, & cap. In eos, de heret. Esto supuesto, dividire dicho §. en tres titulos: en el 1. trataré de los hijos legitimos: en el 2. de los hijos naturales: y en el 3. de los espurios, como se sigue.

De la hereditaria sucesion de los hijos legitimos

Preguntará lo 1. Si los padres están obligados a dexar por herederos de sus haciendas a sus hijos legitimos? y a falta de ellos a sus nietos, viznietos, &c.?

306 Respondo afirmativamente: Es de todos los DD. y está así determinado en la Authentica. Et cum de appellatione cognoscitur, §. Aliud quoque capitulum, & §. Causas autem, collat. 8. y en la ley 4. y en las dos siguientes, tit. 7. partit. 6. y en otras. De tal fuerte, que si no le instituyere por heredero, o le desheredare por alguna causa expresa, y justa de las que señalan dichos Decretos, en tal caso tiene derecho el hijo, &c. a dezir que es nulo el tal testamento, por aver sido preterido en él.

Preguntará lo 2. Si quando el padre dexó al hijo alguna parte de su legitima, mas no toda la que debia dexarle por Derecho, deba dezirse en tal caso nulo el tal testamento, o a lo menos inoficioso?

307 Supongo: que el hijo no puede dezirse preterido en tal caso, pues se hizo mencion del en el dicho testamento. Esto supuesto.

308 Respondo: que el tal testamento es valido: y que aunque por Derecho comun antiguo se le concedia al hijo en semejante caso accion, y querrela de inoficioso testamento, porque se presumia desheredado en lo demás, ex leg. Papinianus, §. Quoniam autem, quarta, ff. de inoficioso testamento, leg. Cum queritur, C. eodem, §. fin. instit. eadem tit. Pero por Derecho nuevo, y del Reyno, no se le concede al hijo accion contra el de inoficioso testamento, sino solo se le permite accion ad supplementum, para que se le de lo restante de la legitima; como despues de la ley Omni modo, C. de inoficioso testamento, consta de la dicha Authent. Et cum, §. Hec autem, collat. 8. Y lo mismo consta del §. Sed hec instit. de inoficioso testam. y de la ley 5. tit. 8. partit. 6.

309 Pero si acaso el padre desheredasse in-

justamente al hijo, se le concede accion a este de inoficioso contra el tal testamento del padre, totit. ff. & C. de inoficioso testam.

Preguntará lo 3. Si el padre, o la madre podrá dexar alguna cosa mas en testamento a algun hijo, que a los otros?

310 Respondo afirmativamente, con tal que no prive a los otros hijos de su legitima porcion. Así lo tiene con Megala, Homobono, Sa, Beya, Bonacina, Philiarco, y otros, Diana, part. 1. tract. 8. ref. 83. Y la razon es; porque como dichos bienes sean del mismo testador, puede dexar a uno mas que a otro. Ni por lo dicho le ha de dificultar el Confessor la absolucion al padre, como bien dicho Diana, part. 5. tr. 3. ref. 130.

311 Imo: todo lo que sobra despues de las legitimas de los hijos, puede el padre de rigor dexarlo a vn extraño, y dezir a los hijos, vt quisque tollat quod suum est, & vadat, y no por esto se les debe negar la absolucion; como con Philiarco, lo tiene dicho Diana, dist. part. 1. tr. 8. ref. 83. y con los dichos Trullench, in Decalog. cap. 18. dub. 10. num. 2. circa finem.

312 Y caso que lo hagan por odio, y no quieran mudar el testamento, distinga el prudente Confessor lo que es pecado de lo que no lo es; y si no depusiere el odio, no le absolua. Pero si depusiere el odio, y le pesare de lo pasado, y no quisiere mudar el testamento, debe ser absuelto, y no puede el Confessor obligarle a que le mude, aunque pecasse en ello venialmente, porque el pecado venial no impide el efecto del Sacramento, ni quita la gracia; como lo tienen dichos Philiarco, Diana, y Trullench; y dicen, que cuidadosamente advierten lo dicho; porque ay algunos Confessores, que con los enfermos, y que están en el articulo de la muerte, parece que tratan mas del negocio, y causa de los parientes, y conflaguinosos; que la causa del alma del moribundo, y no quieren absolverlos, si no mudan el testamento, y le hazen conforme a la voluntad de los conflaguinosos; de donde muchas vezes los inducen a desesperacion. Hasta aquí los dichos.

Preguntará lo 4. Si podrán los padres con buena conciencia mejorar en testamento a vno de sus hijos, nietos, o descendientes?

313 Respondo afirmativamente; Es comun de los DD. Consta de los Derechos que se citarán abaxo, y de lo dicho ya en el Questo inmediatamente antecedente, y de lo dicho en el §. 5. Questo 10. Y añado, que para esto no es necesario que aya causa; porque las leyes no dan esta autoridad a los padres, como a administradores de sus hazien- das, sino como a señores; y así no es menester mas causa, que quererlo hazer. Vease en dicho §. 5. Questo 12.

Preguntará lo 5. En quanta cantidad le pueda mejorar?

314 Respondo: que por Derecho comun en las dos partes de la hacienda; como consta del Au-

Authentico nouissimo, Cod. de inofficioso testamento. Pero en estos Reynos de Castilla puede ser la mejora en el tercio de la hacienda, y remanente del quinto; esto es, en lo que queda del quinto despues de sacados los gastos, funeral, y legados, y en todo el tercio; como consta de la ley 17. y 19. de Toro.

315 Advierto lo 1. que esta mejora puede ser por causa de dore; porque aunque ay vna ley que lo prohibe, no está recibida en vfo; como dixere arriba en el §. 5. Questo 11. Vide ibi.

316 Advierto lo 2. que dicha mejora, en quanto al tercio, no se puede hazer a vn pariente, ni a persona que no sea hijo legitimo, nieto, viznieto, &c. ni se puede poner clausula de que en fin de los dias del hijo, nieto, &c. palle esta mejora a otro tercero.

317 Advierto lo 3. que la mejora que hiziere el padre en testamento, queda siempre revocable, de la misma manera que el testamento. Pero es tambien de advertir, que aunque el testamento se rompa por pretericion, o desheredacion, si en él hubo mejora de tercio, y quinto, vale; como si el testamento no se rompiese; y el hijo mejorado, como quiera que sea, si quisiere, puede repudiar la herencia, y aceptar la mejora, pagando ante todas cosas las deudas del padre; y como todo consta de la ley 21. y 24. de Toro. Veanse otras cosas acerca de dichas mejoras, y de la legitima porcion de los hijos, en nuestro tomo de las Proposiciones, tr. 5. conf. 16. a num. 8. ad 15. pag. 302. de la impresion segunda.

Preguntará lo 6. Si teniendo los padres bienes castrenses, o quasi castrenses, podrán desheredar de ellos a los hijos legitimos?

318 Respondo afirmativè, por Derecho Comun, ex leg. fin. C. de inofficioso testam. Pero en estos Reynos de Castilla no es licito, ni en vno, ni en otro fuero; como se determina en la ley 6. de Toro.

319 Advierto empero lo 1. que para que heredre el hijo, es necesario que despues de nacido viva por lo menos veinte y quatro horas naturales, y que sea bautizado antes que muera, alias será tenido por abortivo, y no podrá heredar, ex leg. 2. tit. 8. lib. 5. Recopil.

320 Y en la ley siguiente se dice, que los hijos deben traer a particion la dote, y qualquiera otra donacion que huvieren recibido, si quieren heredar. Pero si no quisiesen aceptar la herencia, no tendrán obligacion a lo dicho; salvo si la dote fuesse inoficiosa; esto es, demañada. Villalobos, tom. 2. tr. 30. dif. 15. n. 5. y 6.

321 Advierto lo 2. que en las partijas, primero se ha de sacar el quinto de la hacienda, y despues el tercio; conforme a la ley 214. del Elylo, y lo tiene, con Azebedo, Angelo, y otros, dicho Villalobos, num. 7.

322 Y en el num. 8. dice: que para mayor claridad de las partijas, se puede reducir todo el

cuerpo de la hacienda a quinze partes: y que las tres de ellas serán el quinto, y las quatro de las doze que quedan, serán el tercio: de manera, que tercio, y quinto son siete partes de quinze.

Preguntará lo 7. Por quantas causas puedan los padres desheredar a los hijos?

323 Respondo, que por las 14. siguientes: La 1. por aver puesto manos violentas en su padre, con defacato que llegue a culpa mortal. La 2. por averle infamado, hablando mal del en cosas graves. La 3. por no aver rescatado a su padre cautivo, pudiendo. La 4. porque estando el padre preso por alguna deuda, o delito, no le quiso fiar el hijo para que saliese de la carcel. La 5. por conocer deshonestamente a su madrastra, o a la concubina de su padre. Si bien para esto deben concurrir en la concubina las calidades que pide el Derecho Civil, in leg. 1. ff. de concubinis; esto es, que sea unica, & domi retenta, segun Covarrubias, vbi infra, num. 15.

324 La 6. por aver acusado a su padre delante de algun Juez en los casos que no podia denunciarle. La 7. por aver impedido injustamente al padre el hazer testamento. La 8. por aver tratado con hechizeros, acompañado con ellos, y usado de hechizes. La 9. por averse hecho Comediante contra la voluntad de su padre, no aviendolo su padre sido tambien Comediante: aunque Molina, vbi infra, numer. 10. dice no estar esta pena recibida en vfo. La 10. si se apartó de la Fè Catolica. La 11. si no recogió, y cuidó de su padre, estando loco. La 12. si puso assechanças a la vida de su padre con veneno, o con otro qualquiera modo. La 13. si la hija se dió a la deshonestidad publicamente. Y la 14. si secasó contra la voluntad de sus padres. Pero estas dos causas, por mas dificultosas, se examinarán despues en los dos Questos siguientes.

325 Por las dichas causas pueden los padres desheredar a los hijos legitimos; como consta de la Authentica, Et cum de appellatione cognoscitur, §. Causas autem, y de las leyes del Reyno 4. 5. y 6. tit. 7. part. 4. y leg. 4. y 5. tit. 7. part. 6. y de otras. Veanse Covarrubias, in cap. Raynulfus, a num. 11. ad 15. Molina, de instit. tom. 1. disp. 176. a num. 14. ad 16. Fagundez, in Decal. lib. 2. cap. 3. a num. 29. ad 40. Villalobos, tom. 2. tr. 30. dif. 18. Machado, tom. 2. lib. 6. part. 7. tract. 6. doc. 24. y otros. Y con justissima razon: porque el desheredarlos por dichos crimines es vtil al bien comun; conviene a saber, para que los hijos teman, y se contengan en la obediencia, y reverencia de sus padres. Y tambien es muy conforme al Derecho natural, que los padres puedan castigar a los hijos malos, y rebeldes: Ergo, &c.

Preguntará lo 8. para inteligencia de la causa 13. Si la hija que cayó en fornicacion vna, o dos vezes, bastará esso para que el padre pueda desheredarla?

326 Respondo negativamente. Así lo tiene con