

duccion de la cosa locada ó alquilada. Lo mismo es en la compra y venta en que el vendedor se obliga á dar la mercadería, y el comprador á pagar el dinero; y lo mismo es en los contratos del mutuo, cen-

so y otros semejantes, en que se gravan las dos partes. Todos estos se llaman onerosos; y para mayor claridad se irán explicando así unos como otros por su órden.

Ademas del cambio real y cambio seco han inventado todavía otro que llaman cambio *obligo*, el que segun N. SS. P. Benedicto XIV. se dispone en la forma siguiente. Pide un mercader á un cambista mil doblones, y este se le niega por no poder llevar cosa alguna *ultra sortem* por razon de empréstito: mas viendo que todavía insta, se componen los dos en estos términos: toma el mercader los mil doblones, y da facultad al cambista para que á título de resarcirse pueda celebrar un contrato de cambio con el mismo mercader ó con otro para recibir otra tanta cantidad que él pueda destinar para negociar, obligándose al mismo tiempo el mercader á darle, hasta verificarse la paga, los gastos que por razon del cambio hiciere ó debiera hacer, en caso que recibiese dicha cantidad de algun otro campsor. Tal vez el que recibe el dinero prestado se obliga á emplear en cambios dicha suma, y á pagar anualmente lo que debiera lucrar en ellos, ó lo que en efecto lucrare: este modo es el mas comun.

En este contrato parece que resulta un título legitimo para que el cambista lleve *ultra sortem* lo prometido por el mercader; porque si en el primer modo tiene que probar haber recibido de otro cambista dicha cantidad para emplearla en sus cambios; en el segundo modo de contratar, en el qual toma el mercader sobre sí la obligacion de emplear en cambios activos dicha cantidad, siempre se verifica que no habiéndola empleado así, quedó por él el no haberla empleado, y debe pagar al cambista lo que pudiera haber lucrado en los cambios; y si dió á cambios la cantidad que le prestaron con dicha condicion, las ganancias deben ser para el cambista, por haberse así pactado.

Por esta razon defienden este contrato graves autores con el Cardenal de Luca; pero esto se entiende en el fuero externo, en el que pudiera no darse por inválido ni usurario. Mas hablando en el fuero de la conciencia, en que solo se atiende á la verdad, es moralmente inexcusable de usura; porque ¿quién podrá persuadirse á que el mercader entra en semejantes condiciones sino obligado de la necesidad? ¿quién podrá creer que quando se ve en la precision de tomar prestada aquella cantidad, irá á emplearla en cambios? Luego este es un contrato en que va paliada la usura, y se debe sospechar que tantos rodeos solo tiran á encubrir la usura; por lo qual es uno de los que aconseja el SS. P. Benedicto XIV. que se deben exterminar en todos los Sinodos.

TRA.

TRATADO V.

DE LOS CONTRATOS GRATUITOS.

96 Los contratos gratuitos ó lucrativos, que son aquellos en que una parte utiliza, y la otra queda gravada, son los siguientes: *Promesa, donacion, comodato, precario, y depósito*; á los quales tambien se les juntan los *testamentos, legados, y ultimas voluntades.*

§. I.

De la promesa y donacion.

97 La promesa se define así:

Est deliberata, & spontanea fidei obligatio, facta alteri de re licita possibili, ipsique grata. Dicese *deliberata*, porque se ha de hacer con advertencia, y con aquel consentimiento que se requiere para pecar. Pónese *spontanea*, para excluir toda fuerza, engaño, y miedo; sino que se haga con juramento. Dicese *fidei obligatio*, en que se distingue del propósito, que este no obliga, pero la promesa induce obligacion. Dicese *de re licita*, porque la promesa ha de ser de cosa buena, y si no lo es, no obliga. Pónese finalmente *de re possibili, quia ad impossibile nemo tenetur*; y si á la promesa sobreviene alguna especial mutacion de cosas, la qual previs-

Tomo II.

ta no se hiciera, tampoco obliga v. gr. prometes futuro matrimonio á Rosa: ella despues fornicia, no quedas obligado á la promesa.

98 La promesa exteriormente hecha á otro hombre, y aceptada por él, obliga en conciencia y *ex justitia*; y el fundamento es; porque la recta razon dicta que aunque sea al enemigo se le debe guardar la palabra; la qual es fundamento de la sociedad humana, y como dice aquel axioma vulgar: *Fune bos capitur, verbo ligatur homo*; y tambien aquel prolequio: *Omne promissum vadit in debitum.* Dicese *aceptada por el hombre*, porque antes de la aceptacion se puede revocar, y no obligará en conciencia, porque la obligacion nace del consentimiento de la otra parte. Opinion hay que dice, que la promesa que uno hace á otro, aunque esté acep-

Gg

ta-

tada, solo obliga á pecado venial el cumplirla; pero lo primero es lo mas comun y probable.

99 La donacion se funda en la promesa, y se define así: *Est donatio liberalis, seu translatio domini alicujus rei in alium*. La donacion tiene las mismas condiciones que la promesa. La donacion una es *perfecta*, y otro *imperfecta*. La perfecta es la que se hace con la entrega de la cosa, y transfiere el dominio *in re*. La imperfecta es solo verbal, sin haberse entregado la cosa, y por ella no se adquiere el dominio *in re*, sino solo el derecho *ad rem*. Dividese tambien en donacion *inter vivos*, y en donacion *causa mortis*. La donacion *inter vivos* es la que se hace sin respeto ni consideracion de la muerte, queriendo que la cosa que se dona pase al dominio del donatario. Y la donacion *causa mortis* es la que se hace por consideracion de la muerte, queriendo que el donatario la goce despues de la muerte del donante. Distinguese en que la donacion *inter vivos* no se puede revocar; pero si la que se hace *causa mortis*, así como se hace *causa mortis*, así como se hace qualquier testamento, porque incluye una condicion implicita, *nisi revocatur*; mas si ninguna de ellas está aceptada, se podrán revocar por el donante, aunque sean hechas por público instrumento.

100 Toda donacion, ora sea *inter vivos*, ora sea *causa mortis*, no solo aceptada, sino tambien entregada, se puede revocar *ex jure* en muchos casos. Lo I. por la enorme ingratitud del donatario; es á saber, por injurias atroces que hizo al donante por manos violentas; si *scientes* lo ha hecho grave daño en sus bienes, ó si no le queria alimentar hallándose con necesidad. II. Si quando hizo la donacion no se hallaba con sucesion, puede revocar la donacion *superveniente prole*, aunque se hubiese firmado con juramento; y aunque á la Iglesia, ó causa pia se hubiese hecho donacion, se debe revocar *superveniente prole, usque ad filiorum legitimam*.

§. II.

Del *commodato, precario, y depositum*.

101 **E**L *commodato* se define así: *Est contractus, quo res alicui conceditur ad certum usum sine translatione domini*: esto es, quando se empresta una cosa á otro para cierto y determinado uso: v. gr. pides á Pedro un breviario para rezar, y estás obligado á volverle el mismo breviario. Distinguese el *commodato* del mutuo, en que en este se transfiere el uso y el dominio de la cosa mutuada ó pres-

ta

tada, como abaxo se dirá en el mutuo; pero en el *commodato* solo se transfiere el uso de la cosa que se presta para determinado uso: la qual cosa se ha de volver individual al mismo dueño, como en el *breviario* que se dió para rezar. Distinguese tambien en que el mutuo es contrato oneroso en que ambas partes quedan gravadas; mas el *commodato* es un contrato lucrativo ó gratuito en que solo interesa el *commodatario*. En el *commodato* está obligado el *commodatario* á restituir la cosa *commodada*, ó *emprestada*, ora perezca por culpa *lata*, por leve ó *levissima*, sino que perezca por caso fortuito; pero si precede pacto de restituirla por caso fortuito, en este caso habrá obligacion de restituir por razon del pacto.

102 El contrato *precario* se define así: *Est liberalis concessio usus rei, quoadusque domino placuerit, sine translatione domini*. Es muy semejante este contrato al *commodato*, y solo se distingue en que en el *commodato* se presta la cosa para cierto y determinado uso; pero en el *precario* se presta liberalmente sin determinar tiempo: v. gr. Juan te presta una mula para un viaje de dos dias; esto es *commodato*; pero si te la presta indeterminadamente hasta que él te la pida, es contrato de *precario*.

103 El depósito se define así: *Est contractus, quo res alteri gratis custodienda traditur, ut eadem numero reddatur, cum à deponente repetita fuerit*. Dicese *custodienda*, porque no es lícito al depositario usar de la cosa depositada, sino que debe guardarla: mas si con buena fe presume la licencia del dueño, no pecará, aunque esto no sería contrato de depósito, sino de *commodato*; pero adviértase, que si la cosa depositada se da cerrada, es visto que no es voluntad del dueño dar facultad para usar de ella. El depositario no estará obligado á restituir la cosa depositada quando esta perezca por culpa suya leve ó *levissima*, sino que se haya obligado por pacto; pero lo está quando se pierde por culpa *lata*, porque este contrato es en favor *solius dantis*.

§. III.

Del testamento y *codicillo*.

104 **E**L testamento se define así: *Est nostræ voluntatis justa sententia de eo, quod de bonis suis quis vult fieri post mortem suam cum institutione hæredis*. Para que sea válido el testamento ha de ser con las solemnidades del derecho civil; pero si es en favor de causas pias, aunque se haga sin las dichas solemnidades, es válido, y obliga en la con-

ciencia; pero será muy acertado para evitar inconvenientes y pleytos, que si el enfermo le pide al Párroco ó Confesor que anote los legados pios, lo haga llamando por lo menos dos testigos, y bastará aunque sean mugeres. Los que no tienen libre administración de bienes no pueden hacer testamento. De que se infiere, que los hijos de familia que están baxo la patria potestad, no pueden testar aunque hayan pasado de la pubertad, sino que sea de los bienes *castroneses* ó *quasi castroneses*; porque tienen libre administración de dichos bienes. Tampoco pueden testar los Religiosos profesos en Religión aprobada, porque no tienen administración de bienes, pero pueden testar los Novicios y Novicias de qualquiera Religión antes de profesar. Aunque los Religiosos profesos no pueden testar, como consta del derecho (a), podrán ser albaceas ó testamentarios con licencia de sus preladis, y no estándoles esto por en regla prohibido, como sucede á los Franciscanos.

105. El testamento, aunque se haya hecho con juramento de no revocarse, válidamente se puede revocar; porque el testador hasta morir *est sui juris*; pero

no será licito revocar el testamento jurado por la irreverencia que se hace al juramento. Limitase quando se hizo contra las leyes justas: v. gr. casa una hija con persona desigual contra la voluntad de sus padres, y estos ordenan el testamento jurado desheredándola: licitamente podrán revocar el testamento, porque fue hecho injustamente.

106. Los padres tienen obligación á dexar la hacienda á sus hijos legítimos; pero no pecarán si por amor especial, habiendo causa justa, dexan á un hijo mas que á otro de aquello que sobra, dexando á cada uno su legitima, como no se haga por odio, ó haya escándalo. Si el hijo ha cometido algun delito atroz lo puede libremente desheredar el padre, como es en los casos siguientes. I. Quando el hijo pone manos violentas en sus padres, interviniendo culpa mortal. II. Quando el hijo gravemente contumelia en público á sus padres. III. Si intentó quitarles la vida. IV. Si el hijo acusó á sus padres en causas criminales, como no sean contra el Principe, ó patria y semejantes. V. Quando estando presos piden al hijo que salga fiador, y no lo quiere hacer. VI. Quando impiden que el padre haga testamento. VII. Quan-

(a) Ex cap. 2. de Testam. in 6.

Quando el padre está cautivo, y el hijo no le quiere rescatar. VIII. Quando el padre, queriendo casar la hija, y dotarla segun su calidad, y ella no quiere confesarse de estas materias: se hace pública ramera. Otras causas hay que se pueden ver en los Autores.

107. Los albaceas ó testamentarios se instituyen para hacer executar la voluntad del testador, mirando en todo su intencion; y el heredero está obligado en conciencia á pagar por este orden: I. Lo que se ha de restituir á su dueño. II. La sepultura, porque el difunto se reputa por pobre en extrema necesidad. III. Las expensas del funeral; y si el difunto dexare deudas, y duda si se puede satisfacer á ellas, se ha de gastar en el funeral solo lo preciso para la decencia. IV. Los votos del difunto, y despues las misas y legados pios.

108. El codicilo se define así: *Est parvus codex ultimam aliquam voluntatem continens, absque heredis directa institutione.* Se distingue del testamento, en que para el codicilo no se requiere tanta solemnidad; pues en él no se instituyó heredero, sino que solo sirve para mudar alguna cosa del testamento, ó para distribuir legados, ó para substituir otro

heredero en defecto del primero. Advierta el Confesor, que no debe implicarse en los negocios temporales del penitente; y quando confesare al enfermo procure abstenerse de estas materias: solo cuidará de la salud espiritual, avisándole que disponga con tiempo sus cosas temporales con claridad para que no haya pleytos y discordias: que guarde equidad y justicia en el nombramiento de heredero: que declare las deudas si las hubiere, y le advertirá todo lo demas que conduce para la seguridad de su conciencia; y si tuviere que restituir, se portará como se dixo en la parte III. precepto IV. del Decálogo. Advierta tambien, que se debe portar con desinterés, no consintiendo que el testador enfermo á quien asiste haga mandas ó legados que puedan connotar en su favor, porque estos nunca tienen la mejor vista; y en el Auto acordado da 1713 (a) están dados por nulos todos los hechos por los testadores enfermos, no solo á favor de los Confesores que en su enfermedad los asisten, sino tambien á favor de sus parientes, Iglesias ó Religiones.

§. IV.

(a) En el tomo 3. de Autos acordados, núm. 10. lib. 5. Auto 3.

§. IV.

De los legados.

109 **E**L legado se define así: *Est donatio quedam à defuncto relicta, & ab herede præstanda.* Uno es profano, que sirve para profanos usos: y el otro es pio, que se ordena para causas pias, y sufragio de las ánimas, como son misas, limosnas para hospitales &c. Los testamentarios y herederos estan obligados *sub mortali* á fundar los legados profanos, ó á pagarlos al año despues de la muerte del testador; y los legados pios dentro de quinze dias despues de presentado el testamento delante del juez, como lo ordena el Derecho, sino que el testador haya señalado tiempo; y el mismo Derecho llama á los Testamentarios que detienen los legados pios, *matadores de almas*, porque son causa de que esten peñando en el purgatorio, y no deben ser absueltos hasta que cumplan con ellos. Hecha la fundacion de los legados pios, se deben pagar no solo por diez años, sino por todo el tiempo que fue la voluntad del testador; y lo contrario está condenado por Alejandro VII. en la proposicion 43, que decía así: *Annui legatum pro animabus relictum non durat plusquam decem annos.* Los Notarios,

ó Escribanos estan tambien obligados *sub mortali* á manifestar, ó á dar cuenta á los legatarios dentro de tres meses de los legados que les han dexado por el testamento quando lo ignoran, aunque los Escribanos no sean requeridos.

§. V.

Instruccion de Testamentos.

110 * **A**unque, como se advirtió arriba, el Párroco y demas Confesores deben abstenerse, en quanto les sea posible, de manejar los negocios temporales de sus penitentes, cuidando solo de la salud espiritual de sus almas, y avisándoles que dispongan lo que por respecto á temporalidades suyas ó ajenas tienen obligacion en conciencia; sin embargo no todas las veces se podrán abstraer del todo en esta materia, siendo no pocas en que la caridad dicta, ó ya que dirijan algun testamento, ó ya que el mismo Párroco ó Confesor lo escriban, por no haber otro á quien pueda fiarse esta diligencia, como sucede frecuentemente en las aldeas y campos quando se administran á los enfermos los Santos Sacramentos. Para el debido acierto en estos casos es necesario que los Confesores, y principalmente los Párrocos esten suficientemente instruidos en muchos puntos, y le-

leyes del Reyno, de cuya inobservancia se siguen gravísimos perjuicios. Este es el objeto de la presente instruccion; para cuya mayor claridad, á mas de lo dicho arriba se han de tener presentes las siguientes advertencias.

Advertencias previas.

111 * **A**dvirtase lo I. Que el testamento es de dos maneras, uno *in scriptis*, ó cerrado, por quanto no se manifiesta hasta despues de su muerte lo que el testador dispone en él: y otro *nuncupativo* ó abierto, en el qual se manifiesta á los testigos la disposicion testamental; y este se puede hacer por palabras, y por escrito, aunque esto último será lo mas conveniente para quitar equivocacion. En uno y otro, para que subsistan, y sean válidos, deben intervenir las solemnidades que pide el Derecho del territorio.

112 * Las que segun el derecho de Castilla deben concurrir en el testamento cerrado, son las siguientes: I. Que el testador sea sugeto hábil para testar, y que esté en su sano juicio quando lo hace, lo qual tambien es de derecho Natural. II. Que él por sí ó por otro escriba su disposicion, la qual, en pliego cer-

rado, y firmada la entregue al Escribano público delante de siete testigos, diciendo ser allí contenido su testamento. III. Que de todo esto, y á presencia de los testigos mismos, dé el Escribano fé, puesta allí mismo, y sobre la cubierta del mismo testamento. IV. Que subscriban todos los siete testigos, poniendo sus nombres con sus rúbricas, sellos ó signos: si algunos no supiesen, podrán firmar unos por otros, y aun tambien por el testador mismo, de modo que todas sean nueve firmas contada la del Escribano (a).

113 En el testamento *nuncupativo* han de concurrir las solemnidades siguientes: I. Que el testador declare su voluntad, ó ya sea por palabra, ó ya sea por escrito. II. Que esto lo haga ante Escribano público y tres testigos que sean vecinos del lugar á donde el testamento se hiciera. III. Que si se hace sin Escribano público, como tambien puede hacerse, sean cinco los testigos en la misma forma vecinos: si no pueden hallarse cinco testigos sugeto hábil para testar, bastarán tres testigos como sean del vecindario. Pero si el testamento fuese hecho ante siete testigos, aunque no sean de allí vecinos, ni pase ante Escribano público

(a) L. 2. tit. 4. lib. 5. Recop.

público, valdrá teniendo las otras calidades que el derecho previene (a). Si el testamento fuese *ad pias causas*, bastarán para su valor dos testigos. Mas en los testamentos de los ciegos, sordos y mudos son necesarios cinco testigos. En los codicilos deben intervenir la misma solemnidad y número de testigos que en el testamento abierto (b).

114 * Para la solemnidad y valor, así de los testamentos como de los codicilos, es tambien necesario que los testigos que en ellos respectivamente intervienen sean hábiles: y por hábiles para este efecto se entienden los que no son impedidos en el derecho, como lo estan los hereges, los que fuéron apóstatas de la fé, que llamamos renegados, los ladrones, homicidas &c., una vez que fuéron declarados como tales por sentencia pública. Estan tambien impedidos de ser testigos en testamento el heredero que en él se instituye con todos sus parientes, así ascendientes como descendientes y colaterales hasta el quarto grado. Ultimamente estan excluidos los que no tienen cumplidos catorce años, y las mugeres aunque los tengan, los siervos, los locos durante la locura, y los que estan privados de la admi-

nistracion de sus bienes, los mudos y los sordos. Sacados estos, todos los otros que no tengan impedimento que por derecho natural lo estorbe, pueden ser testigos del testamento. Para el testamento *ad pias causas*, en que no se requiere mas solemnidad que la que pide el derecho de las gentes, pueden ser testigos las mugeres: *imò*, estas en sentencia de muchos pueden serlo tambien en los codicilos; porque la ley que dispone haya la misma solemnidad en unos que en otros, se entiende en quanto al número de testigos, no en quanto á la calidad y sexò, como con Molina y Gomez dice Villalobos (c).

115 * Adviértase lo II. haber algunos que no pueden hacer testamento: estos son los impúberes, aunque no tengan padres, ni abuelos, ni tutores, ni faltos de juicio ó de memoria, mientras duran estos defectos; los pródigos que por autoridad del juez fuéron privados de la administracion de sus bienes; los mudos y sordos à *nativitate*; pero si lo fuesen por enfermedad ó accidente, podrán hacerlo por escrito de su puño, con presencia de Escribano público, y correspondientes solemnidades de

derecho. El condenado á muerte por delito puede testar de los bienes suyos que no se le confiscan, ó han de ser confiscados en virtud de la sentencia. El hijo que pasa de catorce años, y la hija de doce, aunque estén todavía baxo la patria potestad, pueden hacer testamento de los bienes suyos que adquirieron sin dependencia de sus padres. Martinez (a).

116 * El que siendo hábil para testar no quisiese, ó no pudiese hacer testamento inmediatamente por sí mismo, puede dar poder á otro para que en su nombre lo haga; y el testamento así hecho será válido, concurriendo los siguientes requisitos: I. Que este poder ó comision se dé con el mismo número de testigos, y solemnidad que se pide para el testamento. II. Que el *poderdante* declare en el poder que da al *poderhabiente* quién ha de ser el heredero; porque si esto no se declara, no puede el apoderado nombrar por herederos á otros que á los que *aliunde* sucederian ab intestato; y en este caso pasa la herencia á los dichos por beneficio de la ley, no en virtud del poder recibido, el qual solo aprovecha entonces al Comisario para pagar las deudas del

testador, y disponer del quito de sus bienes en funeral, misas y entierro, y otras obras pias provechosas al alma del difunto. El que recibió el poder para testar, debe hacerlo dentro de seis meses, estando dentro del rey no; y si se halla fuera, dentro de un año, contándose en uno y otro caso desde el fallecimiento del difunto; y no lo haciendo en dicho término, se declarará por *ab intestato*.

117 * Adviértase lo III. Que los hijos habidos de legítimo matrimonio, aunque esten fuera de la patria potestad, y emancipados, son así en testamento, como ab intestato, herederos forzosos de sus padres, y en su defecto los nietos y sus descendientes. Por el contrario, si los hijos ó nietos del testador no tienen descendientes legítimos, son herederos los legítimos padres y demas ascendientes, sin que los ascendientes y descendientes se puedan desheredar, sino es en los casos prevenidos por el derecho (b): lo qual se debe observar, salvo en aquellos pueblos en donde segun el fuero de la tierra se acostumbra volver los bienes al tronco, ó la raíz á la raíz. Ros. (c) Á falta de ascendientes y descendientes puede el

(a) Ley 1. tit. 4. lib. 5. Recop. (b) Ros. Cartilla Real, tom. 3. fol. 6. (c) Part. 2. trat. 30. diff. 6. n. 5.

(a) Librería de Juces, tom. 1. trat. 2. art. 4. núm. 13. (b) Consta de la ley 1. tit. 8. lib. 5. Recop. (c) Cartilla Real, tom. 2. fol. 19.

el testador instituir válidamente por heredero de sus bienes á qualquier extraño, omitidos los parientes colaterales propios; porque estos solo son herederos forzosos de *intestato*, y no en *testamento*.

118 * Dixe válidamente, porque si el dicho testador tuviese hermanos ó parientes pobres, y los olvidase en su *testamento*, sin dexarles algun competente socorro, pecará, aunque solo teste *ad causas pias*; porque esto nunca sucede sin que resulte admiracion y escándalo: y no se presume piadosa aquella disposicion en que se falta á la piedad. El hijo póstumo, esto es, el que nació despues de muerto su padre ó madre, les sucede necesariamente en sus bienes y acciones, no siendo abortivo; y por abortivo se reputa quando claramente constase, que por razon del poco tiempo que mediaba despues de su concepcion no podia vivir naturalmente, y aunque pudiese, no sobrevivió veinte y quatro horas naturales, ó aunque las viviese, no fue bautizado en aquel interin (a): fuera de estos casos se reputa por parto natural, y legitimo heredero de sus padras: y si estos no le atienden en su *testamento*, lo anula, y rompe en quanto á la legitima

que pudo pertenecerle.

119 * Los hijos ilegítimos, si son naturales, esto es, concebidos ó habidos por sus padres quando estaban sin impedimento para casarse licitamente sin dispensa, aunque no se hayan legitimado por el subsiguiente matrimonio, no teniendo los padres descendientes legítimos, y declarándolos como suyos, pueden ser instituidos herederos en su *testamento* (b). Mas si el padre muriese ab *intestato*, solo suceden en la sexta parte de la hacienda (c). Si el padre tiene hijos legítimos, solo podrá dexar en su *testamento* á los ilegítimos, de qualquier condicion que sean, el quinto de su hacienda, de que puede disponer por su alma. Lo que se ha dicho de los hijos tiene tambien lugar en los nietos naturales, esto es, que suceden á los abuelos en la forma dicha en *testamento* y ab *intestato*. Y estos y los demas ascendientes suceden tambien en la forma expresada á los hijos ó nietos naturales. Si la madre no tiene hijos legítimos, la suceden los naturales, no solo en *testamento*, sino tambien ab *intestato*: y tienen contra ella accion de *inofficioso testamento*, si no los nombra, lo que no tiene contra el

(a) L. 2. tit. 8. lib. 5. Recop. tit. 13. p. 6. (b) L. 9. tit. 8. lib. 5. (c) L. 8.

el padre. Villalobos (a).

120 * El hijo espurio, esto es, el que nace de padres que no podian casarse quando le tuviéron, ni en *testamento*, ni ab *intestato* sucede en los bienes del padre; ni este le puede dexar mas que los alimentos, que estos á ninguno se los pueden prohibir, por ser debidos por derecho natural; mas si la madre no tuviese hijos legítimos, aunque tenga ascendientes, la sucederá en *testamento* y ab *intestato* el espurio, con tal que este no sea concebido en pecado por el qual la madre mereciese pena de muerte como si adulterase, siendo casada, aunque sea con soltero; pero aun en este caso podrá la madre dexar el quinto de sus bienes al espurio. Si la madre en tener el hijo no pecó, ó porque fue oprimida, ó porque pensó con error que trataba con su marido, ninguna pena merece, y de consiguiente el hijo que concibió sucede á la madre como si fuera legitimo. Villalobos citado.

121 * Adviértase lo IV. Que quando el testador no tiene herederos forzosos, esto es, que deban segun las leyes ser precisamente instituidos en su *testamento*, puede repartir sus bienes en la forma que quisiere, mas te-

niéndolos, solo puede libremente disponer del tercio de sus bienes, quando los herederos forzosos son únicamente sus ascendientes. Pero si fuesen descendientes, como son hijos, ó nietos, no puede disponer del tercio sino á favor de alguno de ellos, á los quales puede mejorar en el remanente del quinto, escogiendo de ellos para entrambas mejoras al que quisiese, aunque sea el nieto, omitido el padre, y señalársele, y aun gravársele en la forma que le gustare. Porque en las mejoras de tercio y quinto puede el testador disponer libremente aun entre los descendientes propios; mas quando tiene de estos, solo puede disponer del quinto á favor de los extraños. Para la deducion del tercio y quinto se ha de considerar el caudal, no en el estado que tenia quando hizo el *testamento*, sino en el que se hallaba quando murió el testador, deducidas las dadas si las hubiese; y así del caudal líquido deben deducirse las mejoras, rebaxando tambien del quinto el importe de los legados, mandas, entierro, funeral y misas; porque de otro modo dispondria el testador sobre mas del quinto, lo qual en Castilla no pueden hacer habiendo herederos forzosos.

INS-

(a) Tom. 2. trat. 30. difi. 13.

INSTRUCCION.

122 * **S**upuestas estas advertencias, y otras que se deberán adquirir de los libros que tratan mas de propósito sobre este asunto, ante todas cosas procurará el Párroco exhortar á sus feligreses á que hagan y ordenen sus testamentos quando estan buenos y sanos, ponderándoles oportunamente en sus públicas y privadas pláticas, que el testamento en los que tienen de que disponer es una de las disposiciones para bien morir; en la qual se debe poner todo el cuidado y atencion, dexando bien dirigidos y declarados todos sus asuntos; y para esto se necesita de mucha serenidad y reposo, y aun algunas veces de muchas consultas y tiempo; que haciéndolo en salud, hay tiempo para todo, y tambien para corregirse, en caso de haber errado en algo: que en dexarlo para la última enfermedad, la qual no sabemos como será, es muy regular que el tiempo falte: y caso que lo haya, es muy verosimil que con las molestias del accidente, y otras circunstancias que allí ocurren, se yarre irrevocablemente, ó ya sea haciendo injustas disposiciones, ó ya omitiendo algunos puntos que debian

en conciencia declararse, resultando de aquí despues muchas injusticias, pleytos, enemistades y odios, el gravísimo perjuicio, no solo de la fama, sino tambien del alma de quien hizo el testamento. Con estos y semejantes motivos exhortará el Párroco á que todos dispongan en salud sus testamentos. Y porque algunos se excusarán, porque tienen sus justos motivos, para que no se sepa de antemano su última disposicion, les dirá á estos, que para que nadie la sepa, aun los testigos y Escribano, que haga su testamento cerrado en la forma que queda dicho.

123 * Segundo: suponiendo que el Párroco y demás Confesores no se deben entrometer, ni ofrecerse á ser directores de testamentos de nadie, si alguno de su motivo, ó aconsejado por otro, los llamase para este efecto, en primer lugar acudirá á Dios nuestro Señor, pidiendo á su Magestad el acierto, y aconsejará á la persona que le consulta que tambien haga lo mismo. Hecho esto, y bien actuado de lo que el testador quiere disponer, si en la disposicion proyectada hubiese alguna duda, remitan á la persona á que la consulte con los Abogados; porque como dice Villalobos (a), esta ma-

(a) Villal. tom. 2. trat. 30. difi. 27.

materia mas pertenece á los Juristas que á los Teólogos; por lo que aquí deben ser aquellos preferidos, sino que estos sean hombres muy hechos, y versados en el deracho positivo.

124 * III. Hecho esto, y bien recapitado ya el testador de todos los asuntos, antes de formar su disposicion, si fuese en salud, se le prevendrá que se prevenga con una fructuosa confesion de sus pecados, y con la devota percepcion del Sacramento de la Eucaristía: si fuese en estado de enfermedad, que sea luego presto, recibiendo solo el santo Sacramento de la Penitencia, salvo si la enfermedad pidiese que reciba los Sacramentos por viático, que entonces esto debe ser lo primero, disponiéndose con la recepcion de uno y otro Sacramento. Esta circunstancia es muy precisa; porque si el testamento se hiciese en pecado mortal, no le aprovecharán al testador para aumento de gracia y gloria, ni para satisfaccion de sus culpas, las mandas pias, aunque sean muchas que dexase, y solo si muriese en gracia le aprovecharán, por la aplicacion del que las ofrece, como advierte el citado Villalobos, alegando la comun de los Doctores.

125 * IV. Dispuesto ya el

testador, le preguntará el Párroco si tiene contra sí algunas deudas. Y en caso de tenerlas le mandará que ante todas cosas las restituya efectivamente, pudiendo; y en caso de no poder por entonces, le ordenará que las declare con toda verdad en su testamento: en el qual ha de declarar tambien las deudas á su favor, quando no quiere, ó no puede perdonarlas.

126 * V. Hecha esta advertencia, y llegado ya el caso de escribir el testamento, cuidará el prudente Director de que el testador, poniendo su intencion en Dios, obre segun su Magestad le inspire, sin que se dé lugar á que por medio de engaños, mentiras, amenazas, ruegos importunos, y semejantes violencias, se trastorne su voluntad: porque en estos casos, por falta de voluntariedad, seria el testamento nulo (a); y aunque no lo sea, quando intervienen simples halagos y ruegos, siempre estos officios interesados traen muchos inconvenientes y perjuicios. Para cautelarlos todos conendrá mucho que queden solos el testador, Escribano, testigos (ni aun estos son necesarios hasta el caso de la publicacion), y albaceas que permite la ley estar presentes; y quando mas podrá asis-

(a) Villal. tom. 2. trat. 30. difi. 9.

asistir el mismo Director , si el testador lo pidiese. Mas así este como los demas que asisten , en ninguna manera impidan que el testamento se haga , ni en alguna de sus disposiciones alteren la voluntad del testador , quando esta no va contra razon , y descaminada ; porque de otra manera pecarian , segun la gravedad de la materia , y tendrán obligacion á restituir lo que con malas artes estorbáron que el otro consiguiera.

127 * VI. Procurará el Párroco ó Director que no sea instituido por heredero aquel que segun derecho no lo pueda ser ; porque instituir heredero reprobado para este efecto segun derecho , es lo mismo que no instituirle , y de consiguiente por derecho comun es nulo el testamento. Y aunque en Castilla por derecho especial (*de la Ley 1. tit. 4. lib. 3. Recop.*) la falta de institucion de derecho no anula el testamento en quanto á las mandas y demas disposiciones , siempre que *aliunde* se hizo con las correspondientes solemnidades , entrando entonces á suceder los que serian herederos *ab intestato*, siempre trae inconvenientes el hacer los testamentos imperfectos.

128 * Los impedidos por derecho para ser instituidos here-

deros son los desterrados para siempre , lo qual me parece debe entenderse si fuese á reyno extraño ; los espurios , los que se hacen bautizar dos veces , los Hereges , los Apóstatas de la fé , los que los creen , reciben y defienden. Los Moros y Judios no pueden ser herederos de los Christianos ; tampoco pueden ser instituidos herederos los que persiguen , prenden , ó hieren á los Cardenales. Tampoco pueden ser instituidos herederos los que profesan pobreza en comun , y en particular , como los Frayles Menores , Capuchinos y Observantes. Mas bien puede dexárseles á estos alguna cosa por via de legado , ó de limosna , y en términos que no pueda juzgarse es por via de herencia. Sobre lo qual puede verse á Villalobos (a) : véase tambien lo arriba dicho acerca de quanto pueden ó no heredar los ilegítimos.

129 * Si el testador tiene descendientes legítimos , á estos ha de instituir forzosamente por herederos : si no los tiene , deben ser instituidos los ascendientes : á falta de unos y de otros , con vendrá elegir alguno , ó algunos de los parientes colaterales antes que á los extraños , segun arriba queda prevenido. Si el que hace testamento fuese Clérigo , que vi-

vivió solo de Beneficio Eclesiástico , lo seguro , y lo que se debe aconsejar es , que instituya por herederos á los hospitales , pobres , y semejantes casas piadosas ; porque la institucion *ad causas profanas* en sentencia de muchos es nula , y en la de todos es peligrosa (a) : si tiene *aliunde* bienes patrimoniales , puede muy bien , por lo que hace á estos , testar á favor de sus parientes. Y para obviar cuestiones , dice el citado Ros , que hará memoria en el testamento de su propio Obispo , dexándole alguna cosa aunque sean solos los Brevarios.

130 * Nótese aqui , que el testador no solo tiene facultad para instituir heredero de los bienes propios suyos , sino que tambien al heredero primero instituido puede , conforme á derecho , substituirle otro ú otros en algunos casos. Si el padre quando testa tiene hijos ó hijas impúberes , puede por la substitucion que llaman *pupilar* substituirles el heredero que les ha de suceder , si muriesen en aquel estado : que viene á ser en substancia lo mismo que hacer por ellos testamento. Mas esta substitucion solo dura hasta que los hijos lleguen á la edad en que pue-

den hacerla por sí : ni puede hacerla la madre , porque no tiene patria potestad ; ni el padre al hijo , viviendo el abuelo ; ni este al nieto , viviendo el padre (b).

131 * Si el heredero instituido es hijo , que por prógido , por mentecato , por mudo y sordo , ú otras calidades , está impedido de hacer testamento , aunque ya sea puber y emancipado de la patria potestad , puede el padre substituirle heredero por la substitucion que llaman *exemplar*, hasta que él pueda disponer por sí. Esta substitucion puede hacerla no solo el padre , sino tambien la madre : y en ella es especial , que si el primer heredero tiene hijo ó descendientes , estos ó alguno de ellos han de ser forzosamente substituidos : si no tiene hijos , y tuviese hermanos , estos , ó alguno de ellos han de ser instituidos. *Imo*, es muy probable que en esta substitucion no se puede excluir la madre. Villalobos en el lugar citado , en donde se pueden ver otras substituciones , que no son tan necesarias para nuestro intento.

132 * VII. Acerca de las mejoras , especialmente de 3.^o y 5.^o, tendrá cuidado que nunca se hagan , aun quando tienen lugar , sin

(a) Villal. tom. 2. trat. 30. dñc. 14.

(a) Ferraris , verb. *Benefic.* art. I. núm. 3. (b) Villalob. tom. 2. art. 30. dñc. 24.

sin razonable motivo, que se expresará en el testamento, para que así cesen las quejas que por verse desiguales suele haber en los otros herederos. Esta advertencia se hace mas precisa quando alguno de los hijos, por haber casado á disgusto, ó por motivos semejantes, hubiese dado al testador algun notable sentimiento; porque entonces, de mejorar al otro, fácilmente se presume, y á veces con fundamento, que la mejora es señal de no haber perfectamente perdonado: de lo qual se sigue por lo comun escándalo, que debe atajar el Párroco, persuadiendo al testador que no todo lo que es licito es siempre conveniente: que los afectos de punto y honra se saben artificiosamente disimular con las apariencias de justicia y razon: que el testamento es una de las disposiciones para morir; y que el tiempo de disponerse para la muerte es el mas oportuno para dexarse engañar de las sofistéricas del amor propio, siendo el que con mas cuidado se debe emplear en perdonar agravios, en limpiar la intencion, exercitándose en actos de caridad y buen exemplo. De los mismos consejos se valdrá el Párroco quando viese tratar de desheredar al-

gun hijo: y no consentirá en que se haga, sino es en los casos que permite el derecho, siendo públicos y notorios; y aun entonces cuidará mucho en que proceda sin el menor espíritu de pasion ó venganza, y moviéndose solamente del zelo del bien comun y del amor á la justicia.

133 * VIII. En punto de legados y mandas tendrá el Párroco mucho cuidado que no se omitan en el testamento las forzosas, señalando aquello que es costumbre en los testamentos de su calidad: lo qual bastará que el testador declare con estos, ó semejantes términos, salvo si tuviese voluntad y bienes para mandarles cantidad mayor, que entonces se deberá expresar. Si la muger del testador fuese tan pobre que muerto él no tendrá de que sustentarse decentemente, se reputa por manda forzosa el que se la dexase la quarta parte de la herencia (a); y lo mismo *à contra*, quando el marido es pobre, si la muger que hace testamento fuere rica (b). Quando los legados, mandas y otras disposiciones testamentales, ya profanas, ya piadosas, son libres y voluntarias, se tendrá mucho cuidado: en que sean prudentes y discretas: que los legados

(a) Ley 7. tit. 13. parte 6. (b) Argum. l. 15. Tauri, lib. 6. tit. 13. Partid. 6. apud Murillo, Práctica de Testamentos, fol. mibi 5.

gados se hagan en términos que puedan subsistir y valer: que no sean nimios quando son perpétuos, para que no haya atrasos ni dificultades en pagarlos: que si se hacen algunas fundaciones de capellanías, vínculos &c. que se dispongan en términos que no sean en lo sucesivo fomento de dificultades y pleytos; y en todo se cuidará que el testador, aunque sea en su funeral, nada disponga con espíritu de vanidad, sino que todo lo disponga con el espíritu de caridad, prudencia, justificacion y piedad.

134 * Quando el testador dispone de estas cosas, como tambien de su entierro, misas &c. sepárense quanto les sea posible el Director ó Párroco, mostrando en todo un grande desinterés; y si les fuere pedido consejo, denlo, inclinándose siempre á lo mas razonable y mejor, sin poner determinacion alguna para que el testador les dexé á sí ó á los suyos alguna cosa, ni que elija sepultura en su Convento ó Iglesia, en lo qual han de poner exactísimo cuidado, especialmente quando él antes de ahora estaba determinado á enterrarse en otra parte, teniendo siempre mucho la excomunion XI. reservada *extra Bullam Cane*, apuntada *parte VI. trat. 2. n. 60.*

135 * IX. Se tendrá la advertencia de que los que se nombrasen por albaceas sean hombres de representacion, capaces, piadosos y diligentes, para que su disposicion se cumpla con la mayor exactitud y brevedad. Si el testador dexa hijos menores, ademas de nombrarles tutor ó curador, conendrá, segun ya se practica, que ponga cláusula expresa en su testamento, por la qual mande que la particion de sus bienes despues de su fallecimiento, se haga extrajudicialmente por tales sujetos de confianza (que podrán ser los albaceas mismos), sin otra intervencion de la justicia que de la de autorizar y legalizar la dicha particion, quando para este efecto se le presentase despues de hecha. Esta cláusula es importantísima para ahorrar derechos y gastos; pues en virtud de ella no puede entrar á hacerla la justicia, como en varios y modernos recursos ha resultado muchas veces en la Real Chancillería de Granada.

136 * Finalmente, declarará el testador todo quanto sea necesario saberse despues en orden á sus tratos, oficios y empleos; y si tiene hijos, declarará quales y quantos, nombrándolos por sus nombres y apellidos, y diciendo el estado que tiene cada uno. Si son habidos en diferentes matrimonios, declare tambien esto, diciendo con expresion

sion quales son del primero, y quales del segundo. Y en este caso, si quando falleció su primera muger no hizo particion juridica de los bienes que de esta heredaron, como debiera haberla hecho, lo declarará ahora diciendo quanto les tocó á cada uno; porque en aquellos bienes no pueden suceder los segundos hijos, habiendo alguno de los primeros, aunque los demas hayan fallecido baxo de la patria potestad, sino que pasan á los hermanos del primer matrimonio (a); y lo mismo se ha de decir si quien pasó á segundas nupcias fue la muger.

137 * Si al tiempo del matrimonio no se hizo escritura pública de dote, arras &c. declarará tambien el testador lo que por estos títulos hubiere dado á su consorte; porque de nada de esto puede él disponer, por pertenecer la propiedad á la muger: mas adviértase, que ningun hombre puede dar ni ofrecer por arras á su muger ó esposa mas de la décima de sus bienes libres, ni por vestido, joyas, ú otra cosa mas cantidad que lo que importa la octava parte de la dote que con ella recibiera; y haciendo lo contrario es nulo, y de consiguiente no tendrá obligacion

á declararlo (b): en donde tambien, sopena de nulidad, se ordena que ningun particular pueda dotar á qualquiera de sus hijas legítimas en mas de lo que importa la renta de que él goza cada un año, no pasando esta de doce cuentos de maravedises; porque esta es la cantidad á que *ad summum* se puede extender: no pudiendo tampoco prometer por vía de dote tercio, ni quinto de sus bienes, ni hacer mejoría por contrato entre vivos (c). En suma, debe el testador dexar bien apurado, y en claro, no solo lo que está debiendo, y le deben á él, como arriba queda dicho, sino tambien la dote que traxo la muger, lo que le ofreció en arras, y todo lo demas que á ella le pertenece, sin olvidarse de expresar los bienes que entraron en su poder propios de sus hijos, y lo que á cuenta de ellos, ó de su legítima hubiese entregado á cada uno.

138 * Estos son los puntos mas principales y necesarios, que respectivamente hablando se deben tocar en los testamentos, poniéndose cada uno de por sí en cláusula separada, para que todo vaya con la posible distincion ó claridad. Mas porque no siempre habrá Escribano ó Escri-

(a) Por la ley 6. tit. 1. lib. 5. Recop. (b) Ley 1. tit. 2. lib. 5. Recop.
(c) Martinez, Librería de Jueces, tom. 7. Ut. 2. art. 2.

§. VI.

INSTRUCCION

Circa hereditatis divisionem.

biente que las sepa ordenar, alguna vez será preciso que lo haga el Párroco: quien quitando ó añadiendo segun la materia lo pidiere, puede estar prevenido para esto de algun formulario de los muchos que hay en los libros que tratan este punto; y lo mismo hará con el de los codicillos, par si se le ofreciese el caso.

139 * Si acacese alguna vez que el testador no quiere hacer su testamento inmediatamente por sí, ó no tiene tiempo para poderlo hacer por la urgencia de la enfermedad, hará el Párroco que delante de los testigos que son necesarios para el testamento, nombre heredero de sus bienes, el lugar de su entierro, los albaceas, y que dé poder á quien mejor le parezca para que ordene su testamento.

140 * Ultimamente, se previene al Párroco que si escribiese algun testamento, ó lo ordenase sin presencia de Escribano público, no lo reserve, ni permita que se quede en poder de las partes, sino cuide de que lo presente al Juez, para que autorizado y legalizado sea puesto en el protocolo público; porque esto es muy necesario para precaver muchos inconvenientes en lo sucesivo.

ADVERTENCIAS PREVIAS.

142 * Pero antes se hace preciso advertir lo primero, que el hijo, así en vida como en muerte de su padre, tiene no solo el dominio, sino tambien la administracion de los bienes castrenses, y quasi castrenses. Bienes castrenses son los que adquirió militando. Por quasi castrenses se entienden lo I. los que adquirió exerciendo algun oficio público, como Médico, Abogado &c.

II. Los que adquirió á título de Beneficio eclesiástico, ó en otros empleos del Clericato. III. Los libros que se le diéron por otro que el padre para sus estudios. IV. Los bienes que se le concedieron por liberalidad del Príncipe. V. Los que alguno le dió contradiciendo el padre, ó con la expresa condicion de que no perteneciese á este el usufructo de ellos. VI. Los que consisten en mero usufructo, qua alguno le dexó. VII. Aquellos en que perteneciendo por derecho el usufructo al padre, este no quiso percibirle, dexándose al hijo; que todos se llaman quasi castrenses; cuya propiedad y usufructo pertenece al hijo, así como la de los castrenses: de que se infiere, que ninguno de los expresados bienes debe el hijo traer á colacion y particion con los demas herederos, porque son propios suyos, y se le deben dexar aparte, con sus frutos, mejoras y aumentos.

143 * En los bienes adventicios, que son los que le tocan al hijo por donacion, testamento ó legado de sus abuelos, parientes ó estraños, y tambien los que adquirió por su propia industria, ó heredó de su difunta madre, como dice Castro Palla cit., en estos tiene el hijo la propiedad, mas no la adminis-

tracion ni usufructo; y de consiguiente, aunque en la particion que por el fallecimiento del padre se hiciese, pueda el hijo sacar el principal de estos bienes, mas no los frutos que diéron: interin él estubo en la patria potestad (de esta sale en Castilla quando casa), porque estos son del padre, salvo en los casos 5, 6, y 7. expresados en el número antecedente, y algunos otros que se pueden ver en Villalobos (tom. 2. tract. 10. núm. 3.); en los quales, aunque el hijo no esté emancipado, le pertenece tambien el usufructo de sus bienes adventicios.

144 * En los bienes profecticios, que son los que adquirió el hijo *intuitu patris* (estando vivo), ó le vinieron por su respecto, como v. gr. los que adquirió negociando con sus caudales, no tiene el hijo la propiedad ni el usufructo; y solo valen estos bienes al hijo para que por el delito del padre no queden confiscados, como dice Villalobos (a): de que se infiere, que el hijo en las particiones no puede apropiarse estos bienes, sino que los deberá conferir con los demas. Mas aquí es mucho de advertir, que quando algun hijo por su especial aplicacion é industria, aumentó notablemente los bienes de

de su padre, negociando con sus caudales, aunque no puede este hijo pretender el todo de los aumentos, es justo que se le considere todo aquello que corresponde á su aplicacion é industria, en que se aventajó notablemente á sus hermanos. La razon es, porque como prueba Villalobos (a), se dice en una ley (concordante con la 5. del Reyno, tit. 7. pag. 5.): *Pietatem liberi parentibus, non operas debent.* De que se sigue, que no teniendo el padre necesidad del trabajo del hijo para alimentarse, pudiera este, aun durante la patria potestad, ausentarse con el fin de buscar la vida, alquilándose, ó en otra forma. En cuya suposicion, entre padre é hijo podemos considerar entónces como un cierto linage de sociedad, en virtud de la qual se le debe considerar á el hijo alguna cosa á proporcion de su industria: y por lo menos es cosa cierta ser digno de remuneracion; mas como en el quanto podrá haber sus dificultades, será justo que el padre lo declare, y dé providencia en su testamento, ó ya sea por via de manada, ó ya por via de mejora; pues no parece justo que los que nada ganaron, entren en iguales partes con el que llevó el *pondus dici* &

castus. Véase ab cit. Villalob (a).
145 * Deben tambien los hijos al tiempo de las particiones conferir, trayendo al cuerpo de bienes lo que cada uno recibió de su padre viviendo, como no sea en términos que se presume haber sido la voluntad de este el perdonárselo. De esta resolucion, que en los términos es comun, se infiere lo primero, que si el hijo tenia bienes castrenses ó quasi castrenses, debe restituir al cuerpo de bienes, ó dar por recibido á cuenta de su parte, todo lo que el padre gastó con él en los estudios, promociones, grados &c.; mas si no tenia el hijo dichos bienes, no debe conferir ó restituir lo que el padre gastó por sí inmediatamente con él en comida, vestido, estudios, procuracion de grados, dignidades, oficios &c. que no han de pasar á sus herederos: ni en convites por ocasion de bodas, misa nueva &c., aunque los gastos en todo esto sean algo mas que con los otros hijos; porque entónces, no declarando el padre otra cosa, como siempre se supone, se presume ser esta su voluntad, y que le hace de ello donacion.

146 * Dixe lo que el padre gastó por sí inmediatamente, porque

(a) Tom. 2. trat. 10. dif. 4. núm. 4.

(a) Tom. 2. trat. 10. dif. 19. (b) Tom. 2. trat. 12. dif. 6. núm. 4.

que si dió al hijo alguna cantidad para que la gastase á su albedrío, la deberá entónces traer á colacion con las demas donaciones, conforme á las leyes 17. y 18. de Toro, como dice Villalobos (*tom. 2. trat. 13. disc. 6.*), y tambien lo que el hijo, aunque fuese para el dicho efecto, tomó por si mismo viviendo el padre, y lo que, muerto este, tomó de los bienes comunes, aunque fuese para seguir su carrera y pretensiones, deberá traerse á colacion, y computarse. Dixe tambien lo que gastó el padre en procurarle al hijo rentas ú oficios, que no han de pasar á sus herederos; porque si fuesen de esta naturalaleza, como v. gr. los óficios de Procuradores ó Escribanos, es visto que se los dan á cuenta de la legitima. Dixe finalmente aunque los gastos sean algo mas, porque si fuesen excesivos, y en términos que sirvan de perjuicio á los otros herederos, entonces es visto ser hechos en cuenta de la legitima del que quedó utilizado en ellos: mas si los gastos, aunque excesivos eran de su naturaleza inútiles para utilizar á los hijos, como lo son los convites, aunque por motivo de bodas &c., se deben atribuir al mal gobierno del padre, y entonces la quiebra ocasionada deberá sufrirse por todos los herederos.

147 * II. Debe el hijo con-

ferir ó traer al comun cuerpo de bienes, ó poner á cuenta de su parte el importe de los libros que su padre le compró para sus estudios, siendo de considerable valor á proporcion de su caudal; mas el aprecio en este caso no se ha de hacer por lo que ellos costaron, sino por lo que mereciesen al tiempo de la particion.

148 * III. Debe el hijo casado conferir del mismo modo los adornos y ornamentos que su padre dió á su muger, siendo preciosos, y no necesarios para el uso cotidiano; porque en este caso no se presumen donados, sino concedidos á el uso; si bien que solo se deben computar, no por lo que al padre costasen, sino segun el valor que tienen al tiempo de la particion; mas no se deberán conferir estas cosas si fuesen de poco valor, y aunque sean de mucho, si constase haber querido donarlas á la nuera.

149 * IV. Deben los hijos conferir, si quieren tener parte en la particion, lo que el padre gastó con ellos para que tomasen estado, como v. gr. lo que el padre respectivamente les dió, ya para que entrasen en Religion, ya para que se ordenasen, ya para que se casasen; porque estas no son donaciones *merè liberales*, sino donaciones *ob causam*, que siem-

siempre se presumen hechas en cuenta de la legitima: por lo qual el que las quiere recibir, las debe primero traer á colacion y particion.

150 * V. Debe el hijo conferir al comun caudal, salvo si el padre no expresase otra cosa, lo que este gastó para librar al hijo de la cárcel ó del cautiverio, siendo cantidad notable: lo que gastó en mejorarle los bienes adventicios, si los gastos excedieron á los frutos percibidos (así como al contrario, si el padre dispó los bienes adventicios del hijo, se debe este reintegrar antes de sacar la legitima de los otros): lo que hurtó, defraudó ó malgastó de los bienes de su padre, en términos que este se pueda considerar *rationabiliter inuito*.

151 * Adviértase lo segundo, que aunque el usufructo de la dote, durante el matrimonio es propio del marido; disuelto el matrimonio, no se debe la dote conferir en el comun cuerpo de bienes, sino que se le debe volver á la muger con aquella integridad y preferencia que segun derecho la compete; aunque sea sacándola de los bienes propios del marido, que todos por derecho le estan tácitamente hipotecados, con privilegio de prelacion á las hipotecas anteriores tácitas, no siendo asimismo privilegiadas, y á qualesquiera

posteriores, aunque sean expresas, salvo quando estas se hacen para la seguridad del dinero ageno, con que las mismas cosas hipotecadas se compraron; que estas, aunque posteriores, deben ser preferidas á la dote, como prueba Villalob. (*tom. 2. trat. 28. disc. 18.*)

152 * Si la dote consiste en cosas que se dan por número, peso ó medida, como sucede en los muebles, entonces el contrato dotal tiene razon de venta tácita, y de consiguiente pasa al dominio del marido, aunque con la carga de volver á la muger otro tanto, disuelto el matrimonio. Si consistió en bienes raíces, hay que distinguir; porque entonces, si se diéron estimados y justipreciados, y en términos que equivalga á venta, como sucede en Castilla, mientras no se declara otra cosa pertenece tambien la dote en propiedad al marido, quedando á su cuenta los daños y los provechos, con sola la obligacion de reintegrar á la muger en otro tanto; como se estimó al tiempo que se la entregaron.

153 * Si no se dió estimada en esta forma, aunque se tasase para saber lo que valia, se queda la dote en el dominio de la muger: para ella son las pérdidas, y los aumentos que naturalmente la dió el tiempo, y los que proceden de industria se de-

ben computar en los gananciales; y en caso de haberse perdido ó empeorado, solo debe el marido abstarla, quando esto fue por culpa leve ó lata suya. De los bienes extra dotales ó parafernales de la muger, si los administra el marido, como segun derecho de Castilla debe hacerse, se ha de discurrir en esto como de los dotales; con sola la diferencia, que los parafernales (lo mismo ha de decirse de las arcas, joyas ó donas, y de los gananciales), aunque tienen tácita hipoteca en los bienes del marido, no tienen derecho de preferencia á otras deudas anteriores, como la tienen los dotales.

154. * Por arras, segun el estilo de las leyes de Castilla y Portugal, se entiende lo que el esposo promete dar á su esposa en remuneracion de la dote, virginidad, nobleza &c. Estas en Castilla no pueden exceder la décima parte de la hacienda del marido: y si excedieren, serán nulias. Las gana la muger consumado el matrimonio; y de ordinario no se entregan á la muger, sino que se les debe el marido á mas de la dote: mas si la muger no entregó al marido la dote, no se la deben las arras, aunque estuviese consumado el matrimonio.

155. * Las donas ó joyas, que tambien se llaman vistas, y en latin *sponsalitia largitates*, son

aquellas cosas que los esposos de futuro, ó de presente, antes de consumir el matrimonio, se dan mutuamente el uno á el otro por mera liberalidad, y graciosamente: mas se ha de advertir, que si los estraños dan algo á los desposados son bienes comunes, que se han de dividir entre ellos. Si los dan los parientes del esposo, es visto dárselos á él, y este á su esposa: si los dan los parientes de esta, es visto dárselos á ella, y ella á su esposo: lo mismo es quando los dantes son amigos: si el que hace la donacion es pariente de entrambos, es visto hacerlo á aquel á quien se dió, si no hubiere conjeturas en contrario.

156. * Si el matrimonio se siguió, es la *dona* de aquel á quien se dió: si no se siguió por culpa del que hizo la donacion, pierde lo que dió; y si fue por culpa de quien la recibió, ha de volverlos á quien lo dió: mas si no se sigue por culpa de alguno, como v. gr. por muerte de alguno de los desposados, han de volver las donas á quien las dió: salvo si quando el que dió las donas fue el esposo, y este habia besado á la esposa, que en este caso ganó esta la mitad de las donas, y sola la otra mitad debe volverse al esposo, segun derecho de Castilla: en el que tambien se dispone, que si despues de consumado el matrimo-

mo-

monio muere alguno de los esposos, la muger ó sus herederos ganan todo lo que siendo desposados la dió el marido; lo qual se entiende no habiendo habido arras; porque si las hubo, queda al arbitrio de la parte de la muger el tomar las arras, dexando las otras donaciones esponsalicias, ó al contrario. Esta eleccion se ha de hacer dentro de veinte dias despues de requerida por los herederos del marido, á quienes pertenece la eleccion pasándose dicho término. Véase á Villalobos (a).

157. * Adviértase finalmente, que aunque las mandas voluntarias y graciosas deben salir del quinto, las que son remuneratorias han de salir de todo el cuerpo de bienes; porque estas, conforme á derecho, no son donaciones meras, sino como paga de deudas (b).

INSTRUCCION.

158. * Esto supuesto, en quatro maneras principales pueden acaecer las particiones. I. Entre marido y muger. II. Entre hermanos con mejora. III. Entre hermanos sin mejora. IV. Entre hermanos que son hijos de diferentes matrimonios. En

todas ellas se ha de advertir por punto general, que antes de hacerse se deben inventariar todos los bienes, haciendo los correspondientes aprecio, rebaxando lo que fuese ageno, ó perteneciese á ciertos dueños, hasta que se quede en líquido el caudal comun y partible. En las particiones que se hacen entre marido y muger solo se consideran como partibles los comunes gananciales.

159. * Para averiguar lo que resulta de estos se practicará lo siguiente: I. se inventariarán todos los bienes, así muebles como raices, y se justificarán, sumándolo todo, ó haciendo una suma ó cúmulo de todos los caudales, derechos y acciones que existian en la casa al tiempo del fallecimiento de aquel consorte por cuya muerte se hace la particion entre sus herederos y el que queda vivo. II. Hecha la tasacion, y sumado el cuerpo total de bienes, se rebaxan y sacan de él todos aquellos que tienen alguna particular y extraña afeccion por el siguiente orden. En primer lugar se rebaxan las deudas comunes que durante el matrimonio fueron causadas de mancomun por el marido y la muger: digo *comunes*, porque las particulares del marido y hechas sin

(a) Tomo 1. trat. 27. con las remisiones que allí hace. (b) Villalob. tomo 2. trat. 20. dñe. ult. num. 10.

sin respeto al bien comun de la casa, se pagan despues del resto de sus bienes propios y de su parte ganancial; y si esta no alcanza, se reintegra del todo de los gananciales, porque estos nunca resultan sin que primero queden satisfechas todas las deudas causadas durante el matrimonio.

160 * En segundo lugar se saca el lecho cotidiano; el dote de la muger, sus bienes parafernales, joyas, arras, y todo lo demas que pertenece á su propiedad y dominio, segun lo expresado arriba.

161 * En tercer lugar se saca de dicha suma todo lo que pertenece al dominio y propiedad de los hijos, si los hubo; como son los bienes castrenses; ó quasi castrenses, adventicios y profecticios, en la forma que arriba se dixo.

162 * En quarto lugar se ha de sacar de dicho cúmulo el capital del marido, que son todos los bienes que este tenia quando contraxo el matrimonio; los que despues adquirió por donacion ú herencia; los castrenses ó quasi castrenses que ganó en la guerra; ó el Rey le dió en premio de su servicio, que todos son propios suyos, á menos los frutos y ganancias de ellos, porque estos son y se reputan por bienes comunes; como tambien lo son los castrenses ó quasi castrenses quando

dicha guerra ó Real servicio fue á costa de ambos casados.

163 * Ultimamente, hechas las referidas extracciones, todo el resto de la suma es lo que propriamente es y se llama gananciales entre marido y muger; y por derecho comup del Reyno se divide en ambos por iguales partes; lo qual se entiende alcanzando dicha mitad y los bienes propios de cada uno á la solucion de las deudas particulares, quando las hay, y gastos de funeral, que cada uno debe pagar de su porcion; porque no alcanzando dicha mitad y bienes propios á la solucion dicha, se agregan los gananciales que pertenecen á la otra parte hasta la satisfaccion de dichas deudas.

164 * Si la particion hubiese de hacerse entre hermanos, sin mejora de tercio y quinto, se considera como partible el capital solo del testador, el qual resulta de sus bienes propios y respectivos gananciales que le quedaron en liquido, segun lo expresado antecedentemente. Sumado este capital, se rebaxa de él todo el importe de los gastos que causaron en la curacion, funeral, misas, entierro del difunto, y las mandas así forzosas como voluntarias, que dexó ordenadas por su testamento; y todo el caudal que resulta libre se parte entre sus herederos por iguales partes.

II. De Quan-

165 * Quando la particion es entre hermanos con mejora de tercio y quinto, á toda la cantidad puesta ya en liquido en la forma expresada, se divide en quince partes: de estas se deducen primero tres, y este es el quinto; de las doce restantes se deducen luego quatro, y este es el tercio; las ocho restantes es solo lo que queda partible entre todos los herederos por iguales partes: todas las otras que componen el tercio y quinto quedan respectivamente á favor de los mejorados. Pero adviértase que del quinto, quando los herederos son descendientes, como en el caso que llevamos, y del tercio quando son ascendientes, ó de todo el cuerpo de bienes quando no hay herederos forzosos, se saca y paga siempre el funeral, que son gastos de cera, ofrendas, misas, sepultura, y demas cosas acostumbradas y necesarias al entierro y dia, conforme al estilo y calidad de los sujetos. Item, los legados y mandas así forzosas como voluntarias, que constasen por el testamento del difunto.

166 * Mas, los lutos de la muger, hijos, criados &c., y tambien los gastos de curacion y medicamentos se pagan del remanente al dicho tercio y quinto; y si el quinto no alcanza á la solucion del funeral, legados y mandas, no ha de satisfacer el mejorado solo en el tercio, si no es que

le gravase en el el testador. Si este hizo alguna donacion á alguno de sus hijos en vida, no se entiende revocada por dicha mejora hecha en testamento; y si la hubiese hecho al mismo mejorado *propter nuptias*, no se ha de sacar de dicha donacion ó dote el tercio y quinto, sino de los demas bienes que el testador tiene al tiempo de su fallecimiento; pero bien pueden entrar por parte de dicho tercio y quinto otros gastos excesivos que el testador hubiese hecho por el mejorado, y tambien los bienes que este hubiese disipado.

167 * Quando la particion se hace entre hijos de diferentes matrimonios, como v. gr. por muerte de un padre que fue casado dos veces, se dispondrá por el siguiente órden. I. Se hace el cuerpo de todos sus bienes en la forma arriba dicha. II. Se sacan de dicho cuerpo las dotes, arras, y demas bienes propios de ambas mugeres, prefiriendo en esto á la primera, para quien tambien se ha de sacar la mitad de los gananciales que hubo al tiempo de su muerte, si entonces se numeró; pero no si no se numeró. En III. lugar se saca el capital del padre, bienes propios, ó de sus hijos si los hubo. IV. Del resto, que son los bienes gananciales con ambas mugeres, se saca la mitad para la primera muger, y todos los bienes de esta, con

II. De Quan-