

La comparacion que se hace de los contratos con los testamentos es antijurídica. La nulidad de las enagenaciones prohibidas en estos, si se sube á la razon originaria y general, no procede de las prohibiciones de los testadores, ni de la obligacion que hicieron los herederos ó sucesores quando aceptaron la herencia, sino de la sancion de las leyes testamentarias que en favor de la última voluntad del hombre, dispensaron en la ley comun de las gentes, tanto para la adquisicion de la propiedad sin el requisito de la posesion, como para substraerla de su libre circulacion natural. El imperio, por exemplo, que en esto exercen desde el otro mundo los fundadores de vínculos y mayorazgos, muy á costa del bien general, es una institucion de las leyes modernas, que tuvieron por bien hacer inviolable, é inaccesible á las generaciones futuras y presentes una porcion del globo, para que á pesar de la accion de los siglos, y de la depravacion de costumbres en los poseedores, fuese habitáculo eterno de la descendencia de un solo hombre. Alterar la naturaleza alienable de los bienes, que son el patrimonio general de los vivos por las disposiciones de los muertos dirigidas por fines de interés particular, y que amortiguan la energía vivificante del derecho absoluto de propiedad, no puede ser obra de la ley universal de los pueblos.

La ley 1. tit. 1. lib. 10. N. R. que ordena, que de qualquiera manera que una persona quiso obligarse, quede obligada, se trae aquí muy intempestivamente, y muy exlegalmente. Obligado queda quien promete y pacta; pero hasta ahora ni las leyes ni las convenciones han quitado á los hombres la libertad natural de no cumplir lo prometido y pactado. Brabo secreto, si se hallase el de que todos cumplan lo que ofrecen. Obligado queda quien promete no enagenar, como quien promete á una muger casarse con ella; pero si este no queriendo cumplir su obligacion, y faltando á su palabra, se casa con otra, casado queda; y si aquel vende y enagena, contraviniendo al pacto y promesa, quedará vendida, y enagenada la alhaja. Qué connexion esencial, é inseparable tiene la obligacion con el cumplimiento de ella? Ordena acaso la ley, que se tengan por cumplidas las obligaciones de los que pactan, contratan y prometen? Todavía dexa á los hombres entre la promesa y el cumplimiento de ella, un espacioso campo, para que luzca la fé de los pactos, y convenciones, y se fien unos en la palabra de los otros; todavia dexaron tambien los Legisladores harta margen á la libertad, para hacer uso bueno, ó malo de ella; amenazando con el rigor de la justicia á los violadores de la buena fé. La eficacia de una obligacion, ó la de un derecho puramente personal, no se puede extender á mas que á compeler á su cumplimiento por los medios legales al que se obligó, acudiendo en tiempo; pero si no es posible deshacer

yá lo hecho, el resarcimiento de los perjuicios, y reintegro de intereses ocupa su lugar. Esto es lo que ordena la ley, y no mas; no se mezcla en dar fuerza de derechos reales á los derechos puramente personales, ni á los contratos una virtud que no tienen por la ley general de las naciones, ni en trastornar todo el sistema de las convenciones de los hombres. El que se confia en la honradez de otro, que le promete que no enagendrá la finca, y no toma las precauciones legítimas para no ser burlado, no debe hacer pagar á un tercero poseedor, que compró de buena fé, el abuso que hizo el contraventor de la demasiada confianza que se tuvo de él. Todas las obligaciones sobre entregar alguna cosa, sobre venderla, arrendarla, permutarla, llevan implícito un pacto de no enagenarla á otro como un requisito necesario para cumplirlas; y si se hubiese de dar á dicha ley la extension exorbitante, é inaudita, por no decir otra cosa, que la da el Señor Gutierrez, se echaria por tierra todo el órden del derecho, en que descansa la seguridad de las adquisiciones, y el bueno y acertado uso de las acciones en justicia. Esto no es derecho romano, ni castellano, ni doctrina del Señor Molina, es una ley mucho mas alta, consignada en los Códigos de todas partes. Si se hubiese tenido presente la historia de la legislacion, se habria echado de ver, que la ley recopilada que se cita, no se hizo con otro objeto, que el de quitar dudas acerca de la distincion que hacian las leyes Romanas entre el pacto, y la estipulacion, entre pactos desnudos y entre pactos vestidos, pactos puestos incontinenti, pactos añadidos á los contratos de buena fé, y pactos añadidos á los contratos *stricti juris*. Contratos nominados, y contratos inominados, sin pasar á mas. Pero con el contraprinipio que sirve de basa á la interpretacion desafortada que se da á dicha ley, no solo cesa toda la doctrina general, y las limitaciones de la materia en cuestión; sino que, una gran parte de la ciencia de las leyes queda obscurecida. Sobre nuevos elementos hay que formar un nuevo mundo, y sobre un órden nuevo de enjuiciar hay que temer muy fatales resultas para las partes, y los defensores que lo sigan. Esto sí que es transcendental á la administracion de justicia.

§. III.

Prosigue el mismo asunto con nuevos exemplos, y se vindica al Autor y otros intérpretes del injurioso estilo con que se les trató por el Reformador al establecerse el principio capital de la materia de colacion.

Tambien es curiosa la discusion en que entramos. Creyendo el Señor Gutierrez que el Autor enseñaba alguna doctrina exotica,
Tomo I. d

inaudita y estafalaria, sin andar por rodeos, en bueno y cortés castellano, se le trata formalmente de necio. (Tom. IV. pag. 160. Nota I.) Y en qué ocasión? Quando el Autor hablando de lo que deben traer á colacion los hijos en la sucesion á sus padres, establece nada ménos que un solemne principio de la mayor, de la primera y de la mas recomendable equidad; un principio único y capital, que forma el sistéma de justicia en una materia de las mas importantes del derecho civil; un principio consignado en nuestras leyes desde la mas remota antigüedad, inculcado repetidamente en casi todos nuestros intérpretes, recibido en la leyes de todas las naciones, y repetido en todos sus comentadores; en fin, un principio que por la generalidad que tiene su observancia, podria decirse sancionado por el derecho de las gentes, á saber: que quando los hijos vienen á suceder á sus padres, deben traer regularmente á colacion los mismos efectos que les dieron en vida, á ménos que los padres hayan querido, ú ordenado otra cosa. (Feb. orig. P. II. lib. II. cap. III. §. III. num. 116.) Se imaginó el Reformador que esta era una doctrina cubierta de polvo en algun rincón, inventada por Baldo, traducida por Velasco; citados por el Autor, y tomada sin discrecion ni tino por él; sin otra razon ni autoridad que la que ha querido tomarse, trata por un igual á todos tres. Qué hubiera dicho si hubiese oido, que esta invencion que atribuye á Baldo, lo era de la legislacion Romana?

Colacion, traer á colacion, colocaciones, segun esta ley, segun las leyes municipales de cada nacion, que tomaron de ella esta parte de su derecho civil; segun todos los Doctores Regnicolas y Extrangeros, antiguos y modernos, es traer los hermanos á comunion y particion en la sucesion á sus padres las mismas cosas que les dieron en vida, si existen, ora sucedan *ab intestato*, ora sucedan *ex testamento*, bien lo que dieron en dote á la hija, bien lo que al hijo en donacion *propter nuptias*, bien otros qualesquiera efectos que les hubieren dado, constituyendo los bienes traídos á colacion y particion, y los que dexa el padre, un solo patrimonio, una sola masa de bienes, una sola herencia perteneciente por indiviso en propiedad á todos los hijos, salvo que el padre haya dispuesto de otra manera. Esta es la significacion propia de la voz *colacion*, y ésta su definicion; y la ley de Toro que la ordena no previno que se diese á esta palabra otra aception que la natural que tiene, uniforme, constante y generalmente mas ha de veinte siglos, y la que le daban los Letrados que entendieron en su redaccion. Introduxo la colacion una gran consideracion de equidad, que dicit entre hermanos la mayor igualdad, como madre de la concordia. Quizá podriamos decir tambien que la colacion de las mismas idénticas alhajas que el padre dió á los hijos, es una de las leyes verdaderamente nacionales, á lo ménos es de

las mas antiguas; pues en el Fuero viejo de Castilla leemos: *Si el padre, ó la madre dán á suo fijo, ó á sua fija alguna hereditat en casamiento, ó sin casamiento, ó dan á la sua fija otra ropa que sea de yacer, ó vaso de plata; é ovier y otros fijos que sean de edat, é nol otorguen; ó non sean de edad, é viene á tiempo, que se muere el padre ó la madre, é mandan los otros fijos, que adugan la hereditat, é la ropa, é el vaso de plata, á particion, debe aducir la hereditat á particion, é la ropa, é el vaso de plata, é si non lo trogier, debese entragar cada uno de los hermanos ensendos al tanto, si ovier de que. Adugan la hereditat á particion, é la ropa tal qual fuer á particion, é el vaso de plata, jurando que aquella es la ropa, é que non ovo y mas de aquella. Mas si en casamiento dieren al fijo, ó á la fija oro, ó dineros, ó ayuda de caudal, ó quando cantare Misa, lo que el padre, ó la madre dier en esta guisa á qualquier de los fijos, devalo haver al que lo dieren por fuero, é non estenudo de lo traer á particion: esto se entiende, que lo puede facer el padre, ó la madre seyendo sanos, é non despues que fueren alechigados de enfermedat, nin á la hora de la muerte non pueden dár á un fijo mas que á otro ninguna cosa, salvo el quito de todos suos bienes, que puede dejar por su alma á quien quisier. Ley 6. tit. 3. lib. 5. Fuero viejo de Castilla.* La ley Romana obligaba tan estrechamente á traer á particion las mismas alhajas, que si el hijo no estaba en proporcion de ejecutarlo luego, ó no queria, tenia que afianzar de hacerlo, só pena de no ser admitido á tomar parte en la herencia paterna. Esto se llama en estas leyes *colacionar por caucion*.

Otro de los modos de colacion es colacionar por imputacion del precio, ó valor de la alhaja recibida de los padres, sin traer la misma alhaja, y viene á ser en rigor una excepcion que el Reformador convierte en regla general. Tiene lugar algunas veces, en que se modifica por la equidad un principio introducido por la equidad misma; por exemplo, quando en la finca colacionable se hicieron grandes mejoras. A la hija, que por estar casada no puede traer á colacion la hereditat que su padre la dió en dote, estorvandola el derecho que adquirió su marido por el contrato dotal, se la dispensa de traer á colacion la misma hereditat, y se le permite que la colacione por imputacion del valor en el haber que la corresponda en la herencia paterna. A la colacion de los mismos bienes, y no al precio de ellos, se refiere la ley 29. de Toro, quando dexa á eleccion de los hijos apartarse de la herencia si no quieren colacionar la dote, ó la donacion *propter nuptias*. Si solo debiesen traer á colacion el importe de ellos, era inútil esta ley, porque estando obligados los hijos en todo caso á restituir aquello en que fueron inoficiosas las donaciones que les hicieron sus pa-

dres, no trae otra ventaja que la de retenerse los mismos bienes sin obligacion á comunicarlos, ni necesidad de depender del consentimiento de los demas hermanos.

Nuestros AA. distinguen tambien los bienes que el padre dió justipreciados á los hijos, de los que dió sin aprecio. Si los dió estimados en cierta cantidad, dicen algunos, entre ellos el Autor, no estar obligado á traer colacion la misma heredad, sino su precio, por entenderse que el padre lo que dió fué cierta cantidad, y que la consignó en aquella heredad. Está prueba, que aun dándose estimados los bienes, se reconoce por estos AA. la fuerza del principio de colacionar la misma cosa que dió el padre; mas quando no se dieron apreciados, deben traerse á colacion las mismas alhajas, salvo que los demas hermanos consientan que colacione su precio. Otros, como Gomez, defienden que la hija, disuelto el matrimonio, debe traer á colacion la misma heredad, esté, ó no estimada: *Si solutum sit matrimonium, dice, ita quod filia penes se habet dotem, tenetur illam conferrere in ea aestimatione qua reperitus tempore mortis patris, et tenetur conferrere res ipsas dotales, quales eo tempore reperiuntur, non vero earum aestimationem. Ex quo sequitur, quod si filia fuerunt traditæ res mobiles, quæ tempore mortis reperiuntur consumptæ, non tenentur eas conferrere::: quæ opinio procedit, et si res dotales datæ sint aestimatæ ea aestimatione, quæ faciat emptionem; nam nihilominus debent conferreri res ipsæ, non earum aestimatio, si filia, et ceteri fratres aestimationi non consenserunt.* Perez se explica tambien así: *Hinc dubitatur an omnino rem ipsam conferrere oporteat? et verius est sefficere quod conferatur aestimatio, quæ est tempore collationis::: quod procedit si altera pars consentiat, alias si dissentiat, res ipsa in specie erit conferenda, quoniam in d. l. 1. in pro. dicitur quod filius debeat bona sua conferrere, ita ut succedat regula, aliud pro alio invito creditori non solvi, modo commodè id fieri possit.* Basten estas autoridades.

Así reconociendo nuestros Doctores la fuerza de la regla capital de la materia, ó varían en su aplicacion, ó ponen mas ó ménos excepciones, que ya no tienen cabimiento quando los bienes se dieron sin estimar. Entonces obra ya el principio en todo su vigor, y por él se deciden, y deben decidir las cuestiones que suscita el Autor, que suponen una comunión de dominio entre todos los hermanos en los bienes colacionados, ó traídos á particion por alguno, ó algunos de ellos; á saber: por qué precio, ó estimacion se deben inventariar, y colacionar los bienes raices dados en dote, ó en donacion *propter nuptias*, si adquirieron mas valor, ó por el contrario, si perdieron de él: que se ha de hacer, si los bienes fueron muebles, ó semovientes, y estos han perecido, ó no exis-

ten al tiempo de la muerte del padre; y si existen, pero de mas, ó menos valor, por qué precio se han de incluir en el inventario. Si no hubiera, en virtud de la colacion de los mismos bienes, una comunidad de dominio entre todos los hijos, eran en vano tales dificultades, pues de otra suerte, llano está que las cosas parecen, se mejoran, deterioran y adquieren mas, ó menos estimacion para solo el dueño.

Por consecuencia de esta comunicacion de dominio de los bienes colacionados con todos los hermanos; es un derecho corriente en las leyes, y Autores ultramontanos, la comunicacion de los frutos de los mismos bienes; solo disputan desde qué tiempo ha de comenzar esta comunión. Unos dicen, que se han de traer á colacion todos los frutos de la finca, percibidos desde que el padre la donó al hijo, opinion que la práctica general tiene desechada: otros que se deben colacionar los frutos percibidos desde la muerte del padre: otros que los habidos desde el tiempo de la demora en hacer la colacion. Las mismas cuestiones mueven en quanto á los intereses de una cantidad colacionable. Extenderme yo á todas las consecuencias que deben sacarse del mismo principio entre nosotros, no es de este lugar: bastame para mi propósito haber manifestado que el Reformador anduvo poco discreto, y se hizo muy poco honor en tratar de necio al Autor al consignar una máxima antiquísima enseñada en nuestra cartillas elementales, y recibida en el foro de muchas naciones, como en suprimir las citas de leyes romanas en una materia que descansa en las reglas de justicia dadas en ellas: todo se impugna, hasta la grande razon de equidad alegada por el Autor.

Enseñando el Autor, (*Febrero orig. parte II. libro II. cap. II. num. 92.*) que ni el padre ni la madre pueden, segun las leyes que cita, dotar á las hijas legítimas con tercio, ni quinto de sus bienes, nos llama tambien la atencion la novedad, y aun la ridiculez, con que contra sus fines, y su letra se las interpreta en una Nota: *Podria dudarse, dice, si la madre podrá mejorar á la hija, por razon de dote, ó casamiento; pues las leyes que tasan las dotes hablan siempre de los padres, y sin que se encuentre expresion en ellas que pueda referirse á las madres; y por otra parte, como las mugeres no han acostumbrado dotar á sus hijas, no pudieron sus dotes causar al estado, por excesivas, los daños que se quisieron evitar. Las palabras ninguno puede dar, ni prometer, es claro en la ley que hacen relacion á los padres, y no á las madres. (Tom. IV. pag. 93. Nota I.)* Debió pues decir la ley, segun la reforma, para que la prohibicion alcanzase á las madres, *ninguno, ni ninguna puede dar ni prometer.* Por esta regla todas las leyes divinas y hu-

manas que hablan en género masculino, no alcanzan ni se extienden á las mugeres: bueno fuera que se hiciesen inmortales, pues que en el terrible decreto que impuso la pena de la mortalidad, dirigió la palabra á solo el hombre. La ley 6. tit. 3. lib. 10. N. R. que es del Emperador Don Carlos, da principio á la moderacion de las dotes, con respecto á las rentas de los que dotan, con las palabras: *qualquier caballero ó persona*, en cuya voz caben las mugeres con mucha propiedad. La ley 7, que es de Don Felipe IV., renueva la ley primera, y hablando de las dotes dice: *Qualquiera persona de qualquier estado, calidad, dignidad, ó preeminencia que sea*. Si quando tratan estas leyes de la tasa de las dotes, no se ciñen precisamente á los padres, no hay razon para entenderse tampoco esta limitacion, quando prohiben para los mismos fines dar ni prometer por causa de dote tercio, ni quinto de bienes, aunque se use de la voz *ninguno*.

Ambas leyes tratan de corregir un luxo destruidor. "Porque nel exceso, y punto á que han llegado los gastos que se hacen en los casamientos, y obligaciones que en ellos se han introducido" (*dice la ley 7.*) se consideran como carga y gravamen de los vasallos; pues consumen las haciendas, y enpeñan las casas, y ayudan á la despoblacion del Reyno; pues por ser tan grandes, es preciso que lo hayan de ser tambien las dotes, con lo qual se vienen á impedir; pues ni los hombres se atreven, ni pueden entrar con tantas cargas en el estado del matrimonio, considerando que no las han de poder sustentar con la hacienda que tienen; ni las mugeres se hallan con bastantes dotes con que poderlas suplir, de que resultan otros inconvenientes en las costumbres, y contra la quietud de la república: Ordenamos &c.

La ley se propone atajar este desórden, atraer al matrimonio, y cortar de raiz las causas que en perjuicio de la poblacion, de las costumbres, y de la quietud pública, apartaban y retraían de él. A este propósito alivió las cargas principales para la colocacion de los hijos, prohibiendo dotes, arras y joyas excesivas, removiendo un abaso que introducía entre los hijos una *desigualdad*, opuesta al establecimiento de todos. Por estos medios, disminuyendo las cargas facticias del matrimonio, introducidas por la vanidad, y por un ruinoso luxo, se proponía el Legislador desterrar con ellos la causa que obligaba á la constitucion de grandes y excesivas dotes.

Todos estos importantes designios de las leyes versaban en las madres igualmente, y por la propia razon que en los padres. Ni cómo podía la ley permitir á las madres unos desórdenes, que corregía en los padres, y que fuesen víctima de una opinion corrompida, que arrastraba á dotes, joyas y arras inmoderadas, ni que sacrificasen los demas hijos al establecimiento de uno, ó dos, y

que deborasen y arruinasen así sus haciendas? Es impertinente que la madre esté ó no obligada á dotar las hijas; tampoco está obligado el padre á dotarlas con tercio y quinto de sus bienes. No trata la ley de cumplir obligaciones, trata de desterrar los abusos de la libertad, introducidos por el luxo. Los padres sin ser obligados á dotar en tercio ni quinto de bienes, abusaban de su facultad de hacerlo, y lo hacian arrastrados de una vanidad, y de costumbres perniciosas. Hubiera sido monstruoso que privando la ley al padre de la libertad de que abusaba, la hubiera dexado íntegra á la madre; y que siendo un efecto necesario de la disposicion de la ley la facilidad de colocar á todos los hijos, en beneficio del bien general de la poblacion, removiendo en las dotes y joyas excesivas una desigualdad perjudicial al intento, dexase permision á las madres para ir contra sus fines.

La ley, que por otra parte no podía prescindir del influxo del marido en la muger, mayormente tratando del establecimiento de los hijos comunes, no podía sin incoherencia prohibirle un exceso en sus propios bienes, y permitirlo en los de su consorte. La ley es favorable al estado, y á la igualdad entre los hijos, y el mismo favor milita respecto del padre que respecto de la madre. No es tampoco cierto que las madres no doten á las hijas. Si el padre, ó los hijos son pobres, y ella es rica, la madre los coloca. Qué importa que haya ó no haya obligacion en las madres á dotar las hijas, si impelidas de los sentimientos de la naturaleza lo han de hacer?

No es asimismo verdad tan general, como se dice, que las madres no estén obligadas á dotar las hijas, y establecer los hijos. Su mitad de gananciales, quando los hay, está sujeta á esta obligacion de la misma manera, y con la misma igualdad, que la mitad correspondiente al padre; y seria una monstruosidad, que en una misma dote, pagadera por mitad de estos bienes comunes, pudiese haber mejora de tercio y quinto en la parte correspondiente á la madre, y no en la perteneciente al padre. El mismo inconveniente habria, quando se hiciese la escritura por el padre y la madre, pues en tal caso, segun la ley de Toro, debe pagarse de los bienes de uno y otro. En fin, suponiendo la ley que las dotes de las madres sirven para suplir las cargas del matrimonio, cómo podría dexar campo abierto á los excesos en un caudal, último y único recurso de las esperanzas de los hijos?

Tambien impugna el *Reformador* sobre su sola palabra, contra el espíritu y tenor de una ley, la doctrina que da el Autor, citando á Baeza, de que la prohibicion de dar ó prometer, por causa de dote tercio ó quinto de bienes, se entiende tambien de la dote para entrar en Religion. (*Feb. orig. P. II. lib. II. §. II. num. 87.*) Es evidente, se dice en una Nota, insertando la ley 7, (*Tom. IV. pag. 88. Nota I.*) que los motivos de los Legisladores para ta-

sar las dotes, solo pueden tener lugar en las que suelen darse por razon de casamiento, no en las que se dan por toma de ábito ó profesion.

La ley 6. concibió distintamente la prohibicion de mejorar por causa de dote para casamiento, y la de dote en general. "Y mandamos, *ordena*, que ninguno pueda dar, ni prometer por via de dote, ni casamiento de hija (*he aquí separada la dote en general, de la dote para casamiento*), tercio, ni quinto de sus bienes, ni se entienda mejorada tácita, ni expresamente, por ninguna manera de contrato entre vivos." También es acto entre vivos la constitucion de dote para entrar en Religion. Los fines de la ley militan igualmente en las dos. Que el tercio y quinto sean para dote de Religiosa, que sean para casamiento, siempre causa el mismo efecto en el concepto de la ley, que se propuso aliviar las cargas del matrimonio, facilitando la colocacion de todos los hijos, por el medio de prohibir entre otros excesos la mejora de las hijas por ningún género de contrato entre vivos. Disminuidas las cargas en virtud de las disposiciones de la ley, bastaria menos dote, habria menos estorvos para casarse, mas facilidad en los padres para establecer los hijos, y menos aversion al matrimonio, consideraciones todas nacidas de su texto mismo. Aun son mas incompatibles los fines de la ley con la dote para Religiosa, porque siendo esta una disposicion dirigida á inclinar á un estado del que depende el bien público de la poblacion, no cabe en ningún buen discurso, que hubiese de prohibir la dote de tercio y quinto de bienes por casamiento, y permitir la, ó mas bien conceder un privilegio, á favor de un estado contrario á sus designios.

§. IV.

De la extravagancia y tropiezos del Reformador en materia de últimas voluntades, &c.

En la interpretacion de las últimas voluntades observó el Señor Gutierrez la misma singularidad, y la misma independenciam de sus juicios, sin sujecion á leyes, á maestros, ni autoridad alguna, haciendo guerra abierta á la voluntad de los testadores, y á los intereses de los herederos. Dáse principio á una Nota, glosando al Autor, con los buenos auspicios de citar una ley romana, para lo que la ley no dice, ni podia decir; ni dónde, ni cómo pueden encontrarse leyes para probar, que si el testador mandó ó lega una cosa, se haya de dar otra diferente; que si hace manda del usufruto de una heredad, haya de darse al legatario la propiedad? *En este caso*, se dice en la Nota, *si el testador adquiriese despues la propiedad de la cosa legada, habrá es-*

ta de pertenecer al legatario; y así lo dice la ley 24. de legat. 1. que de otra manera tiene por inútil el legado. (Tom. IV. pag. 223. Nota I.) Lo que dice la ley que se cita, alegada tambien por el Autor, es que si el testador tiene el usufruto de una finca, y hace manda de él, es inútil el legado, por acabarse el usufruto con su vida; pero si adquiriese despues la propiedad, valdrá la manda, esto es, del usufruto, que es lo que mandó, no de la propiedad, en que no soñaron ni la ley ni el testador. *Si usufructum habeam, eumque legaverim, nisi postea proprietatem nactus sim, inutile legatum est.* (L. 24. de legat. 1. Feb. orig. P. II. lib. II. cap. VI. num. 20.)

Cosa muy estraña, pero harto comun en el Señor Gutierrez, es alegar la ley para lo que no dice, é impugnarla en lo que dice. Despues de pretender, que sin embargo de lo que dispone la ley citada, valga en todo caso el legado de este usufruto, dice: *pero ademas yo opino* (son sus palabras en la misma Nota) *que prescindiendo de lo dispuesto acerca de este punto en las leyes romanas, y atendiendo á la voluntad del testador, deberán seguirse las reglas expresadas en órden al legado de la cosa agena, puesto que no teniendo el testador sino un derecho que se acaba con su muerte, y no pasa al legatario, viene á ser lo mismo que si fuese enteramente de otro. Y por qué, como se dice en otros casos semejantes, no ha de sostenerse el legado, pudiendose sostener? Por qué no ha de valer una disposicion del testador, en los términos que puede valer?* (Lug. cit.) Todo esto camina sobre el supuesto falso, de que el testador quiera otra cosa que lo que expresó en sus palabras: quiso que el usufruto que él tenia pasase al legatario, es verdad; pero esto no puede ser, porque se acaba con su vida. Si se hubiesen consultado las leyes romanas, y sus intérpretes, se habria visto, que el testador en esta disposicion padeció un error de derecho, creyendo que el usufruto no fenecia con su vida. Sostener este legado, beneficiando al legatario de un modo equivalente, es obrar contra la intencion del testador, que no manifestó en su expresion voluntad alguna de gravar á su heredero. Los Jurisconsultos Romanos, en este y otros casos análogos, estudiaron en la verosimilitud; vieron en el testador un deseo de hacer bien al legatario, pero el beneficio explicado en sus palabras no podia tener efecto; darle otro usufruto, sobre no haberlo declarado, obstaba á la voluntad del mismo testador, que suponian siempre favorable preferentemente á la persona del heredero, quien en tal caso quedaria sumamente gravado si hubiese de costear un usufruto que no se le ordenó. Exigieron en fin otras pruebas de la voluntad del testador, á mas de los términos de la disposicion, que en sí nada ofrecian á favor del legatario.