

DAL
CIÓN



U

UNIVERSIDAD NACIONAL DE BUENOS AIRES
CENTRO NACIONAL DE BIBLIOTECAS

FEBRERO

ADICIONADO



KKT120

.A5

F4

1817

v.1

c.1

E
340
F

José Angel Benavides.



Co # 4 Co # 100



FEBRERO ADICIONADO,
Ó LIBRERÍA DE ESCRIBANOS:

INSTRUCCION TEÓRICO PRÁCTICA PARA PRINCIPIANTES.

PARTE PRIMERA,
DIVIDIDA EN TRES TOMOS.

TRATA DE TESTAMENTOS Y HERENCIAS ABINTESTATO,
CONTRATOS, DE DOTES Y ARRAS, MAYORAZGOS, PATRONATOS,
CAPELLANÍAS, DEL CONTRATO DE FLETAMENTO, DEL SEGURO,
LETRAS DE CAMBIO, Y OTRAS VARIAS MATERIAS, CON LAS
ESCRITURAS CORRESPONDIENTES Á CADA CAPÍTULO.

Obra útil y precisa á los Escribanos, Abogados, Jueces,
Procuradores, Agentes de negocios y á toda clase
de personas.

SU AUTOR DON JOSEF FEBRERO,
Escribano Real y del Colegio de esta Corte.

*Corregido y Reformado en esta impresion, y notablemente mejorado
con muchas notas y apéndices que ilustran algunos puntos inter-
santes, y las Reales cédulas últimamente publicadas relativas á las
materias que se tratan.*

TOMO I.

SÉPTIMA IMPRESION.

CON PRIVILEGIO.

MADRID: IMPRENTA DE REPULLÉS: AÑO DE 1817.

Se vende en la Librería de Martínez, frente las gradas de San
Felipe el Real.



FONDO BIBLIOTECA PUBLICA
DEL ESTADO DE NUEVO LEON

53860

22026

ÍNDICE

DE LOS CAPÍTULOS,

PÁRRAFOS, Y APÉNDICES QUE SE CONTIENEN
EN ESTE TOMO.

Prólogo del Editor. pág. I. *Prólogo del Autor.* . . 69.

Capítulo I. De testamentos y últimas voluntades, &c.

- | | |
|--|---|
| §. I. Del testamento, sus divisiones y diferencias: quién puede hacerlo, y cómo. pág. I. | cias. 140. |
| II. De los herederos. 41. | XIII. De la quarta Falcidia. 147. |
| III. De las substituciones de herederos. . . . 75. | XIV. De la revocacion del testamento. . . . 151. |
| IV. De las mejoras. 90. | XV. De los codicilos. 154. |
| V. De los desheredamientos. 104. | XVI. De la cláusula codicilar. 159. |
| VI. De los herederos extraños. 110. | XVII. Del poder para testar. 162. |
| VII. De los que tienen prohibicion de heredar. 113. | XVIII. De los testamentarios. 167. |
| VIII. De los herederos abintestato. 115. | XIX. De la declaracion de pobre. 176. |
| IX. De la quarta marital. 126. | XX. Previsiones útiles al Escribano para el acierto en las materias de este capítulo. 177. |
| X. De las aceptaciones y repudiaciones de herencias. 128. | XXI. De las diligencias que se deben practicar para la apertura de los testamentos y codicilos cerrados. 196. |
| XI. De las mandas. 131. | FINAL, Escrituras corres- |
| XII. De las condiciones de los legados y heren- | |



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECA

pondientes á este capítu- APÉNDICE de Reales cédu-
tulo. 200. las á este cap. . . 225.

Capítulo II. De los bienes gananciales.

§. ÚNICO. 235. las á este capítulo. 240.
APÉNDICE de Reales cédu-

Capítulo III. De los bienes que deben reservar el viudo ó la viuda á los hijos del primer matrimonio.

§. ÚNICO. 242.

Capítulo IV. De dotes y arras.

§. I. De dotes y arras. 247. §. FINAL, Escrituras cor-
II. Del privilegio de la respondeñtes á este ca-
dote. 278. pítulo. 282.

Capítulo V. De las donaciones entre vivos, y de las que se hacen por causa de muerte.

§. I. Donacion entre vi- tudiante. 338.
vos. 301. §. FINAL, Escrituras cor-
II. Donacion por causa de respondeñtes á este ca-
muerte. 333. pítulo. 340.
III. Donacion ó cesion á es-

Capítulo VI. De las renunciaciones de legítimas y futuras sucesiones, y con especialidad de las que hacen los Religiosos y Religiosas.

§. ÚNICO. 351. respondeñtes á este ca-
§. FINAL, Escrituras cor- pítulo. 389.

PRÓLOGO DEL EDITOR.

Había muchos años que la Librería de Escribanos de Don Josef Febrero corria en el público con la mayor aceptación, quando trató de reformatarla el Licenciado Don Josef Marcos Gutierrez, y en efecto la dió á luz en el año de 1801, purgada de los muchos errores, que segun él contenia, y baxo de otro método y estilo mas exáctos.

En el prospecto con que se anunció al público esta reforma, y en el prólogo que precede al tomo primero, pintó á Febrero el Reformador con tales colores, que se hizo desconocido á quantos le habian visto antes. Segun este nuevo retrato, el método de Febrero es pésimo, ó por mejor decir, Febrero no siguió ningun método; no hay orden en los capítulos, ni en los párrafos, ni á veces en los números, cláusulas, ni oraciones; las especies y materias parecen colocadas por casualidad, ó segun han ocurrido á la imaginacion; su estilo es tosco, su lenguaje rudo, sus términos bárbaros, sus frases, sus expresiones impropias y chavacanas; á cada paso se leen voces y locuciones latinas: apenas tomó en las manos AA. de juicio ilustrado, de fina crítica, de ideas exáctas, de buen gusto, de estilo culto, y de locucion correcta; innumerables pasages son oscuros, muchas cosas del todo inútiles, é impertinentes, con un sin número de molestas repeticiones. En quanto á la parte doctrinal, son muchos y crasos sus errores, yerros, y equivocaciones, é incalculables los males que pueden causar; es equivocado, é inexácto en varios de sus conceptos, y en la inteligencia, que da á las doctrinas que cita de varios AA.: en las difiniciones, y divisiones que tanto conducen para la mayor claridad, y mas perfecta inteligencia de las materias, es tambien inexácto y defectuoso: contrayendose al tratado de particiones, que se compone nada menos que de dos gruesos tomos, nada hay tan embrollado y confuso, en ninguna parte se encuentra tanto farrago, ni tanta mezcla de cosas vanas é inútiles; parece estar metido Febrero quando le componia en un intrincado laberinto, de que no acertaba á salir; y en el mismo estarán expuestas á tropezar y confundirse todas las personas que quieran aprovecharse de un tratado tan necesario, é importante.

Pero nada hubiera hecho el Reformador con presentar este retrato, si al reverso de la medalla no hubiera puesto otro tan bello y perfecto como quiso pintarle. He aquí como se explica. Se ha reformatado mucho el método, se ha mejorado el estilo y el lenguaje, se han subrogado frases y expresiones castizas, se han substituidos términos cultos, y que están en uso, sin exceptuar las escrituras, diligencias, y fórmulas judiciales, las que se han perfeccionado con tanto cuidado, que no podrán ya leerse sin fasti-

Tomo I.



dio las que extendió el Autor: hase purgado el language tecnico de nuestra Jurisprudencia, que usó Febrero, de muchas expresiones y frases ininteligibles. Hanse aclarado los pasages y proposiciones obscuras, y procurado dar exactitud á todo lo que carecia de ella; se han enmanado y perfeccionado casi todas las definiciones y divisiones, substituyendo otras en el propio texto; hanse corregido asimismo en él, como en las notas, los muchos yerros, errores y equivocaciones en que incurrió el Autor, combatiendo asimismo en ellas otras nunca refutadas, y que conviene desarraigar, haciendo explicaciones que no se debian omitir. Ademas de estas notas se han puesto para enriquecer la obra otras varias, con algunas doctrinas ó especies útiles de que se hace uso frecuente. Disipados asi los errores, prosigue, serán incalculables los beneficios que puede hacer la mejora en la administracion de justicia. Desterrados tambien el desaliño y confusion en el estilo y language; hecho puro, sencillo y natural lo uno y lo otro, dada á esta obra toda la posible cultura y claridad, para que la entienda toda clase de personas, aunque no hayan hecho estudio alguno de las leyes; compareciendo ahora en el público sin los lunares y manchas que la afeaban, y engalanada con los adornos y atavios de que ha carecido hasta la presente, podremos lisongearnos, *concluye*, que por medio de la *Librería de Escribanos reformada y anotada*, que mejor llamariamos *Librería de derecho Español para toda clase de personas*, ú otro nombre semejante, andando en las manos de todos, serán antes de mucho tiempo mas cultos los Escribanos y los Abogados, cuyos escritos groseros y chavacanos no pueden leerse ahora sin fastidio. La obligacion de saber nuestras leyes impuesta á todos por un precepto formal fuera de la muger, del menor, del pastor y simple labrador; precepto nunca observado, y que no ha sido posible observar por falta de libros, que faciliten la execucion, *podrá verse cumplido en nuestros días con tan gran beneficio de la nacion, como detrimento de las injusticias y pleitos, mediante el Febrero reformado y anotado, que es indudablemente la obra de Jurisprudencia Española, entre todas quantas tenemos, que mas puede instruirnos, y en menos tiempo, y la única de que pueden valerse nuestros compatriotas para cumplir aquel mandato.*

Tales defectos en el Febrero original, y tales perfecciones en el Febrero reformado, le dieron á éste una estimacion y preferencia que con justicia debia merecer; pero si el comun de lectores formó un juicio tan ventajoso por no haberse tomado el trabajo de comparar los dos Febreros, otros que hicieron esta comparacion con los conocimientos necesarios, no solo no hallaron aquellas ponderadas bellezas y reformas, sino que advirtieron gravísimos errores, capaces de inducir consecuencias muy funestas en la admi-

nistracion de justicia. Haremos una breve enumeracion de estos defectos antes de entrar á manifestarlos por menor. El estilo y la locucion del Febrero *reformado*, son los mismos idénticos del *original*, ó por mejor decir, una copia á la letra de él, con la única diferencia de salpicar alguna palabra, ó de poner otra equivalente, ó peor, ó de mudar impertinente ó malamente la apunacion ú ortografía, ó de hacer de un número tres, ó de tres uno, á excepcion del tomo último, que está en el *reformado* segun el *original*. Las voces, que como exemplos de rudeza y barbarie, se traen en el prólogo, ó están canonizadas de castizas en nuestros modelos de la lengua, ó se hallan autorizadas con el gusto fino modernísimo, ó las usa el propio *Reformador*, haciendo él lo que acusa en otros. El método es tan diferente del método del original, como el estilo y el language; todo es uno, uno, uno. Los grandes *trastornos*, *las grandes mudanzas*, se han reducido á hacer párrafo ó capítulo primero, el capítulo ó párrafo último de algun tomo, ó á trasplantar á uno alguna materia, que en el original se trata en otro, ú arrancar de su lugar nativo algun número, y ponerlo literalmente en otra parte. El tomo primero, que recibió el primer impetu reformatorio, es donde mas se observa esta baraja de los capítulos y párrafos originales, y de algun número; en los demas marcha el original por su alveo natural. No hay materia en toda la Librería de Escribanos mas esmerada, mas bien trabajada, mas clara, ni mas metódica, que el *tratado de particiones*, que se alega como exemplo de confusion y farrago. La reduccion de los siete tomos del *original* á los cinco del *reformado*, es una mutilacion de los miembros esenciales y utilísimas partes, con que el Autor compuso y organizó su obra, quedando ésta como el Hércules de Belvedere, sin pies, sin manos y sin cabeza.

Los crases errores y equivocaciones que se atribuyen al Autor en alguna, ú otra nota, ó son dogmas legales ó disposiciones terminantes de las leyes, ó imputaciones solemnes de lo que no dixo, ni pensó, ni soñó decir. Este olvido de las disposiciones de las leyes, no echa de ver el sentido obvio de ellas, escaparse su espíritu, desconocerse las reglas del derecho, equivocar el sentido del Autor, obscurecer, confundir y amalgamar sus claras, distintas y bien fundadas doctrinas; mudar el estado de la cuestión, pensamientos á medio hacer, disentir sin dar razon; proponer sin resolver, es harto frecuente en las impugnaciones, glosas, críticas y reprehensiones de que abundan las notas. Al mismo tiempo se observa en ellas un alto caracter censorio, sin otro apoyo que razones fútiles, mezquinas y miserables de propia cosecha, dictadas por el amor de la novedad, ó por el desco de distinguirse, y de salir de las sendas trilladas, y volando por las elevadas es.

feras de la ciencia de la legislación, se mira con el mayor desprecio la autoridad reunida de los intérpretes de primera nota, se censuran las mismas leyes, y se refutan las verdades, y las máximas mas bien establecidas.

He aquí á lo que están reducidos en general los defectos del Febrero reformado, pero como no es facil que los lectores los reconozcan si no se les pone en el caso de comparar y juzgar por sí mismos, ha parecido conveniente hacer una demostracion de ellos, que servirá tambien para convencer á Don Josef Marcos Gutierrez de quan peligroso es tomar sobre sí el alto é importante cargo de Reformador de una obra como la Librería de Escribanos, en cuya composicion gastó Don Josef Febrero muchos años, con sumo estudio y trabajo, y que no dió á luz sino despues de haberla consultado con Letrados muy juiciosos, sabios y prácticos en la Jurisprudencia.

Para la debida claridad se divide esta demostracion en los párrafos siguientes:

§. I. Se traen algunos exemplos de doctrinas confundidas, de leyes ú olvidadas, ó censuradas, ó mal interpretadas en el *Febrero reformado y anotado*, y de alteraciones substanciales hechas en él, en perjuicio de la verdad, y exáctitud del texto del original.

§. II. Se explican y defienden algunas leyes y reglas de derecho, unas combatidas, y otras no bien entendidas, ó del todo desconocidas en el *Febrero reformado y anotado*.

§. III. Prosigue el mismo asunto con nuevos exemplos; y se vindica al Autor y otros Intérpretes del injurioso estilo con que se les trató en la *Reforma* al establecerse el principio capital de la materia de la colacion.

§. IV. De la extravagancia y tropiezos de la *Reforma* en materia de últimas voluntades, &c.

§. V. De las verdades que estableció el Autor, que como errores se han proclamado en el *Febrero reformado y anotado*.

§. VI. Se da una idea analítica, por via de ensayo, de la operacion reformatoria que reduxo á cinco tomos los siete de la *Obra original*.

§. VII. Se declara el lugar que debe tener en la Jurisprudencia el estudio de las leyes Romanas, tratadas con vilipendio en la *Reforma*, y se concluye manifestando lo ridículo é infundado de los cargos que se han hecho al Autor en quanto á locuciones y frases técnicas, estilo y language.

§. I.

Se traen algunos exemplos de doctrinas confundidas, de leyes ú olvidadas, ó censuradas, ó mal interpretadas en el Febrero reformado y anotado, y de alteraciones substanciales hechas en él en perjuicio de la verdad, y exáctitud del texto original.

No le pareció bien á Don Josef Marcos Gutierrez que el nieto pudiese estar en ningun caso, viviendo su padre, baxo la potestad del abuelo; de consiguiente que el abuelo le nombrase entonces tutor en el testamento, fundado en que el hijo casado y velado queda emancipado segun la ley de Toro, y que tanto él como sus hijos están ya fuera del poder del abuelo. (*Tom. III. pag. 60.*) Y si el hijo está casado, y no está velado, de lo qual se han visto hartos exemplares? Entonces él y toda su posteridad masculina y femenina, casada y no velada, estará baxo la potestad del abuelo segun la propia ley de Toro, quien podrá dar tutor, y aun substituto pupilar, no digo á sus nietos nacidos antes de velarse, sino á sus viznietos y tataranietos en su caso. Esto sin duda no le ocurrió al Señor Gutierrez; pero para dar un vuelo á sus propios pensamientos, dixo contra el dictamen de AA. muy juiciosos, lo que no pensó decir la ley de Toro.

Es muy de admirar la Nota con que ilustra la doctrina del Autor acerca de la cláusula codicilar. Dice pues estas singulares palabras. *La doctrina de la cláusula codicilar no se apoya en ninguna disposicion Real, sino en el derecho comun, y en Autores: por lo que ofreciendose el caso debe examinarse bien* (*Pag. 127. tomo I. Febrero reformado.*) Ciertamente es plausible el modo de resolver el problema imaginario, no digo bien, de una premisa, que se sienta como cierta, se saca una consecuencia dudosa. La cláusula codicilar no tiene otro fin que el de suplir qualquiera omision ó falta de solemnidad en el testamento. El derecho Romano la estableció con el fin de dar un consuelo á los testadores que se hallasen inciertos ó temerosos de si seria cumplida su ultima voluntad, para que si llegaba el caso de que se declarase nulo su testamento, supiesen que debía valer como codicilio; y como los codicillos se hallan reconocidos por nuestras leyes, es de consiguiente que ellas autoricen una cláusula dirigida á que á lo menos tenga valor de tal la última disposicion de los hombres en los casos que sus testamentos sean nulos. Es verdad que no hay una ley terminante en nuestros Códigos, donde se ordene este modo de suplir la última voluntad; pero las leyes protectoras de los actos humanos, comprenden en sí mismas todo quanto puede contribuir á hacerlos valederos. Han de valer en efecto ménos los últimos alientos de los hombres, porque sean mas

feras de la ciencia de la legislación, se mira con el mayor desprecio la autoridad reunida de los intérpretes de primera nota, se censuran las mismas leyes, y se refutan las verdades, y las máximas mas bien establecidas.

He aquí á lo que están reducidos en general los defectos del Febrero reformado, pero como no es facil que los lectores los reconozcan si no se les pone en el caso de comparar y juzgar por sí mismos, ha parecido conveniente hacer una demostracion de ellos, que servirá tambien para convencer á Don Josef Marcos Gutierrez de quan peligroso es tomar sobre sí el alto é importante cargo de Reformador de una obra como la Librería de Escribanos, en cuya composicion gastó Don Josef Febrero muchos años, con sumo estudio y trabajo, y que no dió á luz sino despues de haberla consultado con Letrados muy juiciosos, sabios y prácticos en la Jurisprudencia.

Para la debida claridad se divide esta demostracion en los párrafos siguientes:

§. I. Se traen algunos exemplos de doctrinas confundidas, de leyes ú olvidadas, ó censuradas, ó mal interpretadas en el *Febrero reformado y anotado*, y de alteraciones substanciales hechas en él, en perjuicio de la verdad, y exáctitud del texto del original.

§. II. Se explican y defienden algunas leyes y reglas de derecho, unas combatidas, y otras no bien entendidas, ó del todo desconocidas en el *Febrero reformado y anotado*.

§. III. Prosigue el mismo asunto con nuevos exemplos; y se vindica al Autor y otros Intérpretes del injurioso estilo con que se les trató en la *Reforma* al establecerse el principio capital de la materia de la colacion.

§. IV. De la extravagancia y tropiezos de la *Reforma* en materia de últimas voluntades, &c.

§. V. De las verdades que estableció el Autor, que como errores se han proclamado en el *Febrero reformado y anotado*.

§. VI. Se da una idea analítica, por via de ensayo, de la operacion reformatoria que reduxo á cinco tomos los siete de la *Obra original*.

§. VII. Se declara el lugar que debe tener en la Jurisprudencia el estudio de las leyes Romanas, tratadas con vilipendio en la *Reforma*, y se concluye manifestando lo ridículo é infundado de los cargos que se han hecho al Autor en quanto á locuciones y frases técnicas, estilo y language.

§. I.

Se traen algunos exemplos de doctrinas confundidas, de leyes ú olvidadas, ó censuradas, ó mal interpretadas en el Febrero reformado y anotado, y de alteraciones substanciales hechas en él en perjuicio de la verdad, y exáctitud del texto original.

No le pareció bien á Don Josef Marcos Gutierrez que el nieto pudiese estar en ningun caso, viviendo su padre, baxo la potestad del abuelo; de consiguiente que el abuelo le nombrase entonces tutor en el testamento, fundado en que el hijo casado y velado queda emancipado segun la ley de Toro, y que tanto él como sus hijos están ya fuera del poder del abuelo. (*Tom. III. pag. 60.*) Y si el hijo está casado, y no está velado, de lo qual se han visto hartos exemplares? Entonces él y toda su posteridad masculina y femenina, casada y no velada, estará baxo la potestad del abuelo segun la propia ley de Toro, quien podrá dar tutor, y aun substituto pupilar, no digo á sus nietos nacidos antes de velarse, sino á sus viznietos y tataranietos en su caso. Esto sin duda no le ocurrió al Señor Gutierrez; pero para dar un vuelo á sus propios pensamientos, dixo contra el dictamen de AA. muy juiciosos, lo que no pensó decir la ley de Toro.

Es muy de admirar la Nota con que ilustra la doctrina del Autor acerca de la cláusula codicilar. Dice pues estas singulares palabras. *La doctrina de la cláusula codicilar no se apoya en ninguna disposicion Real, sino en el derecho comun, y en Autores: por lo que ofreciendose el caso debe examinarse bien* (*Pag. 127. tomo I. Febrero reformado.*) Ciertamente es plausible el modo de resolver el problema imaginario, no digo bien, de una premisa, que se sienta como cierta, se saca una consecuencia dudosa. La cláusula codicilar no tiene otro fin que el de suplir qualquiera omision ó falta de solemnidad en el testamento. El derecho Romano la estableció con el fin de dar un consuelo á los testadores que se hallasen inciertos ó temerosos de si seria cumplida su ultima voluntad, para que si llegaba el caso de que se declarase nulo su testamento, supiesen que debía valer como codicilio; y como los codicilios se hallan reconocidos por nuestras leyes, es de consiguiente que ellas autoricen una cláusula dirigida á que á lo menos tenga valor de tal la última disposicion de los hombres en los casos que sus testamentos sean nulos. Es verdad que no hay una ley terminante en nuestros Códigos, donde se ordene este modo de suplir la última voluntad; pero las leyes protectoras de los actos humanos, comprenden en sí mismas todo quanto puede contribuir á hacerlos valederos. Han de valer en efecto ménos los últimos alientos de los hombres, porque sean mas

venientes y mas vivos? En resolucion, por medio de la cláusula codicilar convierte eventualmente el testador el acto de testar en un codicilo, que es tambien uno de los instrumentos orgánicos consagrados por nuestras leyes, como un monumento para trasladar á la inteligencia de los vivos los últimos deseos de los muertos. Baxo de estos supuestos no se alcanza en qué puede fundarse el Reformador quando dice, que ofreciendose el caso, debe examinarse bien la cláusula codicilar. Lo que únicamente se deberá examinar es si está extendida en términos claros y precisos para evitar dudas, pero no si es conforme á nuestras leyes, ó si por no haber una que expresamente hable de la materia, deberá ó no tener efecto. Esto sería trastornar todos los principios del derecho, y de la práctica mas bien recibida. Pero enemigo declarado el Señor Gutierrez de la cláusula codicilar, no solo ha incurrido en el error arriba expresado, sino que de los seis efectos que produce y trae el Autor, ha omitido dos sin decir en qué se funda. Son trascendentales á la administracion de justicia estos tropiezos? Es esto explicar y enriquecer, ó es empobrecer, implicar y obscurecer?

No quiero detenerme en varias Notas del tomo I. donde por entenderse siniestramente la *ley 1. l. 18. l. 10. N. R.* se confunden el testamento, el codicilo y la última voluntad, tres cosas enteramente diversas, que tienen en nuestras leyes, aun las mas modernas, en los AA. y en Febrero nociones, ideas, definiciones, solemnidades y consecuencias diferentes. Todo se confunde en esta reforma. Trata de los testamentos, y empieza por el testamento militar, cometiendo así el grave pecado antimetódico de poner la excepcion antes de la regla general, arrancando los números respectivos á este testamento, del lugar donde mas adelante los puso oportunamente el Autor, y colocandolos al pie de la letra, y á viva fuerza, donde no cabian. Despues en lugar de una nocion ó definicion clara que dá el Autor del testamento privilegiado, militar, ó no solemne, diciendo: *es el que tiene validacion y firmeza por especial privilegio, aunque carezca de los requisitos y solemnidades prescriptas por derecho*, se puso la siguiente: *es el que ningun otro requisito exige, sino que conste de la voluntad del testador*. Esto no dá nocion alguna, ni es definicion buena, ni mala; es un galimatias. El fin de todo testamento es, que conste la voluntad del testador. Aquellos requisitos, formas y modos de declararla, que la ley tiene señaladas ú aprobadas, son los medios. Quién hasta ahora exigió el fin como medio para conseguir el mismo fin? Es lo mismo que decir, que el remedio mejor para conseguir la salud es estar bueno, y que para averiguar la verdad, el medio mas acertado es saberla; que el medio ó requisito para que conste la voluntad del testador, es que conste. Y cómo hemos de saber quando consta? La misma definicion puede darse tambien al testamento solemne, del

que asimismo puede decirse que no exige otro ninguno requisito, sino que conste la voluntad del testador. Los requisitos y solemnidades que la ley prescribe para él, no son con otro objeto; no exige mas, porque juzga que con los prescriptos consta la última disposicion del hombre; no prescribió ménos, porque cree que sin ellas no consta; y así solo ordenó las precisas para lograr su fin. Si hubiese entendido que eran necesarias mas solemnidades, ó que con ménos habia bastante, lo habria ordenado así. Las leyes tampoco multiplican entidades sin necesidad. Se ha confundido el convencimiento con las pruebas que la ley exige para producirle, tanto en el uno, como en el otro, que aunque diferentes en el testamento militar, que en el testamento comun, siempre han de ser bastantes á convencer de la última voluntad. Si se hubiese dexado la definicion del Autor en el lugar que la puso, como dá una nocion clara de la diversidad de medios para un mismo fin, y declara segun reglas logicas la diferencia específica, que distingue el uno del otro, no se podia caer en paralogismos, ni en la confusion que inspira la que se le subrogó, y que trascendió á las Notas, en que obscureciendose la doctrina sólida del Autor sobre el testamento no solemne, se pretende sostener la última voluntad del militar sin pruebas legales y racionales, que produzcan el convencimiento de ella, y hacer responsable á una Real Cédula moderna de cosas que no dixo.

Pero me llama la atencion una nota (*Tom. 1. pag. 28. Nota I.*) donde el *Reformador*, revistiendose de su alto caracter reformatorio, viene á resolver que los Corsarios Berberiscos, las Regencias Africanas, todo Mahometano, é infiel, y hasta los Judios de Hispahan, estan sujetos á las leyes de Partida. Hay en efecto una, y es la *8. tit. 21. Part. 4.* que ordena, que ningun Moro, ni persona de otra secta, pueda tener esclavo Christiano. Esta ley es la admirable razon, que se da ilustrando al Autor, para sostener que los Españoles cautivos de los Moros no son esclavos, y por consiguiente, que como libres pueden hacer testamento. No sé como nadie pueda concebir, que una ley pueda extender la fuerza de sus prohibiciones á otros que sus propios súbditos, ni que nuestros Legisladores hayan pretendido jamas violar la independencia de las naciones, queriendo que estas reconozcan y respeten sus leyes. El derecho de las gentes, y las solemnes convenciones, sobre todo el derecho tan alto, como justiciero de la reciprocidad, son el Código, que rige entre los pueblos que no dependen entre sí. No se tuvo presente que los Moros y Judios de que habla la ley, son aquellos que eran súbditos de los Reyes de Castilla: los decretos de expulsion y proscripcion de unos y otros, fueron algunos siglos despues. Basta una mala razon para echar á perder aun la mejor causa.

Paso ahora á examinar dos conceptos, y dos definiciones equi-

vocadas en las primeras lineas del tomo II, por cambiarse el sentido natural de dos voces, por via de mejora y exáctitud, en lugar de las voces y difiniciones exáctas del Autor. *Arrendador que así mismo se llama colono*, dice el Reformador, *es el que toma, y arrendatario el que da en arrendamiento*. Todo es al reves. Arrendatario es el que toma ó recibe en arrendamiento alguna cosa; en latin *conductor*. Este es el significado propio y usado de esta voz, el que se usa en las Cédulas Reales, y el que le da tambien la Academia en su Diccionario. Aquel que da en arrendamiento alguna heredad, en latin *locator*, no es, ni se llama, *arrendatario*, como se dice equivocadamente, sino *arrendador*, con esta diferencia en las dos voces, que *arrendador* es, ó se llama, no solo el que da, sino tambien el que toma en arrendamiento; pero la voz *arrendatario* nunca puede aplicarse ni se aplica al que da, sino exclusivamente al que recibe en arrendamiento, segun lo hace el Autor, á la manera que *donatario* es el que recibe donacion, *depositario* el que recibe en deposito, *mandatario* el que recibe orden ó mandato, y así respectivamente; *mutuario*, *commodatario*, *legatario*, *usufructuario*, *usuario*, *feudatario*, &c.; de modo que la identidad de terminacion de todas estas, y otras voces, no dexarian lugar á dudar en la acepcion de la voz *arrendatario*, aun quando el uso comun no la tuviese bien fixada. La parte activa se aplica al dueño, ó al que da, y la pasiva al que recibe.

En quanto á la voz *arrendador*, como el contexto es el que determina la significacion de todas aquellas voces que admiten sentidos equívocos, siempre que se usan á un mismo tiempo las dos palabras *arrendador* y *arrendatario*, la de arrendador pierde su indiferencia, y se contrae precisamente al dueño, ó al que da en arrendamiento. Así todo se cambia por el Señor Gutierrez, manchando todo el discurso sobre este pie de voces, y difiniciones equivocadas, repitiendose las mismas equivocaciones, quantas veces se repiten las voces, trocandose por consecuencia las obligaciones de los contrayentes; haciendo recibidores á los dadores, á los deudores acreedores, á los cobradores pagadores; en substancia es un Babel en que ni Defensores ni Escribanos, Jueces ni partes se entienden unos á otros, y que pondria en ridiculo á los Abogados y Escribanos que abrazasen, y produxesen en sus escrituras, informes y alegatos semejantes nomenclaturas. No es esto solo, sino que despues de establecerse alta é imperiosamente tan solemne equivocacion sobre las ruinas de lo que edificó bien el Autor; se dice á renglon seguido: *conviene para mayor claridad no equivocar ni confundir la significacion de estas voces*. Esto es lo mismo que consagrar los disparates.

Exáminemos ahora una doctrina de grandes consecuencias que

nos da el Señor Gutierrez, á saber, que como hay suplicios para los perversos, los hay tambien para los ignorantes. Estableciendo el Autor, apoyado en la razon y en la autoridad, la excepcion de que quando el heredero acepta con error la herencia sin hacer inventario en la forma, tiempo, y con los requisitos que previene la ley, no está obligado á pagar las deudas y legados, sino en quanto alcancen los bienes hereditarios; porque quien yerra, ó ignora no se juzga hacer acto del qual se induzca aceptacion, y el error excluye el consentimiento, sin el qual ninguna disposicion hay estable, y es lo mismo que si no se hiciese, exáltada la vilis del Señor Gutierrez con semejante doctrina, la impugna y castiga en esta Nota: *esta limitacion por sí sola, casi ó sin casi destruye la regla general. Qué acto, qué instrumento, qué obligacion tendria subsistencia, si el error, ó la ignorancia con que se escude el obligado, es suficiente para invalidarlos? No convendria mas castigarlos para que hubiese menos del uno, y de la otra? Así como á la sombra de una indiscreta, y criminal condescendencia, crecen, y se propagan los delitos, así tambien la necia indulgencia con el error, y la ignorancia, aumenta el número de los errados é ignorantes*.

Nada se exceptua en tan formidable fallo; ni lo culpable ni lo inculpable, ni lo substancial, ni lo accidental, ni lo civil, ni lo criminal, ni el error de hecho, ni el de derecho, ni quantas distinciones ha descubierto la ciencia de la equidad: todo se lleva á sangre y fuego, todo lo abraza un dogma perentorio de tanta latitud, que puede hacer sombra á todo un emisferio. Qué conocimiento no tendrá de sus propias fuerzas para resistir la entrada al error y á la ignorancia, quien se produce de esta manera? Quán desposado creará estar con la sabiduría, con la verdad y con la luz, quien declara guerra tan cruel á los ignorantes y á los errados? Con pocas máximas de estas en un dia se aprende la Jurisprudencia. Nada hay mas contrario á la voluntad que el error, dixo un gran Jurisconsulto, y la razon clama por esta gran verdad; sin la voluntad no hay delitos, sin ella todos son inocentes; sin la voluntad no hay contratos, ni convenciones, ni me debes, ni te debo, y calla la severidad de la ley: todos los que pecan, yerran, pero no todos los que yerran pecan. Principio estupendo el que se establece, y enemigo del linage humano, pues castiga al hombre en su propia y natural debilidad. Solo falta escoltar con suplicios, cadahalsos, torturas y verdugos tan bárbara máxima. Qué podemos esperar de las *Instituciones criminales* (esta obra fué reprobada por el Colegio de Abogados, como el Febrero Reformado) que senos anuncian por el Reformador en su prólogo, si los errores son crímenes? En qué libros de negra Jurisprudencia, en qué tizon se habrá leído este anatema? De dónde se habrá deducido? Dé los motivos mas

altos de templar el rigor, y de producir los sentimientos mas nobles y tiernos de la humanidad.

Pero qué bien dice con esta máxima tan desoladora, capaz ella sola de acabar de una vez con toda la especie humana, una exálation de humanidad en que se resuelve el corazon del *Reformador* con motivo de tratar el Autor de los partos de las esclavas (Tom. 3. pag. 228. Nota I.) *Al leer este número, dice, al leer los partos de las siervas, que se equiparan á los animales, no ha podido menos de conmoverse y afligirse mi corazon. He aquí una miserable porcion del género humano degradada, y humillada hasta el nivel de las bestias :::: Dios quiera que no prevenga mi muerte al cumplimiento de uno de mis mayores deseos, el de ver desterrados de los Códigos las viles y afrentosas voces de siervo y servidumbre, de esclavo y de esclavitud.* Esto es ridículo, y sobre serlo pudiera el *Reformador*, entre tanto que se le cumplen sus loables deseos, no haber omitido en su reforma las nueve partes de las diez, de las doctrinas del Autor sobre la esclavitud, algunas muy consoladoras; pues tanto en los dominios del antiguo como del nuevo mundo, tiene, ó puede tener uso el *Código negro*.

Ordena la ley 54. de Toro ley 3. tit. 3. lib. 10. N. R. cuya disposicion trae el Autor, que "qualquiera esposa, ora sea de presente, ora sea de futuro, suelto el matrimonio, gane si el esposo la hubiere besado, la mitad de todo lo que el esposo la hubiere dado antes de consumado el matrimonio, ora sea precioso, ó no: y sino la hubiere besado no gane nada de lo que la hubiere dado, y tornase á los herederos del esposo. Pero si qualquiera de ellos muriese despues de consumado el matrimonio, que la muger y sus herederos ganen todo lo que siendo desposados le hubo el esposo dado, no habiendo arras en el tal casamiento y matrimonio, pero si arras hubiere, que sea en escogimiento de la muger ó de sus herederos, ella muera, tomar las arras, ó dejarlas; y tomar todo lo que el marido la hubo dado siendo con ella desposado."

Tengo por inútil tocante al ósculo, se dice en una Nota, la disposicion de la ley 52. de Toro, y de la 3. tit. 11. Part. 4. tomada sin duda de la 16. Cod. de donat. ante nupt. Si se habla de un ósculo ilícito, y motivado por un impuro afecto, no podrá probarse, puesto que los esposos lexos de buscar quienes puedan ser testigos de semejante hecho, huyen cuidadosamente de ellos; y si se habla de un ósculo permitido como una de las ceremonias introducidas en la celebracion de los espousales ó del matrimonio, creo con fundamento que en ninguna de las Provincias de España se halla recibido: (Tom. 2. pag. 180. Nota I.) Otro ósculo se dexó del que habla expresamente la ley, y es el mas honesto, fiel y legal, qual es el de la es-

posa de presente al esposo de presente; pero si se hablaba de él, iba por tierra toda la filosofia de la Nota, con que se queria hacer lucir un rasgo censorio de esta ley. Como quiera nuestros Legisladores segun esta doctrina malgastaron el tiempo, unos en concebir, otros en sancionar, otros en promulgar, otros en renovar esta ley. Solo por pasatiempo hicieron una ley inútil para un caso imposible de probar. De la misma manera, y solo por placer, hicieron tambien leyes inútiles, é impusieron penas contra el adulterio; pues los adúlteros, aun con mayor razon, lexos de buscar testigos de su crimen, huyen cuidadosamente de ellos. Asimismo fué tambien un juguete de nuestros Legisladores hacer igualmente leyes contra la bestialidad, y otros delitos tan afrentosos á la naturaleza, pues todos estos delinquentes, lexos de buscar testigos de sus abominaciones, huyen cuidadosamente de ellos. El cohecho, la usura; para qué me canso, qué delinquentes buscan testigos de sus delitos? Así todos los crímenes tienen hecha su apología en la doctrina de esta Nota. A tal término conduce un raciocinio mal hecho, y tales son los abismos donde se precipita una razon sin guía.

A la ley toca tener siempre franco y abierto el Augusto solio de la justicia. La probanza del agravio es de cargo de los querellosos, que acuden á su proteccion. La misma ley y la buena razon socorren en los casos de difícil prueba: los indicios, las congeturas, las presunciones, los actos aproximados á los delitos, adquieren mas vehemencia en tales circunstancias, y ó producen el convencimiento, ó se acercan tanto á él quanto es menester, al menos para indemnizar al agraviado, aun quando no sea bastante para llenar todos los designios de la justicia criminal.

Si esto es así, en aquellos actos cometidos en tinieblas, dignos de todo el odio de la ley, y de toda la exécracion de los hombres, mucho mejor en el ósculo entre esposos de futuro, que aunque reprehensible en el juicio de Dios, no lo es tanto en la opinion de los hombres; y que llevando consigo un cierto afecto conyugal anticipado, faltan los motivos para tanto recato y reserva. Esto es quando para la contienda entre la esposa y el esposo, ó sus herederos hubiesen de ser precisamente necesarias las deposiciones de testigos, que no lo son. Pues cómo se ha de probar? quién lo ha de declarar? quién lo ha de decir? Quién? Ella misma; no es necesario mas testigo, y aun debe serlo solo ella. A una muger que dice, la besaron, lo mismo que si dice que no es doncella, es menester creerla. Si la esposa se niega á devolver al esposo, ó á sus herederos las joyas ó dádivas que la demandan, sujetese á esta prueba. Páreceme un juicio como el de Salomon, el del primero que en este caso pasó con mucha discrecion á una muger en la dura necesidad de juzgarse ella misma. Este es un juicio muy antiguo en las leyes de Castilla: *Esta es fazaña de*

Castilla, dice la ley 4. tit 1. lib. 5. del Fuero viejo; que Doña Elvira, sobrina del Arcediano Don Mateo de Burgos, é fija de Ferran Rodrigues de Villarmentero, era desposada con un caballero é dióle el caballero en desposorio paños, é cinteras, é una mula ensillada de dueña, é partióse el casamiento, é non casaron en uno; é el caballero demandó á la dueña quel diese suas cinteras, é todas las otras cosas que le dió en desposorio, que non habia porque gelo dar, é vinieron ante Don Diego Lope de Faro, que era Adelantado de Castiella, é dijeron suas razones antel caballero, é el su tio el Arcediano Don Mateo, que era Razonador por la dueña: é juzgó Don Diego, que si la dueña otorgaba que habia besado, y abrazado al caballero despues que se juraron, que fuese todo suo de la dueña, quantol habia dado en desposorio; é si la dueña no otorgaba, que non habia abrazado, ni besado al caballero, despues que fueron desposados en uno, que diese todo lo que recibiera: é la dueña non quiso otorgar que la habia abrazado, nin besado, é diol todo lo que le habia dado. La ley cree imposible en la honestidad del sexó, singularmente en el pudor virginal, que aquella que no fué besada, diga que la besaron; aun habiendolo sido, será siempre un experimento trabajoso para su rubor adquirirse por su propia boca la compensacion del menoscabo que con el ósculo haya padecido en él; es una lucha entre su vergüenza, y su interés. Si quizá Doña Elvira fué melindrosa, tendria por mejor perder las joyas, que perder la esperanza de otro novio, tal vez tan delicado, que le incomodase el contacto de la atmósfera. La ley es enteramente favorable al honor de las mugeres. La que vuelve las joyas dá un testimonio público en abono de la integridad de su pudor, y conserva todo su precio para ser objeto de nuestras solicitudes. Si usa del beneficio de la ley, consigue un resarcimiento, que consolandola de la pérdida de un esposo, alienta su esperanza de otro menos delicado: este es negocio y especulación de ellas. Podrá hallarse alguna en circunstancias que diga: *pues me tienen por besada, peor es no ganar nada.*

En medio de la imposibilidad moral de señalar, ó determinar qual de nuestras instituciones, costumbre, ó leyes actuales, es la misma en todo ó en parte, pura ó modificada, que la que tuvieron los aborígenes ó primitivos. Españoles antes de recibir las impresiones que les dieron las diversas naciones que dominaron nuestro país, y de formarse innumerables combinaciones en la série de los siglos, entiendo, que si hay alguna institucion, que pueda llamarse originaria, indigena, y verdaderamente nacional, es la presente. La hallamos en el *Fuero Real*, en las *Partidas*, en el *Fuero viejo de Castilla*, en el *Fuero Juzgo*, y aunque la

ley del Código que se cita en la Nota (tomandola del Autor) tiene fecha mas antigua, es muy digno de observar ser una constitucion del Emperador Constantino dirigida al Gobernador de España, verisimilmente con motivo de alguna consulta ó recurso contraído á nuestras costumbres en aquel tiempo. Los Compiladores del Código de Justiniano la juzgaron digna de él, por su sabiduría y grande equidad. Lo cierto es que los Jurisconsultos Romanos, cuyas sentencias se recopilaron en el Digesto, no hicieron mencion de tal institucion.

No se yo á que viene el ósculo formulario ó ritual de que se habla tambien en la Nota, en el supuesto soñado de que la ley de Toro pudiese referirse á él. En España siempre se besó, como se besa ahora. Sea lo que fuese, la ley no habla de tal ósculo, ni pueden concebirse en él los fines y razones de su disposicion, que son resarcir á la esposa el menoscabo que padece en su rubor, y compensar el sufrimiento y confusion de su vergüenza, á causa de la osadía del esposo, para quien en ello todo es placer. Este es el primer principio del galanteo honesto, ó inhonesto. El pudor menguado ha de ser recompensado, y el placer pagado. Si algunas veces observamos algunas excepciones, éstas son obra de la depravacion de costumbres, que ha hecho invertir las leyes de la naturaleza. Como nada de esto hay en el ósculo ritual, cesa en él la razon de la ley. Asi dicen que se besa en Francia, donde por eso nada gana besándola la esposa de futuro de lo que la hubiere dado el esposo; el ósculo es indiferente allí, ni en darlo, ni en recibirlo se hace, ni se padece, ni se excitan los órganos sensorios; besar una muger, es besar una pared. Por eso fue condenada como error la doctrina de los hereges Begardos y Beguinas, especie de místicos carnales, que enseñando no ser pecado fornicar, decian serlo grave besar de esta manera. En los países donde se tiene en mas á las mugeres, y se respeta mas su contacto físico, donde el ósculo conmueve toda la máquina, y lectriza toda la sensibilidad orgánica de un hombre, donde el ósculo se confunde y humilla la modestia virginal, y la honestidad de una matrona, tiene el ósculo otras ideas, y otras leyes. Quizá influirá tambien para esto la altura de polo, que por una especie de moda entra ahora por razon, en casi todas las leyes. De este ósculo, y no del de ceremonia, dixo Ovidio: *Oscula si dederis fies manifestus amator.* Por el privaba del feudo una ley de los Longobardos al vasallo que besase á la esposa de su señor, y por él se dixo tambien: *per osculum, et dexteram resignatur pudor.* Esta es la diferencia que hay de un ósculo á otro; en el último no tiene cabimiento alguno la disposicion de la ley, por no ser admisible la recompensa donde no hay que recompensar; esta es la razon. La de no estar en costumbre en ninguna de las provincias de Es-

pañá era también muy bastante, para que no se hiciese memoria alguna de él en el comentario sobre la inteligencia de una ley patria. En fin viene á resolverse toda esta doctrina con que se enriquece é ilustra el Autor, en que un ósculo porque no se usa, otro porque no se puede probar, otro porque se pasa por alto, todos quedan sin pagar. Qué importa que en otra parte de sus Notas ponga el *Reformador* en las nubes el alma de las mugeres, si rebaja tanto, ó mas bien dexa tan agraviado el mérito de su cuerpo?

También quisiera el Señor Gutierrez, paseándose en la ciencia de la legislación, que las mugeres no llevaran dote al matrimonio, ni heredaran á padres, parientes, ni extraños; todo su caudal para merecer las preferencias y favores de un hombre, habia de consistir en virtudes morales. Añadiera también, que por ningún título habian de poder adquirir bienes algunos, y así nos ponía el otro sexo bien barato. Se ha hecho la observación, que donde las mugeres no llevan dote, son esclavas: esto les faltaba para colmar su suerte. Orgulloso el hombre en tales regiones con la superioridad de sus fuerzas, está hecho un zangano, mientras la muger executa casi todas las fatigas del campo, desempeña las ocupaciones caseras, y observa con humillación los antojos de su marido para complacerlos. Ellas podrian exigir otro tanto de los hombres, y se sostendrian maravillosamente las cargas del matrimonio en estos tiempos voraces, en que ni la dote ni la virtud juntas son bastantes para quitar á muchos el horror al matrimonio, que un luxo casi convertido en primera necesidad ha hecho tan gravoso. Estas vanas teorías son buenas para la historia de los siglos en que los hombres se mantenian con bellotas; pero impertinentes y superfluas en la *Librería práctica de Escribanos*, escrita en tiempos en que las legislaciones de los pueblos cultos tienen por un mal público, que desean evitar, la indotación de las mugeres, y en que la opinion ha puesto entre los objetos mas laudables de la piedad, y demas virtudes tan sociales como cristianas, la dotación de ellas.

Solo faltaba que se diese en el pensamiento de dotar á los hombres; dicho, y hecho; en otra parte se habla precisamente de dotar á los hijos. (*Tom. 4. pág. 93. Nota II.*) Si estuviésemos entre los Indios salvajes del Darien, donde se casan unos hombres con otros, y que son, segun un Historiador nuestro, unos grandísimos putos, no habia que maravillarse. (*Gomara en su historia.*) Yo creeria que se padeció equivocación; si lo fue, es muy de extrañar, porque quien echa á otro en cara sus crasas equivocaciones, no debe equivocarse nunca; ni debe ser oída la advertencia que hace el *Reformador* en el tomo II., de que si á pesar del mucho cuidado que se ha puesto, se encuentran algunas pequeñas equivocaciones en dicho tomo, espera que las disimularán los lectores,

teniendo en consideración el grande trastorno, las grandes mudanzas que se han hecho en la obra: porque cómo se ha de perdonar á quien á otro no perdona? Un *Reformador* debe ser tal, que no haya necesidad de reformarlo á él. El grande trastorno, y las grandes mudanzas, lexos de ser motivo de indulgencia, lo es de acrecentar el rigor; la obra se estaba bien puesta en sus quicios, sin que fuese menester que nadie viniese á revolucionarla, ni á levantarla de ellos.

No puede tampoco comprehender el Señor Gutierrez por qué las mugeres han de ser capaces de otorgar testamento, y otros actos civiles antes que los hombres, esto es, á los doce años. *La anticipación de la pubertad en aquellas*, dice, *es solo respectiva á su aptitud para la generacion, lo qual se observa constantemente en toda la especie humana, y no por los mayores progresos de su razon.* (*Tom. 1. pag. 27. Nota I.*) Dexando á parte la experiencia, porque éste es un pequeño argumento para el *Reformador*, no es un inconveniente para el que la naturaleza y los Legisladores que la tomaron por guía, incurriesen en aquella, y estos en la inconsequencia y nulidad de crear y suponer una ley constante, que habilítase á las mugeres á los doce años para el matrimonio, antes de haberlas proveido de razon bastante para quedar obligadas en él. Pueden ya tener hijos en esta edad, la naturaleza las autoriza para ello, las leyes civiles obedecen este decreto soberano, y todavia en sentir del *Reformador*, por falta de razon no tienen obligación moral, ni deben tenerla civil á mantenerlos, ni á observar la perpetuidad de la union conyugal. Este flanco de la ley civil, y aun de la natural no conocido de los Legisladores, es un descubrimiento del *Reformador*, debido al primor de su microscopio solar. Créase que la marcha moral, y la marcha fisica guardaban de ordinario unas mismas leyes, y que el estado de las facultades fisicas del cuerpo, que se manifiestan á nuestra vista, fuese una señal muy verosímil del estado interior de las facultades intelectuales. Ya está visto, que todo esto fué, y es una equivocación, un error craso de todos los Filósofos y de todos los Legisladores, el qual como se dice en el prólogo es conveniente desarraigarse. La naturaleza incurrió en la monstruosidad de hacer á las mugeres hábiles para el fin á cierta edad, y de negarles los medios necesarios para llegar á él. Si por una ley constante las hizo aptas para la generacion, por qué se descuidó en no dar por otra ley constante la razon suficiente para entrar en el empeño sin el qual es inútil aquella aptitud? Bien se vé que nuestro *Reformador* no es cobarde: si no respeta las leyes de la naturaleza, cómo ha de respetar las leyes humanas?

No entro en el resto de la Nota donde todo es inexacto. El derecho, y la historia Romana están mal entendidos, ó mas bien

nada consultados; nuestros Comendadores confundidos con nuestros Legisladores, y la naturaleza sujeta á las reglas fixas de proporcion que el Reformador, la señala concluyendo con un proyecto de ley que es una contradiccion con lo que dexa sentado al principio de la Nota, pues teniendo dicho que la razon se perfecciona á un tiempo en los hombres, y en las mugeres, llama buena la legislacion que fixase el término de la mayor edad en las mugeres á los 23 años, y el de la edad pupilar á los 12 como ahora.

§. II.

Se explican y defienden algunas leyes y reglas de derecho, unas combatidas, y otras no bien entendidas, ó del todo desconocidas en el Febrero reformado y anotado.

Antojo fue de los Legisladores, sin apoyo alguno en la razon, el establecimiento del derecho de representacion entre los descendientes, y no entre los ascendientes. Suponer que esto se hizo porque repugna á la naturaleza, es una razon despreciable, dice el Señor Gutierrez. No fué este el motivo, ni pudo serlo de semejante establecimiento. La ley quiso que heredase el mas próximo en grado, y esto basta. Tal repugnancia solo ha existido en la fantasia de nuestros AA. y existirá en la de los que adoptan sus opiniones sin critica ni reflexion. Tampoco hay razon alguna sacada de las leyes de la naturaleza, para que los hijos en la sucesion á sus padres, y aun en el derecho á los alimentos sean preferidos á los ascendientes. Si las leyes positivas han dispuesto otro orden de sucesion, es porque regularmente los ascendientes mueren antes, y por una especie de desquite, por quanto ellos ya sucedieron á su vez á sus propios padres. Si los padres han dado el ser á sus hijos, los hijos lo han recibido de sus padres. Nada tienen que hacer aquí ya para la preferencia ni la naturaleza, ni la razon. (Tom. I. pag. 55. y 56. Nota I.)

No se puede dar origen mas baxo y mezquino, ni poner mas en ridiculo unas Instituciones que tienen su raiz en las leyes primitivas de la misma naturaleza. Es el término de los extravíos de la imaginacion. Los sentimientos naturales, ó un instinto irresistible, es el que nos arrastra á los fines de la conservacion y propagacion de la especie; instinto que nos es comun á los brutos, que nos arrebatá hacia los hijos aun antes de tenerlos; que nos aparta, que nos agita y trae fuera de nosotros mismos, para procurar el mayor bien de aquellos á quienes dimos el ser. Este instinto es el que escucharon las leyes que establecieron el derecho de representacion entre los descendientes, y no entre los ascendientes, y el orden de sucesion, ó la preferencia de los hijos á

los abuelos en la sucesion á sus padres, cooperando las disposiciones de los hombres con la naturaleza misma al cumplimiento de sus altos designios. *Amor descendit*, dicen los AA., y es una verdad eterna. El amor entre parientes tiene su declive natural hácia la descendencia, que llena los huecos de la mortalidad, y precave con la multiplicacion las contingencias á que se expondría la totalidad de la especie por aquella condicion fatal que conduce los hombres á su último fin y acabamiento. Un solo hijo único atraeria hacia sí los desvelos de padres, abuelos y bisabuelos por todas lineas, si todos viviesen á un tiempo. El mismo hijo llevado de una direccion rápida, que le inclina al descenso, se alexará de toda su ascendencia, y obedecerá tambien á la ley general. Tan sublime como esto es el origen de las leyes positivas sobre la representacion entre descendientes, y no entre los ascendientes; y de la preferencia de los hijos á los abuelos en la sucesion á sus padres. Los hijos se llaman ya dueños de la hacienda paterna, aun viviendo aquellos; son *sui heredes*, como dice la ley Romana, la qual no estima la sucesion de los hijos á los padres como verdadera y propia sucesion de herencia, sino como una continuacion del dominio, digamoslo asi, que ya tenían en vida de ellos. Este principio es tambien una de las razones originarias del derecho de representacion entre los descendientes. Si el hijo muere, es representado por el nieto, á quien se transmitió un lugar y un derecho que se suponía tener el difunto en los bienes paternos, y esta misma razon lo es tambien de la preferencia de los hijos á los abuelos en la sucesion á sus padres; porque quién con mas preferencia á una cosa, que aquel que se cree ser ya dueño de ella?

Qué diremos pues á vista de esta doctrina dictada por la misma razon, promulgada por sabios Legisladores, admitida y observada en la série de los siglos; de esta doctrina que tanto influye en la propagacion y conservacion de la especie humana, á quien por mejor decir se debe su existencia, como producida por el amor impreso por la naturaleza en todos los seres; amor inextinguible, que se va sucediendo desde el primer hombre á toda su posteridad; qué diremos, repito, de esas hinchadas expresiones del Señor Gutierrez? Es la naturaleza, ó es el capricho de los hombres el origen del derecho de representacion entre los descendientes? La preferencia de ellos con respecto á los ascendientes, la repugnancia de la naturaleza á que estos la tuviesen, es producida por la fantasia de nuestros AA.; existe solo en la cabeza de los que piensan sin critica ni reflexion?

En quanto á los alimentos, el hijo los pide de justicia al padre, que debe conservar un ser de que es autor. El padre los pide al hijo, porque debe agradecerle el inestimable beneficio que re-

nada consultados; nuestros Comendadores confundidos con nuestros Legisladores, y la naturaleza sujeta á las reglas fixas de proporcion que el Reformador, la señala concluyendo con un proyecto de ley que es una contradiccion con lo que dexa sentado al principio de la Nota, pues teniendo dicho que la razon se perfecciona á un tiempo en los hombres, y en las mugeres, llama buena la legislacion que fixase el término de la mayor edad en las mugeres á los 23 años, y el de la edad pupilar á los 12 como ahora.

§. II.

Se explican y defienden algunas leyes y reglas de derecho, unas combatidas, y otras no bien entendidas, ó del todo desconocidas en el Febrero reformado y anotado.

Antojo fue de los Legisladores, sin apoyo alguno en la razon, el establecimiento del derecho de representacion entre los descendientes, y no entre los ascendientes. Suponer que esto se hizo porque repugna á la naturaleza, es una razon despreciable, dice el Señor Gutierrez. No fué este el motivo, ni pudo serlo de semejante establecimiento. La ley quiso que heredase el mas próximo en grado, y esto basta. Tal repugnancia solo ha existido en la fantasia de nuestros AA. y existirá en la de los que adoptan sus opiniones sin critica ni reflexion. Tampoco hay razon alguna sacada de las leyes de la naturaleza, para que los hijos en la sucesion á sus padres, y aun en el derecho á los alimentos sean preferidos á los ascendientes. Si las leyes positivas han dispuesto otro orden de sucesion, es porque regularmente los ascendientes mueren antes, y por una especie de desquite, por quanto ellos ya sucedieron á su vez á sus propios padres. Si los padres han dado el ser á sus hijos, los hijos lo han recibido de sus padres. Nada tienen que hacer aquí ya para la preferencia ni la naturaleza, ni la razon. (Tom. I. pag. 55. y 56. Nota I.)

No se puede dar origen mas baxo y mezquino, ni poner mas en ridiculo unas Instituciones que tienen su raiz en las leyes primitivas de la misma naturaleza. Es el término de los extravíos de la imaginacion. Los sentimientos naturales, ó un instinto irresistible, es el que nos arrastra á los fines de la conservacion y propagacion de la especie; instinto que nos es comun á los brutos, que nos arrebatá hacia los hijos aun antes de tenerlos; que nos aparta, que nos agita y trae fuera de nosotros mismos, para procurar el mayor bien de aquellos á quienes dimos el ser. Este instinto es el que escucharon las leyes que establecieron el derecho de representacion entre los descendientes, y no entre los ascendientes, y el orden de sucesion, ó la preferencia de los hijos á

los abuelos en la sucesion á sus padres, cooperando las disposiciones de los hombres con la naturaleza misma al cumplimiento de sus altos designios. *Amor descendit*, dicen los AA., y es una verdad eterna. El amor entre parientes tiene su declive natural hácia la descendencia, que llena los huecos de la mortalidad, y precave con la multiplicacion las contingencias á que se expondría la totalidad de la especie por aquella condicion fatal que conduce los hombres á su último fin y acabamiento. Un solo hijo único atraeria hacia sí los desvelos de padres, abuelos y bisabuelos por todas lineas, si todos viviesen á un tiempo. El mismo hijo llevado de una direccion rápida, que le inclina al descenso, se alexará de toda su ascendencia, y obedecerá tambien á la ley general. Tan sublime como esto es el origen de las leyes positivas sobre la representacion entre descendientes, y no entre los ascendientes; y de la preferencia de los hijos á los abuelos en la sucesion á sus padres. Los hijos se llaman ya dueños de la hacienda paterna, aun viviendo aquellos; son *sui heredes*, como dice la ley Romana, la qual no estima la sucesion de los hijos á los padres como verdadera y propia sucesion de herencia, sino como una continuacion del dominio, digamoslo asi, que ya tenían en vida de ellos. Este principio es tambien una de las razones originarias del derecho de representacion entre los descendientes. Si el hijo muere, es representado por el nieto, á quien se transmitió un lugar y un derecho que se suponía tener el difunto en los bienes paternos, y esta misma razon lo es tambien de la preferencia de los hijos á los abuelos en la sucesion á sus padres; porque quién con mas preferencia á una cosa, que aquel que se cree ser ya dueño de ella?

Qué diremos pues á vista de esta doctrina dictada por la misma razon, promulgada por sabios Legisladores, admitida y observada en la série de los siglos; de esta doctrina que tanto influye en la propagacion y conservacion de la especie humana, á quien por mejor decir se debe su existencia, como producida por el amor impreso por la naturaleza en todos los seres; amor inextinguible, que se va sucediendo desde el primer hombre á toda su posteridad; qué diremos, repito, de esas hinchadas expresiones del Señor Gutierrez? Es la naturaleza, ó es el capricho de los hombres el origen del derecho de representacion entre los descendientes? La preferencia de ellos con respecto á los ascendientes, la repugnancia de la naturaleza á que estos la tuviesen, es producida por la fantasia de nuestros AA.; existe solo en la cabeza de los que piensan sin critica ni reflexion?

En quanto á los alimentos, el hijo los pide de justicia al padre, que debe conservar un ser de que es autor. El padre los pide al hijo, porque debe agradecerle el inestimable beneficio que re-

cibió. En la primera obligación urge la naturaleza, y su instinto á la ejecución de sus fines: en la segunda, desempeñados ya estos, obra solo la moral. La primera la reconocen los brutos, la segunda no. En el concurso de acreedores en que el hombre se vé requerido de su padre y de su hijo, el hijo trae por título la naturaleza misma, el padre trae la razón que viene confesando, y aun intimando la superioridad, universalidad y prioridad de aquella ley, y reconociendo que la suya es inferior y particular. Constituido el padre en medio de dos fuertes y grandes atracciones, la de su hijo y la del abuelo, vence la del hijo. La moral distingue con diferentes nombres, ambos muy respetables, las obligaciones que producen, y las virtudes con que se desempeñan, en proporción á la fortaleza y estrechez de aquellas relaciones, designando unas con los nombres de *piEDAD* y de *equIDAD*, y las otras con las de *justicia propia y rigurosa*, y *derecho natural*. El Señor Gutierrez se burla, y no entiende de tanta sutileza y nomenclatura, ni de tanta graduación, ni de tanta filosofía, y confundiendo y arremolinando las doctrinas, y el orden de la razón y de las leyes, creyendo que los grandes títulos de equidad y de piedad con que los padres son acreedores de sus hijos en las aperturas de la necesidad, son vanos y despreciables, y que con ellos solos quedaban agraviados y sin pan, se desata contra el Autor, Gomez y otros, que mas metódicos, mas lógicos y mas morales, distinguieron las obligaciones del hijo al padre, y las del padre al hijo, conforme al sistema mismo de la naturaleza, denominaron las unas obligaciones de *piEDAD* y de *equIDAD*, y las otras obligaciones de *justicia rigurosa*, y *derecho natural*, y declararon con estas voces el lugar que tienen en la gerarquía misma de la justicia, virtud genérica que incluye también la equidad y la piedad. Así no echando de ver la importancia ni la fuerza de estos sagrados nombres, ni las diversas acepciones mas ó ménos extensas, que se dan muchas veces con mucha oportunidad á unas y otras, saca contradicciones contra el Autor, Gomez y otros, que no tienen otro fundamento que las ideas incompletas de la *reforma*.

Dixo Febrero que las mugeres pueden hacer testamento á los doce años, y los varones á los catorce, y pareciéndole esto al Señor Gutierrez muy extraño y perjudicial, creyó no debía dispensarse de notar semejante extravagancia, y tomando su tono reformatorio, prorumpió así. *Excelentes testamentos se harán en la edad de catorce años.* (Tom. 1. pag. 27. Nota II.) Qué se querrá decir con esto? En qué se pondrá la excelencia de un testamento? Es por ventura alguna memoria sobre algun problema político, propuesto por alguna sociedad ó instituto? Un testamento está hecho en dos palabras: *Pedro sed mi reredero: titius haeres meus esto*. No es menester otra cosa. Para ninguna otra piden las le-

yes, y con razón menos entendimiento, que para hacer testamento, al paso que para ninguna dexan mas libertad, ni mas anchura á la voluntad. Casi basta precisamente aquella chispa de razón, sin la qual el hombre queda absolutamente en tinieblas, y es ó loco ó mentecato, ó poco mas que niño; con ella puede hacer ya un excelente testamento, tan bueno y perfecto en su línea en el concepto de la ley, como el del Cardenal de Richelieu. Basta haber capacidad para querer y conocer, y saber con acto reflejo, y discernir lo que se quiere, en aquel punto que exige la ley. Tan buen testamento puede hacer un rústico, como un filósofo. La libertad absoluta en testar, en disponer acerca de la suerte de los bienes, para quando se acabe la vida, es el grande objeto de las leyes testamentarias, que son el garante de esta libertad, y el albacea universal de quanto el hombre establece en uso de ella. La ley sale por fiadora hasta de los caprichos de los que testan, con tal que no se violen las leyes generales de la naturaleza, y de la sociedad en el estrecho círculo que las ha prescripto en esta parte, en obsequio de aquella libertad. El mejor testamento en los designios de la ley, es el mas libre. Para hacer su antojo no es necesario tanto emendamiento. El hombre á los catorce años puede ya fixar su voluntad, y su predilección, y dexar sus bienes á quien quiera. No se harán todavía mejores testamentos en esta edad, en que libre el espíritu de las preocupaciones, extravagancias, ridiculeces, vanidades, y fanatismo que se adquieren en el discurso de la vida, escuchará mejor los sentimientos naturales? Seguramente no se han fundado en esta edad tantos monumentos contrarios al bien general. Hubiera sido muy bueno, que en seguida de esta exclamación nos hubiera ilustrado el Señor Gutierrez con las reglas del arte nuevo de hacer testamentos, y con un proyecto de ley sobre esta materia, señalando también en él la edad madura, y sazonda para testar.

No debían los intérpretes, aun los de mayor nota, prometerse del Señor Gutierrez ni mas miramiento, ni mas lógica, que la que se ha usado con las mismas leyes. Dixo el Autor con la autoridad del Señor Covarrubias, Palacios Rubios y otros, que si despues de haber mejorado el padre á un hijo intervino entre los dos grande enemistad, se presume revocada la mejora; lo qual procede, aunque luego otorgue codicilo, y en él ninguna mención se haga de ella, y esto procede, segun la comun y mas verdadera opinion, aun quando el mismo padre haya dado motivo para que su hijo se enemiste con él, salvo que despues se reconcilia; pues convalece por la reconciliación. (*Feb. orig. P. II. lib. II. cap. II. §. II. núm. 76.*) Fuera de todo el orden le pareció al Señor Gutierrez esta doctrina, y así exclamó. *Yo hago, y con justicia*, mayor favor al amor *paterno*. (Tom. 4. pag. 81.

Nota I.) Amor paterno? Quién habla de amor paterno, si se supone que se aborrecen, y sobre tal supuesto gira la cuestión? Suponer amor, ya no es la hipotesis de que se trata. Y no tiene también el padre amor paterno á los demás hijos, acreedores igualmente á que se les haga justicia. Consiste la justicia del amor paterno en distinguirse con un hijo que aborrece á su padre, y que es aborrecido de él, aunque el padre haya dado motivo á la enemistad, mejorandolo en el tercio y quinto, y posponiendo á los demás hijos á quienes ama, y que le aman? El amor paterno á los hijos queridos merece á lo menos que se le haga la justicia de que el padre los quiso igualar al hijo que aborrece, á quien el *Reformador* quiere premiar con la mejora de tercio y quinto á costa de los demás. El Señor Covarrubias, Palacios Rubios, &c. con menos entono tuvieron mas filosofía.

Un principio de derecho, la esencia nada menos de los legados, y de toda disposición testamentaria, es el objeto de la fina crítica del Señor Gutierrez en la cuestión siguiente. Dicese en el original, que el testador no debe dexar las mandas á arbitrio de otro, sino hacerlas por sí mismo con palabras y señales, tan ciertas y claras, que se conozca claramente su voluntad; ni tampoco la elección de la persona del legatario; pero que puede dar á su heredero ú á otro facultad para elegir á personas inciertas de las ciertas que le señale, en cuyo caso valdrá; porque así no se confiere en la voluntad de otro la substancia del legado, sino la calidad ó elección de la persona. (*Feb. orig. P. I. cap. I. §. II. num. 207.*) Si esta razon fuera buena, se dice en la Nota, también valdria el legado, quando al heredero ú otra persona se diese absoluta libertad para elegir legatario, en cuyo caso no vale la manda, ya por ser disparatada é indiscreta, ya por la suma contingencia de que no se haga buena elección. (*Tom. I. pag. 112. Nota II.*)

La razon es tan buena, como que el legado en que se da facultad al heredero, ú á otra persona para elegir personas inciertas de ciertas, v. gr. *mando 6D á una de las doncellas pobres de mi familia, ó de tal pueblo, ó parroquia, el que eligiere el Cura*; vale, porque en este legado se verifica la substancia de todos los legados, y de toda disposición última; pero la manda en que se da al heredero, ú á otro absoluta facultad para elegir la persona del legatario, por exemplo, *lego 6D á la persona que Pedro elija*, es nulo, porque aquí falta totalmente la esencia y substancia del legado. Argüir del valor del uno, para inferir el valor del otro suponiendo hallarse en los dos la substancia de los legados, es una *pr eba* nada equívoca de que no se sabe en que consista la esencia de toda disposición última.

El testamento es la voluntad propia del que testa; esta es la

substancia de este acto solemne. Mi querer, este acto físico é individual de mi ánimo, este juicio mio dispositivo de mis bienes para quando se me acabe la vida, es el que se propusieron garantizar las leyes testamentarias, estableciendo las formas y solemnidades del acto donde habia de quedar consignado. Este querer mio, este juicio mio, es tan mio, que nadie lo puede hacer sino yo mismo. No manifestar el hombre ninguna voluntad, ningún juicio, ninguna elección suya, entregandose sin restriccion ni reserva al juicio y voluntad de otro, para que nombre heredero ó legatario á quien se le antoje, no es testar él, es testar otro por él, lo qual es absolutamente imposible en el concepto de la ley. En resolución, no es mi testamento la voluntad agena. La ley presume, que quien no tiene voluntad, tampoco tiene entendimiento. El que carece de sentimientos, de afectos y pasiones, aquel en quien no hacen impresion los objetos que se le presentan, y que es insensible en la ocasion mas propia de manifestar su voluntad, es un mentecato, y por tal tuvo un Jurisconsulto al que hiciese semejante disposición. Las leyes de Toro, que tratan de las facultades de los comisarios para testar, que son casi ningunas, están fundadas sobre este principio, cuyos ecos despues de mas de dos mil años que se estableció en la legislación del primer pueblo del mundo, todavía no han resonado en los oídos del *Reformador*.

No así quando se da facultad al heredero ú á otro para que nombre personas inciertas de ciertas, como en el primer exemplo; entonces ya declara el testador una voluntad propia, un objeto de su predileccion, señala una coleccion de personas, de donde no puede salir el que ha de juzgar y elegir; y no solo se verifica ya la substancia del legado, sino que en tales disposiciones se pueden exercitar todas las virtudes patrióticas, todas las virtudes morales, y aun todas las teologales.

Qué diremos supuestos estos principios de la inoportuna comparación de un legado con otro, y de ese tan frívolo como incoherente discurso; á saber, que si la razon que constituye válido este legado fuera buena, también valdria el otro? El legado en que se dexa á la absoluta libertad de otro la elección de la persona del legatario, es nulo, porque como dice muy bien el Autor, falta en él la substancia del legado; no porque pueda hacerse mala elección, ni por ser indiscreto. Las leyes no han impuesto á los testadores la obligación de ser discretos: aun les permite inmorlizar hasta un cierto punto. Qué moralidad tienen aquellas disposiciones, en que con inversion del orden de la caridad, con olvido de los estrechos vínculos de la sangre, se pospone el socorro de la propia familia á objetos, digamoslo así, de luxo testamentario? Quién aprobará la extravagante caridad de aquel testador, que abandonando á la mendiguez su propia parentela, dexa todos

sus bienes á un Hospital? Las leyes señalan á la facultad de testar una esfera mucho mayor que la de la conciencia, y aun mas amplia que la de la decencia. Los testadores podrán muy bien abandonar los derechos de la sangre, y las obligaciones que les dicta la gratitud; pero las leyes no entran á decidir de la justicia de estos actos, al contrario, respetan hasta los caprichos, como acaso no sean contrarios al orden establecido, ó irritantes en sí mismos. Si un testador puede hacer una mala elección de heredero, no se viciará por esto una disposición en que diese facultad para que otro la hiciese. Qué testamento estaria seguro de los ataques del interés, si se hubiese de sujetar su validación á la calificación arbitraria de discretos, juiciosos y acertados? La sociedad, que asegura la propiedad á sus miembros, les franquea la mayor amplitud en el último uso que hacen de ella; la garantía de la ejecución de sus deseos, es el postrer consuelo que les dá.

Entramos en otra discusión de no ménos interés, pues en ella ha desconocido el Señor Gutierrez un alto principio de derecho, y del derecho de las gentes, quizá el de mayor influxo en las convenciones humanas, y en la estabilidad de los sagrados títulos de la propiedad. Se ha hecho cómplice de este desconocimiento ú olvido á una solemne ley real, y se le ha dado una interpretación resistida por toda razón. Por último, se han confundido las diferentes máximas legales que rigen, y deben regir en materias de diversa naturaleza. Tal es el pacto de no enagenar, en que toda la doctrina del Autor estriba, sobre que quando el dueño de una alhaja se obliga á otro con pacto de no enagenarla, si él, ó sus herederos contravienen á la prohibición, y la venden, quedará vendida, y transferido á este tercero el dominio de ella, y solo estará obligado el transgresor á satisfacer con el interés el perjuicio hecho á aquel con quien pactó no enagenarla. (*Feb. orig. P. I. cap. X. §. I. num. 32.*)

Esto se funda originariamente en el derecho mismo de las naciones, por el qual sin embargo del pacto, conserva el dueño todavía en la finca el dominio que tenia, cuyo atributo esencial es la facultad de enagenar, y como no se transfiere la propiedad de las cosas con los pactos y convenciones solas, sin la entrega y posesión, así tambien una vez adquirido el dominio pleno de ellas, no se disminuyen con solos pactos los efectos y facultades anexas á él. Por esta razón el tercero poseedor será dueño absoluto de la alhaja, y no podrá ser inquietado por aquel á cuyo favor se hizo el pacto de no enagenar, quien solo podrá repetir contra el resarcimiento de perjuicios é intereses: "*E por ende maguer el comprador ó sus herederos*, dice la ley 43. tit. 5. part. 5. que inserta el Autor, y suprime el Reformador, *ficiesen contra la pos-*

natura (pacto de no enagenar) non podria el vendedor, ni sus herederos entonce demandar por esta razón la cosa á aquel que fue despues enagenada. Pero si fuese puesta pena en tal pleyto, tenuto será el que la fizo de la pechar; é el daño, né el menoscabo que vintiese por esta razón."

Esta máxima general, que tiene diferentes excepciones ó limitaciones, ó mas bien explicaciones que trae el Autor, apoyadas en la razón, en las leyes, y en la autoridad de los intérpretes, se combate en el corazón de ella misma, diciendose en una Nota por regla general: *Si el comprador, ó donatario, por exemplo, se obliga á no enagenar la cosa comprada ó donada; en vano tratará de enagenarla contraviniendo á su promesa, puesto que no debe ser válido lo que se hace sin facultades para ello, y que el comprador ó donatario no las tiene para hacer dicha enagenación, por haberlas renunciado mediante el pacto. Asimismo si un testador prohíbe á su heredero enagenar alguna cosa hereditaria, no podrá traspasar á otra persona el dominio que tiene en ella, pues con haber aceptado la herencia se obligó á cumplir lo dispuesto por el testador, y no puede ir contra su obligación. Esta doctrina es conforme á la ley 2. tit. 16. lib. 5. Recop. que conformandose con la sencillez del derecho natural, dispone, que queda obligada una persona á otra en qualquiera manera que parezca se quiso obligar. Así no debemos hacer aprecio, ni de lo establecido sobre este punto por derecho Romano, ni de la opinion del Señor Molina, ni aun de la disposición de la ley 43. cit. que debe entenderse corregida.* (Tom. I. pág. 403. Nota I.) Estas son las autoridades que alega el Autor.

Todo se confunde aquí; el no poder con el no deber, las obligaciones con el cumplimiento de ellas, los derechos reales con los personales, ó el *jus in re*, con el *jus ad rem*, los contratos con los testamentos, las limitaciones con la regla general. Es un lenguaje nada legal decir, que con el pacto de no enagenar se perdieron ó renunciaron las facultades de enagenar. Estas facultades son el mismo dominio, que no se renunció, ni por el derecho de las naciones se renuncia con solos pactos, una vez adquirido. Las leyes civiles se han separado de él en algunos casos, que no son de esta cuestión; y analizando bien las excepciones de mayor fundamento en derecho, que trae el Autor con los intérpretes de aquella regla, ó principio capital, se advertirá que en ninguna de ellas puede decirse que en rigor adquiriera, ni tenga el dominio pleno la persona ligada con el pacto de no enagenar. Esta es la opinion plausible de un célebre Jurisconsulto. Si se llegó á fixar el verdadero dominio, ha de obrar precisamente con todo su vigor el derecho de propiedad, sin embargo del pacto.

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 conexion 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 enagenará 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 orden 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 orden 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

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 conexion 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 enagenará 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 orden 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 orden 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 sistema 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 ducia 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 edad, 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, devolo 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. Esto 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 solum sit matrimonium, dice, ita quod filia penes se habet dotem, tenetur illam conferrere in ea estimatione qua reperitus tempore mortis patris, et tenetur conferrere res ipsas dotales, quales eo tempore reperiuntur, non vero earum estimationem. 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 estimatæ ea estimatione, quæ faciat emptionem; nam nihilominus debent conferrere res ipsæ, non earum estimationem, si filia, et ceteri fratres estimationi non consenserunt.* Perez se explica tambien asi: *Hinc dubitatur an omnino rem ipsam conferrere oporteat? et verius est sefficere quod conferatur estimatio, quæ est tempore collationis::: quod procedit si altera pars consentiat, alias si dissentiat, res ipsa in specie erit conferenda, quoniam in d. l. i. 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.

Asi reconociendo nuestros Doctores la fuerza de la regla capital de la materia, ó varían en su aplicacion, ó ponen mas ó menos 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 perecen, 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 coitar. 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 empeñan 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 abuso que introducía entre los hijos una desigualdad, opuesta al establecimiento de todos. Por estos medios, disminuyendo las cargas facitias 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 podia la ley permitir á las madres unos desórdenes, que corregia 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 podia prescindir del influxo del marido en la muger, mayormente tratando del establecimiento de los hijos comunes, no podia sin inconsequencia 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 podria 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-

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." Tambien 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 ningun 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 ningun 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 observa 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 fenecía 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.

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." Tambien 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 ningun 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 ningun 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 observa 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 fenecía 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.

Se compara mal á este legado el de la cosa agena. Solo tienen analogia con él los legados de los exemplos que se leen en este mismo número del *Febrero original*, y que se han omitido en el *Reformador*, los cuales tampoco valen. No es válido asimismo el de una cosa, que no es del testador, pero que él juzgó ser suya, por la propia razon de no entenderse que quiere cargar á su heredero con el desembolso necesario para comprarla á beneficio del legatario. Si es enteramente agena, y sabiendolo la lega, ya declara una voluntad nada equívoca de que se la compre el heredero. Si el testador tiene algun derecho en ella, se cree legar éste únicamente, y si este derecho no es transmisible á sucesor alguno; como el usufruto, quedó barada, digamoslo así, la intencion del testador. Pretender equivalencias para el legatario, fundadas en la imposibilidad, ó mas bien en lo vitalicio y caduco del objeto en que se fixó la disposicion, es querer adivinar lo que no declaró, y perjudicar al sugeto que mas amó en los últimos instantes de su vida.

Se nos ha dado exemplo de que contra la voluntad del testador puede decir el legatario una cosa por otra: veremos ahora cómo si la manda fue de ciento, puede pedir doscientos, ó lo que es lo mismo, que si se le mandó la mitad de una cosa, puede pedir el todo. Entremos en el derecho de acrecer. (*P. II. lib. II. cap. VI. §. IV. num. 114. y 117.*) Enseña el Autor, que si el testador lega á Pedro y á Juan una viña, si los dos piden el legado, cada uno llevará la mitad de ella; pero no admitiendolo qualquiera de ellos, ó muriendo antes que el testador, queda enteramente toda la viña para el otro. Este language que usó el testador, reuniendolos en una misma locucion para una misma cosa, expresa una voluntad de que toda la manda sea para el uno, si el otro no la admite, y para los dos por mitad, si ambos acuden. Lo mismo es si dixere en una locucion, *lego á Juan mi viña*; y luego en otra, *mando á Pedro mi viña*; pues aunque no los reunió aquí en una misma locucion, reuniendolos para una misma cosa, se entiende que á cada uno mandó toda la viña; por consiguiente, acudiendo los dos á pedir el legado, se partirá por mitad, y no admitiendolo uno de ellos, ó muriendo en vida del testador, la llevará toda el otro. Esta interpretación declaratoria de la voluntad del testador, muy racional, y muy natural, sacada de las palabras mismas que usó manifestando querer una sucesion eventual en toda la viña, y estableciendo el *derecho de acrecer* entre los dos legatarios, es una doctrina corriente en las leyes romanas, recibida por las nuestras, y por nuestros intérpretes.

Por el contrario, añade el Autor, si el testador mandase á Pedro la mitad de la viña, y á Juan la otra mitad, como en estas palabras no declara voluntad alguna de que toda la viña sea

en ningún caso para cada uno de ellos, nunca percibirá cada uno sino la mitad, aunque el otro no admita la manda, ó muera antes que el testador. Con este motivo dice el Señor Gutierrez, *que teniendo justamente lugar el derecho de acrecer en los exemplos del número anterior, parece que tambien debe tenerle en el presente, segun la voluntad del testador, y dexando á parte toda sutileza; pues en aquellos se entiende legada á cada legatario la mitad de la viña, que es lo mismo que se especifica en éste.* (*Tom. IV. pag. 252. Nota I.*) No es lo mismo; porque en los exemplos del número anterior el testador lega eventualmente toda la viña á cada uno de ellos, si el otro no admite el legado, ó muere viviendo el testador, y los constituye al mismo tiempo acreedores *in solidum*, y por mitad de toda la manda; pero nada hay en el exemplo de la Nota, que pueda inducir ni aun remotisimamente tal voluntad, que solo es de que cada uno tenga la mitad de la viña, y no mas: darsela toda es oponerse á una disposicion terminante del testador, y despojar al heredero. Pero al *Reformador* le confundió la materialidad de ser mitades de una misma viña, como si el testador no las separase en sus palabras, y en su mente, que es bien expresa, de que ninguno de los dos legatarios la perciba toda. Creyó sin duda, que estando físicamente unidas las dos mitades de la viña, la fuerza de *atraccion* de las partes de la materia para unirlas, era superior á la fuerza moral de la voluntad del testador para separarlas. Si yo pido á Juan que salga fiador de la mitad de mi deuda, y á Pedro que lo sea de la otra mitad, no se dirá ser mi intencion, ni la de mis fiadores, afianzar cada uno en ningún caso el todo de la deuda. Ciertamente habrían hallado los legatarios una mina rica en la doctrina de esta Nota, quando los testadores, por mala ventura de sus herederos, hiciesen mandas de mitades de casas, viñas, huertas, tierras, haciendas, y de otras qualesquiera cosas; pues la distincion entre unos y otros legados es una vana sutileza.

Traeré otro exemplo en que se combate la voluntad del testador, la de la ley, y la del Autor; y es al mismo tiempo un ensayo maravilloso en el arte de interpretar las intenciones de otro. Inserta el Autor la *ley 37. tit. 9. Part. 6.* para probar que el heredero no solo debe entregar al legatario la cosa específica, ó la heredad propia del testador, que la legó simplemente, sino tambien todo lo que la pertenece, y el incremento que tuvo desde que fué legada hasta el día que se la entregue (*Feb. orig. P. II. lib. II. cap. VI. §. I. num. 5.*) "Entregar debe el heredero, dice esta ley, á aquel á quien fué hecha la manda de la cosa, que el testador le mandó, con todo lo al que le perteneciese aquella cosa mandada. E esto seria como si le mandase un solar, é despues que gelo oviese mandado, ficiese el testador casa, á

notro edificio en él, ca estonce aquel á quien fué fecha tal manda, debe aver tambien la casa, como el solar. E eso mismo mandecimos, que seria si lo ficiese manda de un campo, é despues se acresciese alguna cosa por avenidas de rios, que le recorriesen de cerca, ó se aumentasen á él otras cosas, asi como narboles, ó fuese hi puesta viña despues. Ley 37. tit. 9. Part. 6.^o

Añade el Autor que si el aumento se hizo en cosa que legó el testador, sabiendo que era agena, nada de él, ni de su estimacion debe llevar el legatario; y el Señor Gutierrez refutando esta doctrina se explica asi en una Nota: *la ley inserta, que declara pertenecer al legatario el incremento de la cosa legada, no distingue si para este efecto ha de ser agena ó propia del testador, y por lo mismo le corresponderá en ambos casos. De lo contrario es de creer que la ley hubiera hecho semejante distincion como la hace en las clausulas siguientes.* "Otro sí decimos, que debe aver aquel á quien es fecha la manda los frutos de aquella cosa, que le fuese mandada, si era de aquel que la mandó, desde el dia que el heredero entre la heredad por palabra, ó por fecho. Mas si la cosa mandada fuese agena debela comprar el heredero, é darla á aquel á quien el testador la mandó dar." *Y por otra parte si el testador da un aumento á la cosa legada, no ignorando que era agena, manifiesta bastantemente que quiere ceda aquet en beneficio del legatario.* (Tom. IV. pag. 219. Nota I.)

En esta Nota se invierte y se confunde todo. La citada ley 37. es declaratoria de la voluntad del testador, quien si despues de haber hecho un legado de un solar suyo, hizo un edificio en él, es visto querer por su hecho propio mejorar, ó beneficiar al legatario, gravando al heredero, ó disminuyendo su haber en el importe que le cuesta el incremento de la cosa legada. Si el incremento vino por una causa natural, sin consurso alguno del testador, aun con mayor razon será para el legatario; pues no hay en el aumento gravamen alguno del heredero: ésta es la decision de la ley. Pero si el testador legó un solar ageno sabiendo que lo era, y su dueño hizo despues casa en él, esta casa no cede á beneficio del legatario, ni ella ni su estimacion. Esto es lo que dice el Autor, y dice muy bien. El testador solo quiso gravar al heredero con la adquisicion del solar, no con la de un solar, y una casa que otro hizo sin tener él parte alguna. Si el solar valia 100, y la casa 1000, no era regular que el heredero se gravase comprandola para el legatario. Y por qué se ha de decir que no debemos distinguir donde la ley no distingue? Qué mas distincion se quiere que hablar la ley de un incremento, ó de un edificio, que hace el testador en un solar que legó? Es regular que nadie edifique sino en lo suyo? No hay una resistencia natural á que el aumento que su

dueño dió á la cosa legada agena sea á cargo del heredero, sin la voluntad del testador? Si se hubiese leído la ley romana que cita el Autor, suprimida por el Señor Gutierrez, de donde se tomó la de Partida, se hubiera visto en ella, aun quando nuestra ley patria no estuviera tan terminante, que la cuestión gira sobre la hipotesi de un testador, que habiendo legado una cosa suya edificó despues en ella, ó la dió otro aumento. Se creyó que el Autor hablaba de un testador imprudente que edificaba sin impedirsele nadie en suelo ageno, quando no es el testador el que edifica, sino el dueño del solar legado. Hubierase tambien consultado á Gomez citado igualmente por el Autor, y á otra ley romana alegada asimismo por él, y suprimida en la reforma, y se habria evitado este deslumbramiento.

Pero estos no son mas que unos ensayos del nuevo arte de interpretar últimas voluntades; arte facil, mañero, y manual que se aprende prontamente sin necesidad, segun el Señor Gutierrez, ni de intérpretes, ni de libros, ni de leyes. La clave admirable que se nos da en multitud de Notas para averiguar la última voluntad del hombre, quando dudemos de ella, es *inspeccionar la voluntad del testador*; proposicion ciertamente, que nadie podrá delatar como herética. Esta es la ilustracion de los exemplos, y doctrinas, que nos trae el Autor, y nos dan todos los Autores, para que nos guien á conocerla, haciendose un supuesto por el Reformador de la misma dificultad, y proponiendonos por guia para hallar una cosa, la misma cosa ya hallada. Oigamos el secreto descubierta por su crítica legal para interpretar las últimas voluntades: *Consultemos, como he dicho muchas veces, y aun diré si es necesario millares de veces, consultemos la voluntad y las palabras del testador, poniendo al mismo tiempo la consideracion en las cosas sobre que recaen, y en las circunstancias de las personas, y decidiremos con mas acierto qualquiera duda, que no recurriendo al derecho comun, y tomando en las manos qualquier comentador que facilmente pueden precipitarnos en el error.*

La prevencion es oportuna. Quién será el que teniendo interés no haga semejante consulta? Pero las circunstancias, las cosas, las palabras dan hartas veces ocasiones de dudar de la voluntad de los que testan; y si en estos casos no hemos de acudir á los principios del arte crítico de interpretar, á las reglas de la probabilidad y de la verosimilitud, dadas por maestros reconocidos generalmente por tales, á las luces que se aprenden en la ciencia de los exemplos que nos traen, y á los conocimientos de los que se hallaron en el mismo caso; si hemos de interpretar por instinto, entregados á nuestras propias y solas fuerzas, sin los auxilios que pueden perfeccionar nuestros órganos, vendremos á parar en que

el camino mas corto para saber, es no estudiar; que lo mas seguro para exceder á todos en ciencia es no aprender de ninguno; que la razon bruta es mas prudente y cierta, que la razon cultivada, y que nuestro espíritu marchando á discrecion de los vientos y corrientes de fantasta, sin brajula, norte, ni guia, navega prosperamente y con ménos peligro.

Por no acudir á las fuentes del derecho, por no pasar de la superficie de las cosas, y por una especie de placer ó satisfaccion en ponerse intrepidamente brazo á brazo contra el juicio y opinion de todos, se combate en una Nota la maxima tan antigua, como cierta, consignada en nuestras leyes, recibida y enseñada por los intérpretes, sobre el concurso de dos causas lucrativas, y se condena por consecuencia á los herederos, á pesar de la voluntad de los testadores, á que paguen en dobles legados cantidades indebidas. Tampoco se entró en lo profundo de las razones de la antiquísima máxima de la legislacion romana acerca de no morir parte *testado*, y parte *intestado*, admitida por las naciones modernas, sancionada por nuestras leyes patrias, y justificada en gran parte por la necesidad en que puso á los sabios y Legisladores la crisis de un testamento, en que un testador, á quien ya no se puede consultar, no acabó de decir. Al derecho de acrecer, como dexo anunciado, y otras doctrinas que en las Notas se tratan de vanas sutilezas, les cupo por la propia razon la propia suerte. La basa fundamental de la romana legislacion en esta parte, es seguir y observar religio-amente la mente de los testadores. Nada hay mas distante de la buena fé, que apartarse de ella, decia un Jurisconsulto. Dichas dos máximas y otras, están fundadas en aquella basa. Quiza no hay en el cuerpo del derecho romano una parte que contenga doctrinas mas útiles, mas prácticas, mas generalmente autorizadas con el uso de diferentes países, que la concerniente á la interpretacion y declaracion de las últimas voluntades, cuyas reglas han aprendido y seguido todos los intérpretes. Pero tantas luces deslumbraron al Reformador, y temeroso de que acaso los lectores pudiesen incurrir facilmente en el error, ha tenido á bien prevenirles en una Nota, que no vean ni lean semejantes doctrinas.

Una de las cosas que mas le chocan son todas las leyes y doctrinas que se fundan en razones que su óptica le representa como sutiles. Esta es su piedra de toque para condenarlo todo, le parece que su importancia, verdad y solidez es incompatible con este concepto. Una razon sutil distingue harras veces lo justo de lo injusto, lo verdadero de lo falso, lo bueno de lo malo, las ideas distintas y claras de las obscuras y confusas; lo oportuno, conveniente y necesario, de lo impertinente, imprudente é inútil. Una razon sutil puede salvar á un hombre de suplicio, y darle la vic-

toria en un pleito; suilizando puede un médico dar la vida á un enfermo, un negociante conseguir gran suceso en su especulacion, y un General triunfar de su enemigo. La verdad adelgaza, pero no quiebra. Una razon sutil aclara, declara y resuelve grandes y embrollados negocios, materias y cuestiones; pone á la vista la cadena de consecuencias de un principio, y simplificando nuestros conocimientos los organiza en sistemas en las artes y en las ciencias.

Por exemplo, condena como sutileza de la jurisprudencia Romana, la distincion que hace el Autor con Castillo y demas Comentadores, entre el usufruto y el legado anual, y de esta sutileza depende la resolucion de quëstiones que pueden ser de mucho interés; una de ellas, la que trae el Autor en este mismo lugar, sobre á quien pertenecen los frutos pendientes de una heredad, quando fallece el legatario entrado el año, porque si era usufrutuuario de ella no pertenecen, ni en justicia deben pertenecer á su heredero, y si el legado fué anual, lo transmite justamente á él. (P. II. lib. I. cap. VII. §. I. num. 8.) Adviertase el modo con que se explica en esta Nota, muy frecuente en otras muchas. *Del legado anual*, dice, *de que hay un título en el Digesto, no se hace mencion en nuestras leyes, y por tanto ha sido inútil que el Señor Castillo, Parladorio y demas Comentadores gastasen papel y tiempo en decirnos las disposiciones civiles á cerca de él: por exemplo, que en el primer año es puro, y en los demas condicional; que en el legado anual son muchos los legados, á diferencia de la estipulacion anual que es una sola; y que en cada legado se ha de mirar, si el legatario tiene capacidad para adquirir, como tambien en expresar sus diferencias del usufruto, apoyandolo todo en razones ó sutilezas del derecho Romano, que no se compadecen con nuestra legislacion, la qual con pocos renglones ó palabras ha echado por tierra gran parte del edificio monstruoso de la jurisprudencia Romana. (Tom. III. Nota I.)*

Monstruoso será este edificio; pero antes de hablar así, hubiera sido mejor haberlo reconocido, examinado y estudiado bien, caso en que no estamos. Aunque nuestras leyes no hablen del legado anual, hablan en general de los legados, hablan de su execucion, y hablan del sagrado de las últimas voluntades. A este propósito han hecho muy bien los intérpretes en aclarar, distinguir y fixar las ideas de las cosas legables. Esto no pertenece propiamente al legislador, sino á la ciencia del juzgador, que es la ciencia de los hechos, ó de la aplicacion de la ley á ellos. Para él escribieron los intérpretes, y para él, ó para su provecho se enseña la jurisprudencia. El legislador no es ningun catedrático de leyes, ni está obligado á prevenir en ellas todas las cosas de que se

ria cosa muy extraña, que comunicandose en dicha compañía todos los bienes presentes y futuros, qualquiera que sea el título de su adquisición, y sin exceptuarse el peculio castrense, y quasi castrense, no tuviesen los consócios parte en el expresado crédito luego que se cobrasé. Además, si éste no se comunicára á aquellos, es de creer que lo diría la ley como lo dice de la jurisdicción. Pero insertaré la misma ley, para que el lector pueda hacer juicio por sí mismo, "So tal pleyto faciendo la compañía que todos los bienes que habian los compañeros entonce, é que ganasen desde adelante, se ajustasen bien uno, é fuesen comunales entre ellos, decimos que desde nel dia en que tal pleyto fuese firmado, deben ser comunales entre ellos las ganancias, é los bienes que han; ó que les oviniere en qualquiera manera que sean, é aunque fuese castrense, vel quasi castrense peculium. Otrosí decimos, que cada uno de estos compañeros puede usar de estos bienes, é hacer demanda de ellos, bien así como de lo suyo mismo. Pero si alguno de los compañeros oviere señorío, ó jurisdicción sobre Castillo, ó tierra, ó oviese á recibir cosa alguna de sus deudores, los otros no podrian demandar, nin usar de la jurisdicción de señorío, si señaladamente non le fuese otorgado del otro compañero poder de la hacer." (Tom. III. Nota I.)

Es inaudita la distincion que se hace entre el crédito, y el derecho de demandar, quando es lo mismo lo uno que lo otro. Un crédito no es otra cosa que una accion personal: una accion es el derecho de demandar en juicio, *jus petendi in judicio*. Asi lo que se debe á un sócio, como que es un derecho personalísimo, es incommunicable á los consócios, y no pueden deducirlo en juicio á menos de tener poder de él, sopena de sufrir el desaire, quizá con escarmiento de no ser contestado por el deudor. Se confundió en la Nota el dinero de un crédito cobrado, con el crédito mismo, atribuyendo al Autor el absurdo de que este dinero no se comunica con los sócios. Se trata, vuelvo á decir, de un crédito pendiente, que es el que merece nombre de tal; un crédito cobrado ya no es crédito, es dinero, en el qual cabe, como en todos los bienes corpóreos, un condominio, y una comunión; pero hay una resistencia legal en que las acciones, y obligaciones trasciendan á otros que á los celebrantes en los contratos, y á sus herederos. Tampoco se comunica con los sócios por la propia causa en la sociedad universal la jurisdicción que uno tenga en algun territorio; empero si se comunican los aprehendimientos ó frutos civiles de ella. Esta es la doctrina del Autor; ésta la de la ley, y estos los elementos del derecho.

De las verdades que estableció el Autor, que como errores se han proclamado en el Febrero reformado y anotado.

Estamos ya en los soñados errores de Febrero. Estas inteligencias siniestras de las leyes, y estos sentidos equivocados que se imputan al Autor, son el fundamento de la acusacion publica que se le ha hecho de errores y equivocaciones crasas. No nos detendremos á hablar de todas, porque se haria demasiado largo este párrafo. Diremos de algunas, y bastará para dar una idea de la mala crítica, y peor lógica del Reformador. En una sola Nota se le atribuyen dos, que vienen á ser tres de esta enormidad, desmentidas por el texto mismo. Cómo se podría hacer creer, ni quién podia jamas darse á entender que el Autor, ni hombre alguno de juicio cabal, pudo decir, que si un testador hace una manda de alguna cosa ó cantidad, para que se entregue á cierto plazo, ó dia señalado, pueda el legatario obligar al heredero á que se la pague, ó entregue antes del plazo? Esta imputacion se hace á un Autor, que aun habiendo incurrido en semejante error, tenia derecho por mil títulos, á que se le tuviese el miramiento de atribuirlo, ó á errata de la imprenta, ó á descuido en la correccion. En el espacio de solas veinte y una líneas de texto sobre que recae esta acusacion, dice claramente dos veces, que el dia señalado es en el que se ha de entregar, y puede pedir. Nadie que tenga sentido comun se contradice tan groseramente en tan poco tiempo. Despues de explicar los modos con que el testador puede hacer los legados, á saber: puramente, á dia cierto, con condicion, baxo de cierto modo, con alguna señal, ó demostracion, y con causa: sigue: se entiende hecho puramente el legado, quando el testador lega alguna cosa ó cantidad sin prefinir tiempo, dia, condicion, ni calidad que suspendan pedirlo ni enagenarlo. (P. II. lib. 2. cap. VI. §. I. num. 61. 63.) No puede estar mas terminante la suspension de pago y entrega, anexa al legado, á plazo, ó dia cierto. Explicando luego el legado á dia, ó in diem, dice en el principio mismo del número. Se dice legado in diem, quando el testador lo hace (ya sea de cosa, ó cantidad) señalando el dia en que se ha de entregar, y se puede pedir; y éste es otro testimonio irrefragable que el Autor da de sí mismo, acerca de que el plazo es el dia en que se debe entregar, y se puede pedir este legado, y no antes. La clausula siguiente es de donde se tomó ocasion para formar este libelo, á despecho de los gritos que daba el texto para que se leyese bien. Prosigue asi: en cuyo legado, esto es, á dia (ya sea de cosa, ya sea de cantidad) si el dia es cierto: v. gr. mando á Pedro 100 ducados para la próxima Navidad, nace la accion de pedirlo, y

ria cosa muy extraña, que comunicandose en dicha compañía todos los bienes presentes y futuros, qualquiera que sea el título de su adquisición, y sin exceptuarse el peculio castrense, y quasi castrense, no tuviesen los consócios parte en el expresado crédito luego que se cobrasé. Además, si éste no se comunicára á aquellos, es de creer que lo diría la ley como lo dice de la jurisdicción. Pero insertaré la misma ley, para que el lector pueda hacer juicio por sí mismo, "So tal pleyto faciendo la compañía que todos los bienes que habian los compañeros entonce, é que ganasen desde adelante, se ajustasen bien uno, é fuesen comunales entre ellos, decimos que desde nel dia en que tal pleyto fuese firmado, deben ser comunales entre ellos las ganancias, é los bienes que han; ó que les oviniere en qualquiera manera que sean, é aunque fuese castrense, vel quasi castrense peculium. Otrosí decimos, que cada uno de estos compañeros puede usar de estos bienes, é hacer demanda de ellos, bien así como de lo suyo mismo. Pero si alguno de los compañeros oviere señorío, ó jurisdicción sobre Castillo, ó tierra, ó oviese á recibir cosa alguna de sus deudores, los otros no podrian demandar, nin usar de la jurisdicción de señorío, si señaladamente non le fuese otorgado del otro compañero poder de la hacer." (Tom. III. Nota I.)

Es inaudita la distincion que se hace entre el crédito, y el derecho de demandar, quando es lo mismo lo uno que lo otro. Un crédito no es otra cosa que una accion personal: una accion es el derecho de demandar en juicio, *jus petendi in judicio*. Así lo que se debe á un sócio, como que es un derecho personalísimo, es incommunicable á los consócios, y no pueden deducirlo en juicio á menos de tener poder de él, sopena de sufrir el desaire, quizá con escarmiento de no ser contestado por el deudor. Se confundió en la Nota el dinero de un crédito cobrado, con el crédito mismo, atribuyendo al Autor el absurdo de que este dinero no se comunica con los sócios. Se trata, vuelvo á decir, de un crédito pendiente, que es el que merece nombre de tal; un crédito cobrado ya no es crédito, es dinero, en el qual cabe, como en todos los bienes corpóreos, un condominio, y una comunión; pero hay una resistencia legal en que las acciones, y obligaciones trasciendan á otros que á los celebrantes en los contratos, y á sus herederos. Tampoco se comunica con los sócios por la propia causa en la sociedad universal la jurisdicción que uno tenga en algun territorio; empero si se comunican los aprehendimientos ó frutos civiles de ella. Esta es la doctrina del Autor; ésta la de la ley, y estos los elementos del derecho.

De las verdades que estableció el Autor, que como errores se han proclamado en el Febrero reformado y anotado.

Estamos ya en los soñados errores de Febrero. Estas inteligencias siniestras de las leyes, y estos sentidos equivocados que se imputan al Autor, son el fundamento de la acusacion publica que se le ha hecho de errores y equivocaciones crasas. No nos detendremos á hablar de todas, porque se haria demasiado largo este párrafo. Diremos de algunas, y bastará para dar una idea de la mala crítica, y peor lógica del Reformador. En una sola Nota se le atribuyen dos, que vienen á ser tres de esta enormidad, desmentidas por el texto mismo. Cómo se podría hacer creer, ni quién podia jamas darse á entender que el Autor, ni hombre alguno de juicio cabal, pudo decir, que si un testador hace una manda de alguna cosa ó cantidad, para que se entregue á cierto plazo, ó dia señalado, pueda el legatario obligar al heredero á que se la pague, ó entregue antes del plazo? Esta imputacion se hace á un Autor, que aun habiendo incurrido en semejante error, tenia derecho por mil títulos, á que se le tuviese el miramiento de atribuirlo, ó á errata de la imprenta, ó á descuido en la correccion. En el espacio de solas veinte y una líneas de texto sobre que recae esta acusacion, dice claramente dos veces, que el dia señalado es en el que se ha de entregar, y puede pedir. Nadie que tenga sentido comun se contradice tan groseramente en tan poco tiempo. Despues de explicar los modos con que el testador puede hacer los legados, á saber: puramente, á dia cierto, con condicion, baxo de cierto modo, con alguna señal, ó demostracion, y con causa: sigue: se entiende hecho puramente el legado, quando el testador lega alguna cosa ó cantidad sin prefinir tiempo, dia, condicion, ni calidad que suspendan pedirlo ni enagenarlo. (P. II. lib. 2. cap. VI. §. I. num. 61. 63.) No puede estar mas terminante la suspension de pago y entrega, anexa al legado, á plazo, ó dia cierto. Explicando luego el legado á dia, ó in diem, dice en el principio mismo del número. Se dice legado in diem, quando el testador lo hace (ya sea de cosa, ó cantidad) señalando el dia en que se ha de entregar, y se puede pedir; y éste es otro testimonio irrefragable que el Autor da de sí mismo, acerca de que el plazo es el dia en que se debe entregar, y se puede pedir este legado, y no antes. La clausula siguiente es de donde se tomó ocasion para formar este libelo, á despecho de los gritos que daba el texto para que se leyese bien. Prosigue así: en cuyo legado, esto es, á dia (ya sea de cosa, ya sea de cantidad) si el dia es cierto: v. gr. mando á Pedro 100 ducados para la próxima Navidad, nace la accion de pedirlo, y

la obligacion de pagarlo antes que llegue, &c. He aquí la piedra donde se escandalizó el Señor Gutierrez, diciendo en una Nota: *En dos crasos errores incurrió aquí Febrero: el primero es decir, que en el exemplo que propone del legado á cierto dia, nace la accion de pedirle, y la obligacion de pagarle antes que aquel llegue. Si hubiese dicho que antes del dia nacia la accion á pedirle, y la obligacion á pagarle para quando llegase, habria dicho lo mas, que en este punto puede decirse con fundamento y verdad; pero Febrero abanza mas que lo que abanzó el derecho Romano, segun el qual, aunque el dia cierto no impedia que se debiese antes de él lo prometido ó legado, servia de óbice para que no se pudiese pedir.* (Tom. IV. Nota I.)

Qué mas tiene decir, nace la accion de pedirle, y la obligacion de pagarle antes que llegue, como se lee en el Autor, ó que antes que llegue nace la accion de pedirle, y la obligacion á pagarle? El antes que llegue en la frase del Autor, rixe con el nace en buena sintaxis, no con el pedirle, ni con el pagarle, como se pretende. Trata de fixar el dia en que nacen la accion y la obligacion, para deducir, como deduce luego en el mismo número, que este legado pasa á los herederos del legatario despues de muerto el testador, aunque el legatario muera antes que llegue el plazo; por quanto habiendo nacido la accion, y la obligacion antes del dia cierto, debe de necesidad transferirse la accion á su heredero. No trata ya el Autor del uso ú exercicio de la accion y de la obligacion, este punto ya lo dexaba rematado, y aun remachado, diciendo no tener lugar sino llegado el plazo. A qué pues viene aquí el derecho Romano, ni el decir que abanza ó no el Autor mas que él? Una inteligencia comun basta para saber que nadie debe pagar antes del plazo, y que antes del plazo tiene ya obligacion de pagar quando este llegue. Lo mismo sucede con la accion, y por eso pasa al heredero del legatario, quando fallezca despues de muerto el testador. Aun concediendo que la locucion sea equívoca, el contexto, la buena fé, la buena logica, y aun la caridad bien ordenada, dictan que no tengamos por bestias á los que tienen acreditado que son hombres.

Se le atribuye en la propia Nota el barbarismo legal, de que quando el testador hace una manda genérica, por exemplo de 100 ducados, se transfere en el legatario el dominio de esta cantidad, antes de entregarsela. Lo contrario tiene dicho dogmáticamente el Autor en el número anterior, número que se ha suprimido íntegramente en la reforma; así resuena mas la acusacion. El Autor habla del legado á dia cierto, ó señalado, ya sea de cosa, ya sea de cantidad, y dice: *que nace la accion de pedirle, y la obligacion de pagarle antes que llegue, y que se transfere el do-*

minio en el legatario, y en sus herederos despues de muerto el testador. Si no se hubiese confiscado el número que antecede, correria libremente el texto, y el lector aplicaria, ó entenderia sin tropiezo, que el nacimiento de la accion y de la obligacion, es referente á el legado genérico de los 100 ducados, y la translacion de dominio al legado específico.

Ya estamos en el otro craso error, que consiste en haber dicho el Autor, fundado en la ley de Partida y en la razon de derecho, que en el legado específico, v. gr. de una heredad, á entregar en determinado dia, por exemplo, para la próxima Navidad, se transfere el dominio en el legatario desde la muerte del testador: *E aun dicimos, dice la ley, que luego que el testador es muerto, pasa el señorío de la cosa que es asi mandado á aquel á quien es fecha la manda. E maguer muera en ante que el heredero del testador entre la heredad, ó en ante que él entre la posesion de aquella cosa, que le fué mandada, por todo eso heredará aquella manda el su heredero que oviese derecho de heredar los otros sus bienes de aquel á quien fué fecha. E esto seria si la manda fuese de tal manera, que fuese fecha puramente, ó á tiempo cierto, mas si fuese fecha so condicion, no seria asi.* La disposicion es terminante. Mas natural es, segun esta ley, fixar la idea de dominio en el legatario que ha de tener la alhaja, para disponer de ella deniro de un año, dos, tres ó quatro, &c. como quiera, quando quiera, y para los fines que quiera, usando, ó abusando de ella á su voluntad, que no el heredero que solamente la ha de tener por un tiempo determinado, fixo é invariable; que nada de esto puede hacer en ningun caso, que á cierto tiempo la ha de entregar sin reserva, y que está sujeto mientras la tenga á la vigilancia de otro, en quanto al cuidado de su conservacion. Repugna aplicar la idea de verdadero dominio á aquellos tenedores de las cosas á cuyos derechos no asiste ninguno de los atributos esenciales de él, principalmente el de enagenar, hipotecar y esclavizar la alhaja. El testador solo quiso suspender la entrega; la ley es la que hace lo demas, transfiriendo el dominio en el legatario en favor de la última voluntad, aun antes de adquirir la posesion, excepcion que puso á la ley comun, para ayudar y favorecer mas la intencion de los testadores. Así en fuerza de este dominio, cuyo uso pleno está suspenso por este intervalo, aunque no maneja el legatario despóticamente la heredad, impide que lo haga entre tanto el heredero.

Es en vano querer forzar con discursos el sentido literal de esta ley, diciendo: *el segundo error es afirmar que el dominio de lo legado á dia cierto, se transfere despues de muerto el testador, y antes que aquel llegue, en el legatario y en sus*

herederos. Febrero habla en su exemplo de cierta cantidad de dinero, (Febrero habla del legado específico) y ésta nunca puede adquirirse sin la percepción; mas aun quando el legado fuese específico, no podría pasar su dominio al legatario antes de llegar el día, pues sería un absurdo que pasase á otro el dominio de una cosa, antes del tiempo en que quiso transferirle su dueño, y aun antes del tiempo en que aquel pensó adquirirla. De otra manera, un acto tendría mas virtud y eficacia de la que su Autor quiso tuviese. La ley de Partida que cita Febrero, no prueba nada de lo que afirma. Quando dice la ley, que el dominio de lo legado pasa al legatario luego que muere el testador, habla en general de las mandas; y quando hace mención de la heccha á día cierto, es para decir que se trasmite al heredero del legatario, aun quando éste fallezca antes de percibir la manda, ó aposesionarse el heredero en la herencia, sin embargo de que todo lo contrario sucede en el legado condicional.

No puede llegar á mas el exceso de trastornar el texto de las leyes, y el empeño de cerrar los ojos para no ver. El testador, como se ha dicho, solo quiso suspender la entrega, la tenencia, la posesion de la cosa legada, no su dominio, antes bien coadyuaba á su deseo la traslación pronta de él al legatario, quien ya de la muerte del testador comienza á mirar como suya una heredad que se le ha de entregar precisamente á cierto día. Al contrario, el heredero que tiene como agena una cosa de que ha de desprenderse necesariamente en día fixo. Es mas propio de tal disposición, que el dominio resida en el legatario, que no en el heredero, así como es muy impropio de la noción de la propiedad, el que uno sea dueño de una cosa por un año; tales limitaciones no dicen bien con sus otros atributos. Aun con mejores títulos el poseedor de un mayorazgo, ó de un beneficio eclesiástico no puede aspirar á denominarse dueño verdadero de las fincas afectas á ellos. Se habla en abstracto de un legado á día cierto, pero los testadores, que ponen tales modificaciones á sus mandas, se proponen con ellas en concreto algun fin. Sirva de exemplo un legado que la ley Romana califica de legado de esta especie, á saber: quando un testador dispone de una porcion de su hacienda á favor de un menor, para que se le entregue cumplidos los 25 años. En este caso está bien declarada su intencion de suspender la entrega de la manda, y el manejo de ella por el tiempo de la menor edad. Qué consecuencias se pueden sacar de esta disposición, y de las intenciones con que se hizo, que no sean favorables todas al legatario? El concreto, ó digamoslo así, las circunstancias de las mandas de esta especie, son las que segun la ley Romana deben decidir la cuestión sobre á quien pertenecen

entre tanto los frutos de la finca legada. La ley de Partida no contiene sino una sola decision general, fundada en un solo principio que abraza los dos legados, á saber: que su transmision al heredero del legatario, en fuerza del dominio adquirido por éste desde la muerte del testador, tiene lugar en el legado puro, y en el legado á día cierto, y no en el condicional. El no haber entrado aun el legatario quando muere en la posesion de la cosa mandada, lo hace extensivo la ley á los dos legados. La voz *posesion*, que se aplica en la ley á los dos, supone tambien en ambos el dominio adquirido como título de la transmision del legado á sus herederos. Si tuviese cabimiento el discurso repugnante del Señor Gutierrez, quedaba sin declararse en la ley la causa, ó razon de transferirse el legado á día cierto al heredero del legatario; y era un absurdo comprender en los efectos al uno y al otro legado, y no comprenderlos en la causa. Bien conocia el Señor Gutierrez el daño que le hacia para su intento la voz *posesion*, que supone dominio, y aquí es donde se cometió la supercheria de aplicarla al heredero del testador, transformandola en el verbo *aposeionarse* (mejor hubiera dicho *posesionarse*) quando la ley no la aplica sino á los dos legatarios. A recursos tan miserables obligan los empeños mal tomados de traer á torno las leyes para que digan chillando, lo que no dicen, ni quieren decir.

Vamos á otra equivocacion notable del Autor. Instruyendo al Contador del modo, y forma con que debe ordenar y girar la cuenta de particion, quando hay hijos de dos matrimonios, en la sucesion al padre, comun, dice el Autor: "Aunque los hijos del primer matrimonio pretendan gananciales, suponiendo haberlos habido en él, no llevarán ningunos, sino es que prueben plena y concluyentemente quáles, y cuántos son, y que existian al tiempo que murió su madre.... Y sin embargo de que hagan constar que durante dicho matrimonio se compró y adquirió alguna heredad, viña ú otra cosa, no es suficiente esta prueba para que se les abone la mitad de su valor, aunque existan, y su padre las llevase al segundo, ni para que se estimen por bienes multiplicados en vida de su madre; porque pudieron haberse comprado con el dinero donal de esta, ó del capital de aquel, ó haber enagenado algunos suyos de otra especie á dicho fin, como sucede muchas veces; por lo que se conceptuarán fondo de la sociedad primera, y no gananciales de ella." (*Feb. orig. P. II. lib. I. cap. IV. §. I. num. 40. 41. y 42.*) Hace despues diferentes prevenciones al Contador, y concluye por fin dandole la regla general: "No acreditandose suficientemente en qué matrimonio de los del padre comun se adquirieron los gananciales, ni los que éste lucro mientras estuvo viudo, se dividirán igualmente entre los hijos de ambos, si uno mejoró á alguno."

Esta regla se impugna en una Nota. Nada hace al proposito, se dice, que se acredite, ó no lo expuesto, quando los hijos de dos matrimonios tratan de suceder al padre comun; pues respecto de éste es lo mismo que si todos fueran hijos de una misma madre, y así Febrero padeció una muy notable equivocacion. Nada hace al proposito? Hace tanto, que la regla segun la pone el Autor es absolutamente cierta, y nunca puede engañar al Contador; y así, acreditandose en qué matrimonio de los dos del padre comun se adquirieron los gananciales, habrá que adjudicarlos todos á los hijos del primer matrimonio, segun los principios establecidos por el Autor en este mismo capítulo, y mas particularmente en el capítulo III. á que se remite, remision que se ha omitido en la reforma. Por exemplo; si por muerte del padre comun, hechas las debidas deducciones, resultan 25000 reales de gananciales propios suyos, y no acreditan los hijos del primer matrimonio que hubiese algunos en él, los partirá igualmente el Contador entre unos y otros sino hubo mejora. Pero si hacen ver en representacion de su madre, que no solo hubo en el primero 25000 reales de gananciales, sino que fueron 50000, no percibirán un maravedí por este título los hijos del segundo, porque los 25000 reales son deuda del padre á favor de los del primero en representacion de su madre. Esto dice el Autor, y esta es la verdad, bien hubiese llevado el padre al segundo matrimonio los 50000 reales íntegros, bien menos, v. gr. los 25000, bien no hubiese llevado nada, por haberlos perdido. Así es muy grande la diferencia que hay de acreditar, ó no, en qué matrimonio de los del padre comun se hubieron los gananciales, y no es lo mismo respecto del padre, como se dice en la Nota, que si todos los hijos fueran de una misma madre. El Señor Gutierrez fué quien padeció una muy notable equivocacion. Creyó que el Autor decia, que no acreditandose en qué matrimonio de los del padre comun se habian adquirido los gananciales, se debian partir estos en dos mitades, una correspondiente al primer matrimonio para los hijos de él, otra correspondiente al segundo para los de éste. Cómo podia soñar el Autor en tal pensamiento, si combate con todas sus fuerzas esta opinion en el periodo siguiente? No puede llegar á mas el trastorno de los exes ópticos, que ver negro lo que es blanco. Hasta la ortografia del original se mudó en este lugar, haciendo punto y coma, donde el Autor puso punto; lo qual no es indifferente en el caso.

Estas equivocaciones del sentido obvio y natural del texto del Autor, y de las leyes mismas, se observan mas de una vez. Hablando el Autor del legado genérico, se le comenta y refuta, como si hablase del específico, (Tom. IV. pag. 259. Nota I) y para que el que leyere, trague bien la equivocacion, se quitó en el

Reformado un trozo del original, que la podia evitar. En otra parte tratando el Autor del legado del usufruto de una heredad, se le glosa como si tratase del usufruto de los instrumentos, mulas y aparejos aratorios; y sobre este extraviado concepto, haciendo una grande exclamacion, se censura de paso al Señor Gregorio Lopez y al Autor (Tom. III. Nota I.) La redundancia de la voz usufructuario en el original, que en substancia es un descuido en la correccion de la imprenta, pero que inculca mas el inequívocable sentido del texto, le descaminó de él para dar una inteligencia tan violenta y desaguisada, de que se habria desengañado el glosador leyendo la ley Romana que cita el Autor, y quedó ahogada y suprimida en la reforma. No lexos de aquí, reprendiendole tambien en otra Nota como error grosero un puro descuido de correccion, facil de advertir, incurre en otro mayor, llamando legado casual al legado causal; y éste no es error de prenta, pues el Reformador nos tiene firmada en el II. ó III. Tomo una póliza de seguro, de que en su obra no los hay.

Peró pondremos término á esta demostracion, que seria interminable si hubiesemos de exáminar por menor las inexactas, superfluas, falsas é injustas Notas que el Señor Gutierrez ha esparcido en toda su obra, para probar los errores en que incurrió el Autor. Hemos visto que los errores son los suyos, y que sin el conocimiento necesario, no digo de la crítica legal, pero aun de los principios generales de este arte, se ha propuesto vulnerar tan injustamente las bien meditadas doctrinas de Febrero. Pasaremos á tratar de otra materia de bastante interés.

§. VI.

Se da una idea analitica por via de ensayo, de la operacion reformatoria, que reduxo á cinco tomos los siete de la obra original, y de las quejas en que hizo prorumpir al Autor.

Verdaderamente que la operacion de reformar, que las mas veces, en todos tiempos, y particularmente en los felicísimos que conocemos, en lo mismo que destruir, se halla completamente desempeñada por el Señor Gutierrez. Primeramente se omitieron en el Febrero reformador innumerables doctrinas del original, como se ha demostrado, aunque para hacerlo segun era debido, seria necesario alargar mucho este prólogo. Sin embargo daremos aun alguna idea de estas omisiones, remitiendo al lector á los dos Indices del Reformado y del original, para que comparando uno y otro, se satisfaga por si mismo de las mutilaciones que ha padecido la obra. La primera omision, que encontramos en la hoja segunda del tomo I., es la doctrina de la rogacion de los tes-

Esta regla se impugna en una Nota. Nada hace al proposito, se dice, que se acredite, ó no lo expuesto, quando los hijos de dos matrimonios tratan de suceder al padre comun; pues respecto de éste es lo mismo que si todos fueran hijos de una misma madre, y así Febrero padeció una muy notable equivocacion. Nada hace al proposito? Hace tanto, que la regla segun la pone el Autor es absolutamente cierta, y nunca puede engañar al Contador; y así, acreditandose en qué matrimonio de los dos del padre comun se adquirieron los gananciales, habrá que adjudicarlos todos á los hijos del primer matrimonio, segun los principios establecidos por el Autor en este mismo capítulo, y mas particularmente en el capítulo III. á que se remite, remision que se ha omitido en la reforma. Por exemplo; si por muerte del padre comun, hechas las debidas deducciones, resultan 25000 reales de gananciales propios suyos, y no acreditan los hijos del primer matrimonio que hubiese algunos en él, los partirá igualmente el Contador entre unos y otros sino hubo mejora. Pero si hacen ver en representacion de su madre, que no solo hubo en el primero 25000 reales de gananciales, sino que fueron 50000, no percibirán un maravedí por este título los hijos del segundo, porque los 25000 reales son deuda del padre á favor de los del primero en representacion de su madre. Esto dice el Autor, y esta es la verdad, bien hubiese llevado el padre al segundo matrimonio los 50000 reales íntegros, bien menos, v. gr. los 25000, bien no hubiese llevado nada, por haberlos perdido. Así es muy grande la diferencia que hay de acreditar, ó no, en qué matrimonio de los del padre comun se hubieron los gananciales, y no es lo mismo respecto del padre, como se dice en la Nota, que si todos los hijos fueran de una misma madre. El Señor Gutierrez fué quien padeció una muy notable equivocacion. Creyó que el Autor decia, que no acreditandose en qué matrimonio de los del padre comun se habian adquirido los gananciales, se debian partir estos en dos mitades, una correspondiente al primer matrimonio para los hijos de él, otra correspondiente al segundo para los de éste. Cómo podia soñar el Autor en tal pensamiento, si combate con todas sus fuerzas esta opinion en el periodo siguiente? No puede llegar á mas el trastorno de los exes ópticos, que ver negro lo que es blanco. Hasta la ortografia del original se mudó en este lugar, haciendo punto y coma, donde el Autor puso punto; lo qual no es indiferente en el caso.

Estas equivocaciones del sentido obvio y natural del texto del Autor, y de las leyes mismas, se observan mas de una vez. Hablando el Autor del legado genérico, se le comenta y refuta, como si hablase del específico, (Tom. IV. pag. 259. Nota I) y para que el que leyere, trague bien la equivocacion, se quitó en el

Reformado un trozo del original, que la podia evitar. En otra parte tratando el Autor del legado del usufruto de una heredad, se le glosa como si tratase del usufruto de los instrumentos, mulas y aparejos aratorios; y sobre este extraviado concepto, haciendo una grande exclamacion, se censura de paso al Señor Gregorio Lopez y al Autor (Tom. III. Nota I.) La redundancia de la voz usufructuario en el original, que en substancia es un descuido en la correccion de la imprenta, pero que inculca mas el inequívocable sentido del texto, le descaminó de él para dar una inteligencia tan violenta y desaguisada, de que se habria desengañado el glosador leyendo la ley Romana que cita el Autor, y quedó ahogada y suprimida en la reforma. No lexos de aquí, reprendiendole tambien en otra Nota como error grosero un puro descuido de correccion, facil de advertir, incurre en otro mayor, llamando legado casual al legado causal; y éste no es error de preesa, pues el Reformador nos tiene firmada en el II. ó III. Tomo una póliza de seguro, de que en su obra no los hay.

Peró pondremos término á esta demostracion, que seria interminable si hubiesemos de exáminar por menor las inexactas, superfluas, falsas é injustas Notas que el Señor Gutierrez ha esparcido en toda su obra, para probar los errores en que incurrió el Autor. Hemos visto que los errores son los suyos, y que sin el conocimiento necesario, no digo de la crítica legal, pero aun de los principios generales de este arte, se ha propuesto vulnerar tan injustamente las bien meditadas doctrinas de Febrero. Pasaremos á tratar de otra materia de bastante interés.

§. VI.

Se da una idea analitica por via de ensayo, de la operacion reformatoria, que reduxo á cinco tomos los siete de la obra original, y de las quejas en que hizo prorumpir al Autor.

Verdaderamente que la operacion de reformar, que las mas veces, en todos tiempos, y particularmente en los felicísimos que conocemos, en lo mismo que destruir, se halla completamente desempeñada por el Señor Gutierrez. Primeramente se omitieron en el Febrero reformador innumerables doctrinas del original, como se ha demostrado, aunque para hacerlo segun era debido, seria necesario alargar mucho este prólogo. Sin embargo daremos aun alguna idea de estas omisiones, remitiendo al lector á los dos Indices del Reformado y del original, para que comparando uno y otro, se satisfaga por si mismo de las mutilaciones que ha padecido la obra. La primera omision, que encontramos en la hoja segunda del tomo I., es la doctrina de la rogacion de los tes-

tigos del testamento. Explicando el Autor, citando á Matienzo si no me engaño, cómo se debe entender esta solemnidad, que la reforma supone sin razon derogada, se suprime totalmente su explicacion, muy digna de ser sabida; porque este requisito constituye la seriedad del acto de mas importancia, llamando la atencion de los testigos á la disposicion seria en que está el que testa, de declarar su última voluntad, para evitar que otras cualesquiera manifestaciones, facilidades, satisfacciones ó desahogos que se pueden hacer con motivos diferentes, á presencia de otros hombres, no se equivoquen con un acto el mas expuesto á los ataques y maquinaciones del interés, si no se le hubiese fortalecido con el aparato de las formas prescritas por la ley. Derogada esta solemnidad y sutileza, si así quiere llamarse, falta ya poco para tener el testamento por cosa de burla. El Señor Gutierrez creyó sin duda, que la rogacion era hablar á los testigos por memorial y con todo respeto, según se explica en una Nota, donde con mucha equivocacion la supone derogada. Pero ya nos dixo en otra Nota, que desde luego suprimiria aquellas doctrinas que versasen acerca de acontecimientos poco comunes, sin observar que estas son tanto mas apreciables y necesarias, quanto estudiandose ménos, es mayor el atasco quando suceden estos casos, no habiendo libro á la mano. En efecto, aunque los sucesos sean raros, considerado cada uno por sí solo, y respecto de una sola persona, ó de un pueblo, no lo son respecto de la masa de una nacion grande, que se extiende dilatadamente en los dos emisferios, ni considerados colectivamente, pues así son ya frecuentes. Quizá por esto, de las veinte y quatro partes de las doctrinas del Autor sobre la quarta Falcidia y Trebelianica, y sobre la esclavitud, omitió las diez y nueve. Véase sobre la rogacion la nota n. 4. del cap. I. pag. 3. donde hemos dado la idea verdadera de esta necesaria solemnidad.

Tampoco se perdonó al sagrado de las clausulas de las escrituras. En la fundacion de un mayorazgo se suprimieron quatro, privando á estos formularios del gran mérito de modelos que les dió el Autor, para que los Escribanos, fundadores, ó los curiosos lectores, unos tengan que proponer, otros que discernir, y otros que aprender. La clausula de *constituto*, la mas importante, si las hay, usada como todas con oportunidad; la que acelera la execucion de los contratos; la que puede precaver grandes dudas; una de las de mayor transcendencia en el derecho; la que digámoslo así, abrevia la mano de obra para el cumplimiento de las convenciones, tampoco se pudo escapar del cuchillo Reformador en todas las escrituras donde estaba. Si los Escribanos no la entienden, si las partes no la comprenden, qué es la razon que se da para haberla desterrado? destierrense por la propia razon todas ó la mayor parte de las clausulas de los instrumen-

tos públicos. Los Escribanos deben saberlas, deben tambien instruir á las partes de su fuerza y efectos, y deben aplicar y explicar aquellas que ayudan á dar mas firmeza y mas cierta y segura execucion á sus verdaderas intenciones. Si muchas veces se ponen por rutina, de lo que se deben abstener, otras muchas pueden ser oportunas, y aun necesarias, y para tales casos es el modelo. Las clausulas y formularios no están escritos para que los Escribanos usen, ó abusen de ellos, poniendolos sin discrecion, sin necesidad, y quizá con perjuicio de los interesados. A este intento se encamina la teórica, y práctica á que se les sujeta, y á este mismo propósito escribió el Autor su bien trabajada *Librería*. Si por el abuso que hacen de las clausulas los Escribanos ignorantes, por no entenderlas ellos ni las partes, no se hubiesen de proponer en los modelos, y se hubiesen de abolir todas en los instrumentos públicos, debian desterrarse tambien los libros de las ciencias prácticas, sin excluir los de la religion, y los de la moral; porque muchos no los entienden y abusan de ellos. La clausula guarentigia fué asimismo una de las amortizadas y condenadas al eterno olvido, como inútil en España, donde los instrumentos públicos traen execucion aparejada. Concédase de barato que la fuerza executiva legal, y la fuerza executiva convencional tengan la misma eficacia entre nosotros, y surtan los propios efectos: concédase tambien de valde, que la ley que habla en el caso comprenda toda especie de acciones y obligaciones; y si el instrumento público se hubiese de executar fuera de España? Está cierto el Escribano, están ciertas las partes de que en todas las naciones, y en todos los países, en todos los estados, en todas las repúblicas grandes y chicas de Europa, hay una ley municipal como la nuestra, contraria al derecho comun, odiosa, que antes de oír á la parte autoriza á sorprenderla con el estrepito ejecutivo, á poner una grave nota en su crédito, á llenar su casa y familia de afliccion, tristeza y dolores? A dónde se irá entonces á buscar el modelo de tal clausula, si se tuviese por necesaria, ó por conveniente y oportuna?

Otras veces se ponen las resoluciones, y se omiten las razones y fundamentos de ellas, que sin la demonstracion de su justicia, parecen misterios ó respuestas de oráculo. Sin la razon de la doctrina no hay conocimiento científico de ella; ni se echan de ver su importancia, su extension y su fuerza. El espíritu privado de la luz, y de la energía del convencimiento, marcha sin guia para discernir y conducirse en la aplicacion á casos idénticos ó semejantes.

Otras, si el Autor da dos, tres, ó mas razones, reserva alguna, ó algunas, y omite las demas, y no pocas tienen tan buena eleccion que se salva la peor, y se dexa la mejor. Sirva de exemplo el caracter de oficio público que tiene la tutela, alegado

justamente por el Autor, como razon de haber las leyes dispensado de ella á las mugeres. Esta razon se omite, quando está fundada en el alto, sagrado y respetable decoro de este sexó, en que tanto interesa el otro. En materias puramente opinables, en las sujetas á discusiones judiciales, ó á la suerte que les ha de dar la decision de un hombre, es todavia menos indiferente esta omision. No todas las razones hacen igual impresion en todos los hombres, á cuyo espíritu se ofrecen mil analogías. El Autor, rico en doctrinas, argumentos y demostraciones, propone con este gran surtido mas ó menos motivos de prender, interesar ó convencer el entendimiento, poniéndole en estado de escoger y fallar. Hay número en el *original*, que comprendiendo tres resoluciones equipadas de sus fundamentos, se truncan todos en el *Reformador*, quedando las resoluciones mondas, reducido el número á la quarta parte de sus dimensiones, que es toda el alma de la *reforma*, hacer rebaxa.

Otras veces refiriendo el Autor las diversas opiniones sobre alguna cuestion, da un salto la *reforma* á la decision del Autor, sin insinuar tan siquiera que á cerca de ella hay otros que piensan de otra manera. Asi parece que se lee un dogma en una materia opinable, acaso con perjuicio del que tenga interés en lo contrario, y siempre en agravio de la erudiccion en las materias legales. Algunas, aunque dice, que hay otra opinion ú opiniones, omite la que no es del Autor, sin embargo de que esta la expresa con todos sus fundamentos, y con tal exáctitud y legalidad, como si estuviese demostrando su propio sentir, tal es su amor á la verdad, tal su indiferencia, y aun tal su desconfianza en su propio dictamen. Por exemplo, se omiten los fundamentos de la opinion mucho mas probable que la del Autor, de que para saber si cabe ó no á la hija la dote en su legítima, ó si es inoficiosa, pueda elegirse, ó el tiempo de su constitucion, ó el de la muerte del padre; entre ellos el muy singular y muy curioso de la *peticion de las Cortes del año 1534* que el Autor trae á la letra, y está terminante en pro de este sentir, como tambien lo está la ley 29 de Toro no derogada. (*Feb. orig. P. II. lib. II. cap. II. §. II. num. 86. Tom. IV. num. 73.*) En efecto, solo se privó á los padres de la facultad que tenían de mejorar las hijas por via de dote. La eleccion de uno de los dos tiempos no emana de aquella facultad, no es gracia del padre, ni es mejora; es un derecho de tercero, esto es, del marido, derecho independiente de ella, declarado en dicha ley 29. conservado intacto en la ley posterior prohibitoria de las mejoras por causa de dote, publicada en dichas Cortes. Al marido se le ha de cumplir lo que con arreglo á las leyes se le ofreció, para llevar las cargas del matrimonio: lo contrario es constituir dotes de un va-

lor eventual; é incierto, empeorar la condicion de las mugeres para su establecimiento, y estudiar y sutilizar con demasía contra ellas. Esto no es fárrago. Quando las materias, vuelvo á decir, giran en la esfera de la probabilidad, la que sobre el mérito y valor intrinseco de los apoyos en que estriva, tiene tambien sus relaciones extrinsecas, y crece ó mengua, sube ó baxa, segun la diversidad y naturaleza de los ingenios, se priva al lector con tales omisiones de la facultad de juzgar por sí, y á los interesados de las razones, y aun del uso de su derecho.

Omitió casi toda, ó mas bien toda la nomenclatura, division y clasificacion de las acciones, parte la mas esencial, la mas sagrada de la jurisprudencia; donde reducidos á sistema se concentran en un pequeño punto todas las doctrinas de las diferentes materias; desde donde con una ojeada se registran de una vez espacios inmensos; en fin, donde el arte mismo de libelar en que tanto interesa el órden de los juicios, y la buena, facil y menos costosa administracion de justicia, está ceñido á una esfera cortísima. Se han pasado siglos antes de formarse y erigirse en ciencias los conocimientos humanos, y ordenarse nomenclaturas, definiciones y divisiones oportunas; y despues de levaniada esta inestimable estructura de las ideas de los ingenios señalados de las edades pasadas, para modelo, enseñanza y provecho de las venideras, solo falta que vengan otra vez en el siglo diez y nueve exercitos de Godos, Hunnos y Vandalos á echarla por tierra, y tornar los hombres á su ignorancia antigua y barbarie primera. La denominacion Romana de acciones *de buena fe, stricti juris, y arbitrarias*, es la mas propia para libelar pronta y aceriadamente, está sacada de la naturaleza de las cosas, que no ha mudado, y fué la base de un antiguo sistema judicial, dirigido á enfrenar la arbitrariedad de los Jueces, digno de ser renovado en las naciones, y olvidado en Roma, quando ya Roma se habia olvidado de sí misma. Piense en hora buena cada qual como quiera de tales denominaciones y especificaciones; nunca es disculpable su omision quando se publican producciones ajenas.

Seria nunca acabar si entrásemos en las advertencias, prevenciones, sentencias y palabras esenciales que rebajó. Todo el espíritu de la *reforma* se vió apurado en trasladar al castellano la frase tecnica latina, *præsumptio juris et de jure*; pues la sentencia, la version, la frase tecnica latina, todo se omitió.

Otras omite los textos mismos de las leyes patrias, que literalmente alegó el Autor en cuestiones y ocasiones críticas, para prueba terminante de su doctrina, para su genuina inteligencia y mejor explicacion, y para mayor satisfaccion y ahorro de tiempo del que lee. Que los busque en los Códigos legales, si los tiene, el que los quiera ver, dixo el Señor Gutierrez; este no es oficio mio.

padres de nuestra historia mantienen todavía enteras sus producciones con los mismos borrones con que las mancharon. Se les contradice, se les ilustra, pero se respeta la integridad de sus obras. Esta es una consideración literaria que se guarda aun en estado de guerra. Publique V. mañana un *Homero reformado*, un *Tulio reformado*, *las Partidas reformadas*, un *Mariana reformado*, y hasta una *Biblia reformada*, y los *Evangelios reformados*, y corrompase todos los originales. Seguramente digo por mí, que si hubiese podido preveer, que vendría un desquartzador de mi *Librería*, no habría escrito ni una línea. Norabuena que V. forme de ella y de mí, los juicios que le vinieron á las mientes; tengaseme por hombre sin gusto, ni elegancia, sin gramática, ni lógica, ni sentido común: entienda V. que mis libros están atestados de errores, superfluidades, vejees, y absurdos disonantes de la crítica, filosofía y cultura; de las pulimentadas, templadas y bien organizadas orejas de V.: crease también que se deben escribir y publicar papeles, censuras é impugnaciones contra mí, pregonando mis solemnes desvarros, para que el público se guarde de mis delirios, y me lea con cautela; haga V. de mí la horrenda pintura, que le diere su bondad; fíxese en todas las esquinas, proclamase en todos los diarios y gacetas, y pongase en boca de los ciegos: en fin, para que el remedio esté inmediato al mal, el antidoto junto al veneno, haga V. no una, sino mil ediciones de mi *Librería*, estampe V. en ella sus notas é ilustraciones, que sean monumento sempiterno de su sabiduría, y sonrojen y avergüenzen mi profunda ignorancia. Norabuena, haga V. lo que quiera, puede V. hacerlo; pero vuelvo á decir, respetese la integridad de mi *Librería*, no se me la cercene, enmiende, altere ni vicie, poniendome sentencias, y palabras que ni dixen, ni pensé. No se haga conmigo lo que V. no quisiera que hicieran con V.: respetese la independencia de mis juicios, que no están obligados á reconocer la soberanía de los suyos: respetese también la sagrada propiedad que tengo, como todo el que escribe, no solo en mis pensamientos y opiniones, y aun en mis caprichos y extravagancias, sino en los signos con que los expreso; esto es, las voces, las clausulas, las frases, el estilo, el lenguaje, el plan, propósito y asunto de mis libros, y la forma orgánica que di á todas sus partes. Todo es mío en mi obra, que segun y de la manera que la formé, es un compuesto, uno é indivisible, que representa todo lo que quise pensar, pude decir, y nadie debe tocar. Qualquiera variación, subrogación ó desmembramiento en la sentencia, ó en los signos, á pretexto de mejora, es una violación; no es mi pensamiento, no es mi designio, ni mi idea íntegra, la que no se dice, segun yo la dixen y pensé. Puedo enamorarme de mis propios juicios, creer que son los mejores del mundo; darne á en-

tender que los términos de que me valgo son los mas apropiados y oportunos; puedo embelesarme en mi propia criatura, é imaginarme que no hay otra en el mundo que se la pueda comparar. Un libro es una prenda del cariño del que le dió el ser, y un monumento lisongero con que espera inmortalizar su memoria. Enmendarme, quitarme las palabras de mis labios como mal dichas, y ponerme otras en su lugar como mejores, es ofenderme y herirme en lo vivo de mi amor propio, es sonrojarme y es una gran descortesía. Castrar, como se ha hecho, la quarta ó quinta parte de mi *Librería*, es taparme la boca y ahogarme la voz, para que yo no hable, y nadie me oiga. Hablar al público es un derecho público, respetando el orden público: yo no reconozco mas juez que este mismo público, que escucha y da carta de seguro á todos, para que le hablen lo que quieran, en el estilo y lenguaje que se les antoje; premia y castiga, ridiculiza y aprecia, abate ó ensalza; en fin, hace justicia. Lexos de tener por pecado escribir cosas inútiles é impertinentes, ha calculado su interés sobre el permiso y tolerancia de mil escritos frívolos para lograr uno bueno; ni tiene por perdido el tiempo que se emplea en leer un Autor, que dice entre mucho superfluo algo plausible.

V. tuvo por tan irrefragable su juicio, que sin mas oráculo que su alto magisterio, creyó inútil é impertinente, ó digno de corrección, todo lo que yo juzgué útil, perteneciente y bien dicho; creyo que mi derecho imprescriptible de la palabra, y el no menos inviolable de otros para oír la, debia ceder y callar á presencia de la infabilidad de V., y que de quanto yo decía, y no conformaba con sus ideas, no debia quedar rastro ni memoria, ni oírse ecos algunos sino los que obtuviesen el fiat de V. Así alzándose con todos los poderes, el ejecutivo, el judicial y legislativo, haciendo V. la ley, poniendo V. la acusación, dando la sentencia, y executandola V. mismo, hizo á un tiempo de legislador, de acusador, de juez, y de executor de justicia de mi obra. V. se imaginó ser un embiado, con el don de no errar, un destructor de errores é impertinencias, un azote de malos escritores, con autoridad de entrar con espada en mano, á sangre y fuego como en pais enemigo, donde quiera que se oigan sonidos que destemplen sus finisimas y atenuadissimas fibras y tendones. Pruebe V. sumision con algun milagro literario, y le crearemos; escribanse contra mi obra íntegra y original las censuras, notas ó contradicciones que le cumplan; hagame V. la guerra en la forma acostumbrada en los paises civilizados, y no se triunfe de mí á lo Indio salvaje, arrancando y llevando por trofeo la cabellera de su enemigo.

El Febrero que V. infama para que nadie lo compre, es el mismo á cuyo nombre y sombra se acoge V. con el título de *Fe-*

brero reformado, para que tengan salida sus caprichos, haciendome guerra á mí mismo conmigo mismo, y executando, lo que hasta ahora no ha hecho ningun mercader, poner carteles desacreditando los géneros de la tienda del vecino. Si, como V. dice, escribí yo inútil é impertinente, nadie me puede estorbar que manobre como quiera en mi propia hacienda; el vituperio será para mí, y á ninguno se le mutilan los miembros, y menos la lengua, como se ha hecho conmigo, á título de *reforma*, por decir impertinencias. Si no parecen bien compóngase otra *Librería de Escribanos* con estilo Tuliano; no haya en ella sino miga y substancia; salga sin las orlas de citas, y sin los esmaltes de latines; sea V. creído sobre su sola palabra, desahogue allí sus fuegos, y no se eche sobre mí como Alarico sobre Roma, suprimiendo como impertinente hasta el humilde prólogo de mi *Librería*, donde daba cuenta y razon de mí mismo, y de la economía de mi obra, é imploraba la benevolencia del público, poniendose en lugar de él un libelo, y una marca de ignominia en la fachada de mi propia casa. Con estos títulos dice V. *mi Febrero acá, mi Febrero acullá, mi Febrero donde quiera*, contraponiendolo á otro *Febrero* no tan bueno como el de V. Pues qué, puedo yo ser de nadie, sino de mí mismo, y de Dios que me crió? Quántos *Febreros* ha habido en el mundo? Ha habido mas que uno, y este soy yo, que sea Autor de la *Librería de Escribanos*? Quántas personas quiere V. poner en mi única naturaleza? No siendo yo mas que uno, y quizá ni aun medio, se me ha hecho dos. Lo que mas me maravilla es, que habiendose podido hacer tambien este milagro con una *Lógica complutense reformada, un Barbosa reformado, un Eroylan reformado, un Otero de Pascuis, reformado*, ú algun otro de los innumerables, tanto ó mas dignos que yo de la honra y plaga de una *reforma*, se me fué á escoger á mí entre tantos, sin duda por considerarme V. el mas digno de ella. V. sabrá la razon de esta discrepancia; entre tanto que nos lo dice, me ratifico por último en lo dicho, expuesto y alegado, y hecho en mi *Librería*: no me hacen fuerza los discursos de V.; esas que se dicen enfadosas repeticiones, de que se me hace cargo en el nuevo prólogo, nada son menos que eso; son los diversos aspectos ó relaciones que una cosa tiene con otras; que es indispensable presentar de nuevo una ó mas veces; ó son inculcaciones oportunas y necesarias en quien enseña al que no sabe, singularmente á Escribanos principiantes, á alumnos de esta profesion, desnudos unos y otros de los elementos del derecho; ó Escribanos de aldea, sin otros recursos que mis lecciones; y plegue á Dios que así nos entiendan aun los adultos y provecos. Perjudicó pues V. á la exâtitud y á la claridad en la proscripcion de las pretensas repeticiones.

No fué por la vanidad de ostentar erudicion, como se me imputa, traer yo citas de leyes Romanas, canónicas, y de AA. de jurisprudencia, sino por autorizar mis doctrinas, por facilitar á lectores innumerables, que se ven con frecuencia en el caso de consultar y acudir á todos los lugares legales, y de profundizar las materias, los medios de satisfacer su deseo; por corresponder así al título de *Librería* que dí á mi obra, y ser muy propias de los libros consagrados á la enseñanza, y á un manejo quotidiano. Así lo han hecho los AA. antiguos, modernos y modernísimos, de los que V. llama de juicio exâcto y fina crítica; y es harta malignidad achacarme vanagloria en lo que se hace por costumbre. Aun yo lo hice mejor, pues quedando limpio y corriente el texto, puse las citas fuera de él, donde no hacen daño, ni incomodan á nadie; el que no las quiera que las dexé: solo incomodarán á V. que se ha declarado enemigo de las conveniencias y comodidades que proporcioné en mi *Librería*, y que no consultó su plan de extincion y amortizacion de mis citas, sino con sus proyectos de economía no muy política, recetando V. en su prólogo á los lectores deseosos de saber á fondo las cuestiones, que vayan á averiguarlo á otra parte; pues no parece regular hallarlo averiguado y sabido en el margen inferior de las mismas páginas de mi obra. Es tambien cosa extraña que se condene este uso de las citas por quien mas ha necesitado de ellas, y que por no haberse aprovechado de esta ventaja, ha tropezado mas de una vez. Qué ideas se tendrán de los lugares y fuentes del derecho que nos gobierna, quando sin la discrecion con que debe conducirse la crítica acerca de una coleccion tan memorable como la de las leyes Romanas, ya se la llama edificio monstruoso, ya se disuade su manejo como inductivo del error, ya se insultan sus máximas, ya se condenan al olvido innumerables alegaciones de ellas? Hasta aquí Febrero.

§. VII.

Se declara el lugar que debe tener en la Jurisprudencia el estudio de las leyes Romanas, tratadas con vilipendio en la reforma, y se concluye manifestando lo ridiculo é infundado de los cargos que se han hecho al Autor en quanto á locuciones y frases técnicas, estilo y lenguaje.

Hemos visto quales serian los sentimientos de Don Josef Febrero, si pudiese hoy hablar á Don Josef Gutierrez, y continuando la misma idea diremos alguna cosa acerca del desprecio que se ha hecho del estudio de las leyes Romanas. Parece que el Señor Gutierrez ignora del todo el papel que hacen y deben hacer es-

brero reformado, para que tengan salida sus caprichos, haciendome guerra á mí mismo conmigo mismo, y executando, lo que hasta ahora no ha hecho ningun mercader, poner carteles desacreditando los géneros de la tienda del vecino. Si, como V. dice, escribí yo inútil é impertinente, nadie me puede estorbar que manobre como quiera en mi propia hacienda; el vituperio será para mí, y á ninguno se le mutilan los miembros, y menos la lengua, como se ha hecho conmigo, á título de *reforma*, por decir impertinencias. Si no parecen bien compóngase otra *Librería de Escribanos* con estilo Tuliano; no haya en ella sino miga y substancia; salga sin las orlas de citas, y sin los esmaltes de latines; sea V. creído sobre su sola palabra, desahogue allí sus fuegos, y no se eche sobre mí como Alarico sobre Roma, suprimiendo como impertinente hasta el humilde prólogo de mi *Librería*, donde daba cuenta y razon de mí mismo, y de la economía de mi obra, é imploraba la benevolencia del público, poniendose en lugar de él un libelo, y una marca de ignominia en la fachada de mi propia casa. Con estos títulos dice V. *mi Febrero acá, mi Febrero acullá, mi Febrero donde quiera*, contraponiendolo á otro *Febrero* no tan bueno como el de V. Pues qué, puedo yo ser de nadie, sino de mí mismo, y de Dios que me crió? Quántos *Febreros* ha habido en el mundo? Ha habido mas que uno, y este soy yo, que sea Autor de la *Librería de Escribanos*? Quántas personas quiere V. poner en mi única naturaleza? No siendo yo mas que uno, y quizá ni aun medio, se me ha hecho dos. Lo que mas me maravilla es, que habiendose podido hacer tambien este milagro con una *Lógica complutense reformada, un Barbosa reformado, un Eroylan reformado, un Otero de Pascuis, reformado*, ú algun otro de los innumerables, tanto ó mas dignos que yo de la honra y plaga de una *reforma*, se me fué á escoger á mí entre tantos, sin duda por considerarme V. el mas digno de ella. V. sabrá la razon de esta discrepancia; entre tanto que nos lo dice, me ratifico por último en lo dicho, expuesto y alegado, y hecho en mi *Librería*: no me hacen fuerza los discursos de V.; esas que se dicen enfadosas repeticiones, de que se me hace cargo en el nuevo prólogo, nada son menos que eso; son los diversos aspectos ó relaciones que una cosa tiene con otras; que es indispensable presentar de nuevo una ó mas veces; ó son inculcaciones oportunas y necesarias en quien enseña al que no sabe, singularmente á Escribanos principiantes, á alumnos de esta profesion, desnudos unos y otros de los elementos del derecho; ó Escribanos de aldea, sin otros recursos que mis lecciones; y plegue á Dios que así nos entiendan aun los adultos y provecos. Perjudicó pues V. á la exâtitud y á la claridad en la proscripcion de las pretensas repeticiones.

No fué por la vanidad de ostentar erudicion, como se me imputa, traer yo citas de leyes Romanas, canónicas, y de AA. de jurisprudencia, sino por autorizar mis doctrinas, por facilitar á lectores innumerables, que se ven con frecuencia en el caso de consultar y acudir á todos los lugares legales, y de profundizar las materias, los medios de satisfacer su deseo; por corresponder así al título de *Librería* que dí á mi obra, y ser muy propias de los libros consagrados á la enseñanza, y á un manejo quotidiano. Así lo han hecho los AA. antiguos, modernos y modernísimos, de los que V. llama de juicio exâcto y fina crítica; y es harta malignidad achacarme vanagloria en lo que se hace por costumbre. Aun yo lo hice mejor, pues quedando limpio y corriente el texto, puse las citas fuera de él, donde no hacen daño, ni incomodan á nadie; el que no las quiera que las dexé: solo incomodarán á V. que se ha declarado enemigo de las conveniencias y comodidades que proporcioné en mi *Librería*, y que no consultó su plan de extincion y amortizacion de mis citas, sino con sus proyectos de economía no muy política, recetando V. en su prólogo á los lectores deseosos de saber á fondo las cuestiones, que vayan á averiguarlo á otra parte; pues no parece regular hallarlo averiguado y sabido en el margen inferior de las mismas páginas de mi obra. Es tambien cosa extraña que se condene este uso de las citas por quien mas ha necesitado de ellas, y que por no haberse aprovechado de esta ventaja, ha tropezado mas de una vez. Qué ideas se tendrán de los lugares y fuentes del derecho que nos gobierna, quando sin la discrecion con que debe conducirse la crítica acerca de una coleccion tan memorable como la de las leyes Romanas, ya se la llama edificio monstruoso, ya se disuade su manejo como inductivo del error, ya se insultan sus máximas, ya se condenan al olvido innumerables alegaciones de ellas? Hasta aquí Febrero.

§. VII.

Se declara el lugar que debe tener en la Jurisprudencia el estudio de las leyes Romanas, tratadas con vilipendio en la reforma, y se concluye manifestando lo ridiculo é infundado de los cargos que se han hecho al Autor en quanto á locuciones y frases técnicas, estilo y lenguaje.

Hemos visto quales serian los sentimientos de Don Josef Febrero, si pudiese hoy hablar á Don Josef Gutierrez, y continuando la misma idea diremos alguna cosa acerca del desprecio que se ha hecho del estudio de las leyes Romanas. Parece que el Señor Gutierrez ignora del todo el papel que hacen y deben hacer es-

ras leyes en el estudio del derecho patrio; según la poca consideración y respeto que ha tenido con ellas; lo qual en lectores incautos, ó desidiosos, puede ser fatal á su instrucción sólida, y al conocimiento perfecto de las nuestras. Nada fomenta mas la ignorancia, y nada hay que mas consuele al ignorante, que la inutilidad, que él se imagina de lo que otros saben y estudian, y él ignora. O no ha de haber citas en los libros de jurisprudencia, salvo las de leyes patrias, ó las leyes Romanas han de ir las primeras, aun antes, en casi todas las cuestiones, que las de todos nuestros intérpretes. Estos, lo mismo que los intérpretes ultramarinos, no son mas por lo comun que comentadores de ellas. Si explican alguna ley nacional, dan principio alegando la ley Romana, concordante ú análoga; sino hay ley patria, sus resoluciones se fundan tambien en la ley Romana, ó expresa, ó semejante, ó que tenga afinidad, bien ó mal traída. No estará mas bien establecida la resolución con la autoridad del maestro, que con la del discípulo? A qué dar preferencia al Señor Covarrubias, á Gomez y á otros, quando su decisión es una ley Romana, ó un texto canónico, ó una opinion de Bartolo, ó Jacobo de Vellósillo, ú otro antiguo comentador? Para qué andar por rodeos? Basta que en su aplicación, en su interpretación, ó quando no hay texto expreso, luzca su juicio y talento, y adquieran un lugar respetable.

Es en vano buscar en nuestros intérpretes la historia política de nuestras instituciones verdaderamente nacionales en ninguna de las épocas de nuestra legislación; todo está romanizado en ellos. La legislación civil de nuestros Códigos casi es tambien puramente Romana, si exceptuamos en nuestro derecho antiguo los tiempos feudales y de la caballería, y algunas pocas leyes, ó de origen incierto, ó que afuera de una bien fina y estimada crítica, se les pueda encontrar en alguna de las naciones que invadieron nuestro país, ó que son una combinación de diversos elementos, producida en la série de los siglos, imposible de analizar, y reducir á sus verdaderos principios. La legislación Romana es la base de las legislaciones Europeas. Por el órgano de Bartolo, Valdo y Juan Andres, dominaron mucho tiempo en nuestro foro las leyes Romanas, y Letrados inertos y empapados en ellas, asesores de nuestros legisladores, concibieron y propusieron las actuales que nos rigen. Su historia, su fondo, su espíritu ni su magestad pueden saberse, penetrarse ni conocerse sin el estudio de la filosofía y principios de la legislación Romana. Esta les sirve de cimiento desde los tiempos mas remotos, renovado con entusiasmo y con el mayor vigor en la edad media; en este pielago casi se han ahogado todas nuestras leyes y costumbres indigenas. Si salimos fuera de nuestro territorio, hallamos que en la mayor y mas principal parte de la Europa culta tuvieron sus leyes

el mismo destino, y aun en algunos estados han sido y son todavia los Códigos Romanos su ley municipal. No se nos enseña, ni nunca se enseñó en parte alguna, ni quizá se enseñará otra jurisprudencia universal, que la que se estudia y aprende en las leyes Romanas. Nada importa que estas leyes no tengan ni hayan tenido fuerza alguna civil, ni otra consideración que la sabiduría y rectitud que las recomendó, si la opinion las ha dado un influxo poderoso, hasta en el mismo poder legislativo, y mucho mas en los agentes y administradores inmediatos de la justicia. Ya he traído algun exemplo, ó exemplos de los embarazos poco decorosos en que se ha visto el Reformador en la inteligencia de nuestras leyes, por no haber seguido su série histórica hasta su origen en las Romanas.

Sin estas razones de hecho, que demuestran las combinaciones de unas y otras, bastantes por si solas para dar un lugar interesante y honorífico á las leyes Romanas en la discusión de nuestro derecho, hay otras, que las constituyen de la primera importancia. Las reglas de equidad y de justicia universal, que prescinden de tiempos y de naciones, que son una emanación de la misma ley eterna anterior á todos los siglos, y que según dice un celebre Magistrado se acomodan á todos los estados de los hombres, forman la mayor, y mas apreciable porción de este gran depósito, que ha llegado hasta nuestros días, de los conocimientos en la moral civil de los antiguos filósofos y legisladores, refundido en las sentencias de los Jurisconsultos de Roma. Estos cultivando, consultando y escuchando los preceptos de la recta razón, sobre los de las demás naciones de la antigüedad, llegaron á organizar los preceptos de la justicia, y de la equidad, en ciencia formal, con principios, reglas, clases, definiciones, divisiones, *nomenclaturas*, reduciendolos á un sistema ordenado, consiguiente y natural. Los pactos, los contratos, las obligaciones, el derecho de propiedad con todos sus atributos, efectos y consecuencias, la posesión, los despojos y otros muchos puntos de justicia civil, tienen allí sus reglas, que dimanen de la ley natural y recta razón, ó pertenecen al derecho de las gentes, á este derecho no escrito, á esta *ley universal, consignada en la historia*, como dice un Jurisconsulto Ingles, *en las costumbres y en los escritos de los sabios de todas las naciones, generalmente respetados*. Los países cultos reconocen en esta parte de las leyes Romanas el imperio de la razón, y no se desdennan de acudir á sus máximas en las grandes y solemnes contestaciones que se mueven entre ellas.

No es tampoco de pequeño interés la riqueza de doctrinas encerrada en este depósito, tocantes á las instituciones singulares de esta nación, y á las máximas y principios peculiares de su legislación puramente civil, adoptadas unas y otras en mucha parte por nuestras leyes presentes. No puede asimismo ser indiferente

para nuestra administración de justicia, la copia de sentencias, cuestiones y respuestas de los sabios Romanos sobre hipótesis idénticas. Es tiempo perdido cansar el discurso en lo que ya está discurrido por otros. Los preceptos de la razón y sus consecuencias, lo que dicta el buen sentido, no han menester la sanción especial de las leyes positivas, para ser respetados y seguidos donde quiera que se hallen.

No nos detendremos en la influencia no pequeña que se ha dado á estas mismas leyes en nuestro sistema público, en nuestro orden judicial, y en nuestra justicia criminal, ni en el discernimiento que haya habido en la elección de máximas, no todas de igual mérito, ni las mismas, en los Jurisconsultos cuyas sentencias se recopilaban, tanto en el Digesto, como en las constituciones imperativas del Código. Prescindimos también de los institutos ventajosos, políticos y económicos, que ó se han despreciado, ó mirado sin razón con indiferencia. No omitiremos sin embargo, que debiendo la política, ó lo que es lo mismo, el arte de hacer felices á los pueblos, adquirir sus progresos, como todos los conocimientos humanos, de la acción reunida de todos los tiempos, y de todos los países, abriéndose campo á este gran fin en la historia y en la legislación de todas las naciones, y de todos los siglos, tomando de cada una las leyes loables, y las instituciones plausibles, con que mejorar la suerte de aquellas naciones á que sean adaptables, no es la historia del primer pueblo del mundo, ni el gran monumento de sus leyes, la que ofrece menos interés al discreto observador.

Ulimamente, las inteligencias equivocadas que dieron á muchas de estas leyes, en los tiempos de la ignorancia de las bellas letras, los intérpretes de la escuela de Barolo, el primero que las aplicó al foro, y de quien fueron discípulos nuestros antiguos letrados, inteligencias que trascendieron á nuestra legislación y á nuestra práctica, son otro motivo de interesarnos en el estudio reflexionado y radical de ellas. Son innumerables los extravíos de que ha hecho cargo á los AA. prácticos el célebre *Cujat* por estas descaminadas interpretaciones de las leyes Romanas; y aun el mismo *Cujat* fué alguna vez víctima de la rutina. Por ejemplo, la práctica general, dentro y fuera de nuestro país, de examinar en secreto los testigos, viene originariamente de haber entendido mal una ley del Código. Los testigos declaraban de ordinario presentes las partes.

No quisieramos decir, que la frialdad con que por lo comun se mira este importante estudio, procede, ó de que de ordinario se quiere aprender pronto y á poca costa la jurisprudencia, y de que muchos no anhelan á la adquisición sólida y noble de esta ciencia, sino á la de una farandula sordida y baxa, que ha-

bilite en poco tiempo á ganar un jornal, ó del interés de poner en vilipendio lo que se ignora. A esto se agrega también, que vivimos en un siglo, en que siendo su fuerte los espíritus universales y viajeros por todas las ciencias, es una consecuencia necesaria profundizar poco, y adelantar nada en ellas. No recomendar el estudio de unas leyes que la policía general de instrucción pública pone en las manos de los que abrazan una profesión, que se ha vinculado el gran título de oráculo, el plausible de patrono, el respetable de magistrado, es fomentar la ignorancia en los que por estos magníficos dictados han hecho depender de sí la suerte de los pueblos, de las personas, de las familias, y la de todo el estado. Tras la ignorancia viene el despotismo judicial, y el fallar por instinto, sin la luz, ó sin el freno de las razones de justicia que no se han estudiado. Un Juez ignorante y un Juez perverso corren parejas, dice un insigne magistrado.

La apología del Autor nos ha traído á la de uno de los primeros lugares legales, que tanto papel hace en su *Librería*; y en hecho de verdad no tenemos libro, que contraiga mejor á nuestra práctica las leyes Romanas, ni que haya combinado mas bien su enseñanza con la de nuestro derecho patrio. Esta sola circunstancia, verdaderamente original, y de gran precio, debió ser un motivo para haber conservado en la *reforma* los continuos reclamos que se hacen por el Autor á las leyes doctrinales de unos Códigos tenidos generalmente, no sin razón, por las fuentes del derecho; y que ofreciendo muchos objetos de utilidad, entre no pocos de erudición no superflua, pide trabajo, tiempo y discreción la separación de unos y otros.

En resolución, haber atacado la integridad de la *Librería de Escribanos*, es haber comprometido muchos y graves intereses, que no pueden resarcirse con los aumentos y riquezas de las Notas que ha puesto el Señor Gutierrez, donde las leyes, las reglas del derecho, los intérpretes, la sana razón, y hasta la justicia misma, claman por su apología.

Basta de leyes Romanas. Diremos ahora, siguiendo nuestro propósito, que el estilo del Autor es fácil, claro, sencillo, natural, y de ordinario conciso y lleno de doctrina; el de sus autos, diligencias judiciales y formulario es el forense práctico y corriente. El método guarda regularmente el orden mismo de las ideas; establece los principios, saca las consecuencias, define, divide y razona lo que dice; en fin es qual corresponde para ser entendido de todos, principalmente de los principiantes, á quienes se dirige. No se compadece con la buena fé, haber entresacado de los siete tomos, uno ú otro periodo, defectuoso ú inútil, al parecer del *Reformador*, y alegarlo en su prólogo como muestra de un vicio intrínseco y general. Esto es lo mismo que acusar to-

da la Eneida por el defecto de algun verso, y poner mala voz en el maestro y padre de la eloquencia, por sus descuidos en alguna ú algunas piezas. El ingenio no está siempre de un humor: basta que alguna vez, ó al tiempo de escribir ú al de corregir, no lo tuviese bueno el Autor para que alguna cláusula ó número no correspondiese ó no igualase á lo demás. Vease el Diccionario de la Academia de la Lengua, y se hallará *aducir*, *obliquar*, *condidor ó conditor*, y otras muchas voces y frases que para afrenta del Autor se traen en dos notas del prólogo del *Febrero anotado*. *Desatarse* la substitucion exemplar, *desatarse* el testamento, que tambien se alegan en su oprobio, es el lenguaje legal y literal de las leyes de Partida. A que títulos mas augustos podía acogerse el Autor para ponerse á cubierto de censuras tan ridiculas?

El Autor en castellanizar tambien alguna muy rara voz latina, en casos de necesidad ó de mayor comodidad, como las tres ó quatro que se traen por modelos de rudeza, no hizo otra cosa que seguir la moda. No son mas castellanas las voces *continentales*, *sentimentales*, *coloniales*, *noticias oficiales*, *directorial*, *longevidad*, *longevo*, *originalidad*, *complementarios*, *suplementarios*, *reglamentarios*, *inmediatibilidad*, y otras infinitas que vemos en escritos públicos y diplomáticos, y oímos en boca de los que se precian de cultos. Adjetivar asimismo los substantivos, substantivar los adjetivos, naturalizar las voces griegas y latinas, se hace ya por gentileza, y aun por sistema en todos los idiomas. Así el cultísimo *Reformador* no entendió aqui de achaque de finura en el lenguaje, y pensó sonrojar al Autor con una de las mayores galas de los peñmetres literarios. *Preterir*, *preterido*, *pretericion*, es el idioma mismo de nuestras leyes.

No sabemos que el Autor estuviere obligado á hacer un mundo nuevo, volviendo en castellano las voces técnicas de la jurisprudencia. El Autor tuvo por tan sagradas las voces y frases técnicas, como las ideas elementares que representan: juzgó que introducir arbitrariamente otros signos, no conocidos ni admitidos para significarlas, era substituir la confusión á la claridad, y violar el instrumento de comunicacion entre los hombres de ley, establecidos por ellos para entenderse unos á otros, y usurpar la autoridad á quien la tiene legitima para fixar el sentido de las palabras, mayormente en una obra práctica, donde todo debe ser práctico, acostumbrado y corriente. Tan mal le salió al Reformador su nuevo proyecto, que embarazado en su execucion, se zafó de unas suprimienolas enteramente, otras permanecieron intactas como *ipso jure*, *pro indiviso*; y en las que se ensayó la operacion reformatoria, se executó con tal fortuna, que por no significar nada, tuvo que traducirlas del castellano en que las pu-

so, al latin en que estaban, sin contar con su inelegancia, disonancia y desgarmo. Qué entenderá un Escribano, ni nadie, por la gerigonza de la *accion de negocios hechos*, *juramento en pleito*, *res-titucion por entero*? Se le dice una y cien veces, que este galimatias significa lo mismo que *baralipton*. Esto es substituir sonidos de grajo, que nada dicen, á voces armónicas y muy significativas. El idioma técnico de las ciencias y artes nadie le entiende regularmente sino los profesores de ellas, esté en latina, ó castellano. Por *donacion propter nuptias*, nomenclatura autorizada por nuestras leyes, traduxo *capitales*; voz que da ideas falsas, pues sobre ser muy genérica, teniendo como tiene otros usos, aun aplicada á sociedad conyugal, es muy inexácta, ya porque no da nocion del acto del donante en que consiste su esencia, ya porque hay capitales en esta sociedad, que no son donacion *propter nuptias*.

Es tambien pedantesco y falso, decir que nuestros escritores modernos, á imitacion de los extrangeros, procuran adaptar su propio idioma á todas las ciencias y artes. Tan lexos está de ser así, que el gran *Linneo*, dando reglas para la formacion de las voces en la botanica, estableció el principio opuesto. *Nomina generica, quæ ex græcâ, vel latina lingua radicem non habent, rejicienda sunt*; y los Chímicos modernos han atestado de *oxigenos*, *hidrogenos*, *azotes*, *muriates*, *sulfates*, &c. su nueva y reciente nomenclatura, trasformando en entes incognitos cosas vulgares y conocidas. Mientras los idiomas vivos no lleguen á la plenitud, elevacion, laconismo, energia y magestad de los idiomas muertos que admiramos: mientras reconozcamos por maestros en el arte de la palabra á los que le formarón, usaron y perfeccionaron, á quienes todavia no se ha podido igualar, se hourarán con ellos las generaciones presentes y venideras, á pesar de las declamaciones siempre inútiles, quando la opinion se les opone. De aquí procede renovarse ahora las nomenclaturas que se hallan en aquellos idiomas, quando queremos expresar con importancia las cosas, como *pritanéo*, *tablas mekrológicas* &c. Obliga muchas veces la necesidad á echar mano de locuciones latinas, ó sacadas del latin, ó del griego, que llenan la idea que se quiere expresar y lisongear con la concision y gravedad.

..... Ego cur acquirere pauca,
si possum, invideor, cum lingua Catonis, Enni
sermonem patrium dictaverit, et nova rerum
Nomina protulerit? licuit, semperque licebit
signatum præsentem nota producere nomen.

Horat. de Arte Poet.

Los idiomas son la mejor medida de graduacion del estado y
Tomo I.

progresos del espíritu de los diferentes pueblos; y si comparamos las lenguas actuales con las de los dos primeros y mas celebres del mundo, hallaremos que ha hecho en cerca de dos mil años marchas retrogadas. Es muy pequeño el fruto de algunos esfuerzos en las ciencias naturales, con que podemos consolarnos de este atraso.

Contraendonos á la materia, los idiomas de las naciones que han inventado, cultivado y perfeccionado las ciencias y las artes, como los Romanos la Jurisprudencia, están en posesion y tienen derecho de dar nomenclaturas á las que las aprenden de ellas. El culto y magestuoso language diplomático entre las grandes Potencias no se desdenea en las importantes contiendas de que depende el destino de los pueblos de fixar las pretensiones de los gabinetes con dos voces técnicas latinas *Uti possidetis*, palabras del edicto del Pretor, y *statu quo*. El cuerpo federativo germanico denomina las resoluciones definitivas de sus dietas, *Conclusum*. Tambien estará mal la reforma con la célebre ley Inglesa *Habeas corpus*, antemural de su libertad; individual; con el *Pacta conventa* de los Polacos, y con infinitas fórmulas latinas, que están en uso en todos los países, y se leen en los escritores de mejor gusto. Articular el *alibi* se dice en el foro Frances, por articular la coartada. En nuestras leyes se encuentran *in stirpes*, *in capita*, *ab intestato*, *ex testamento*, donacion *propter nuptias*, y otras; el uso comun tiene recibidas oportunamente innumerables locuciones latinas en lo serio, en lo jocoso y en lo ridículo; hasta el preliminar ó entrada del refectorio claustral se llama *de profundis*, y el Diccionario de la lengua ha hecho castellano el *superavit*. Referir de estos exemplos seria proceder en infinito: solo digo, que por medio de un language tecnico general en las artes y ciencias, no contraído á idioma alguno nacional de ningun país, se entienden todas las naciones, y quizá conviene que así sea para los progresos en que todas interesan.

Hasta aquí la demostracion de los errores y defectos que contiene la reformada Librería de Escribanos; pero es de advertir, que solo hemos notado aquellos que nos han parecido mas á propósito para nuestro intento, porque si hubiesemos de refutar y demostrar todos los que tiene, serian necesarios algunos volúmenes. Basta lo dicho para venir en conocimiento de que el Señor Gutierrez tomó sobre sí un cargo que no conoció, porque en efecto las obras literarias se compendian, se extractan, ó se adiccionan, ilustran ó refutan, pero no se reforman. Réstanos ahora decir lo conveniente acerca de esta ediccion. Ya puede inferirse que el fin principal que nos hemos propuesto, ha sido vengar la buena, y bien merecida memoria de Don José Febrero, insultada y ajada por el Señor Gutierrez, y así como éste ha mutilado á su antojo

la obra en materias muy importantes, y en otras ha invertido el orden, y alterado el espíritu de las leyes y de las doctrinas, nosotros por el contrario hemos procurados conservar en todo lo posible la integridad del original. Sin embargo á las veces ha sido preciso variar algunos periodos en obsequio de la claridad. Hemos rectificado las citas de leyes y doctrinas, restituyendolas bien sus palabras, ó su genuina inteligencia. Tambien hemos substituido algunas difiniciones, con otras tomadas de las leyes mismas, que sin duda son mas propias y exáctas. Hubieramos querido conservar el orden de los capítulos y párrafos, pero esto no ha estado en nuestra mano, especialmente en el capítulo I. que trata de los testamentos. Al fin de cada capítulo hemos puesto las notas que nos han parecido necesarias para ilustrar varios puntos, y demostrar los errores del Reformador (a), con cuyo motivo se deciden muchas questões de derecho muy delicadas é importantes. Se han colocado por apéndice las Cédulas y órdenes Reales que dicen relacion con las materias: de esta suerte los lectores tienen toda la instruccion que pueden apetecer. Otros apéndices hay sumamente interesantes: tales son el primero y segundo del capítulo IX., el uno relativo al arrendamiento de yerbas y pastos, materia de grande importancia, y que se versa continuamente en los Tribunales; y el otro el contrato de fletamento, materia tambien que al interés que envuelve en sí misma, es poco conocida y estudiada por nuestros Leirados. Al capítulo X. hemos añadido otro apéndice muy curioso del seguro, que mas propriamente podremos llamar un tratado; y se divide en diez y siete párrafos, donde muy por menor se explican todas las circunstancias de este contrato tan general en las Plazas de Comercio, y en especial las marítimas. Hemos explicado al final del capítulo XII, todo lo concerniente á las sociedades y compañías de comercio, dando así mayor extension y claridad á la doctrina del Autor. Finalmente, el apéndice sobre las Letras de Cambio, que sigue al capítulo XVIII. contiene todas las reglas necesarias para la debida inteligencia del giro, con muchos modelos ó exemplos del modo de girar una Letra. Para estos apéndices, no solo hemos tenido á la vista las ordenanzas de Bilbao que hoy hacen vez de ley en el comercio, sino tambien varios escritos extrangeros relativos á la materia á donde nos ha sido preciso recurrir en los casos de duda. Nada pues hemos escusado, ni trabajo, ni gastos, para que esta ediccion saliese tan completa como deseabamos, y por lo mismo esperamos que sea bien recibida del público, á quien consagramos nuestros desvelos. Y si el exito correspondiese á nuestras esperanzas,

(a) En esta ediccion se han colocado en sus lugares respectivos, en beneficio del Lector.

publicaremos el juicio criminal que se está trabajando con teson; cuyo conocimiento es hoy de mucha necesidad para la instruccion de Letrados y Escribanos, por la variedad que se advierte en la práctica. (a)



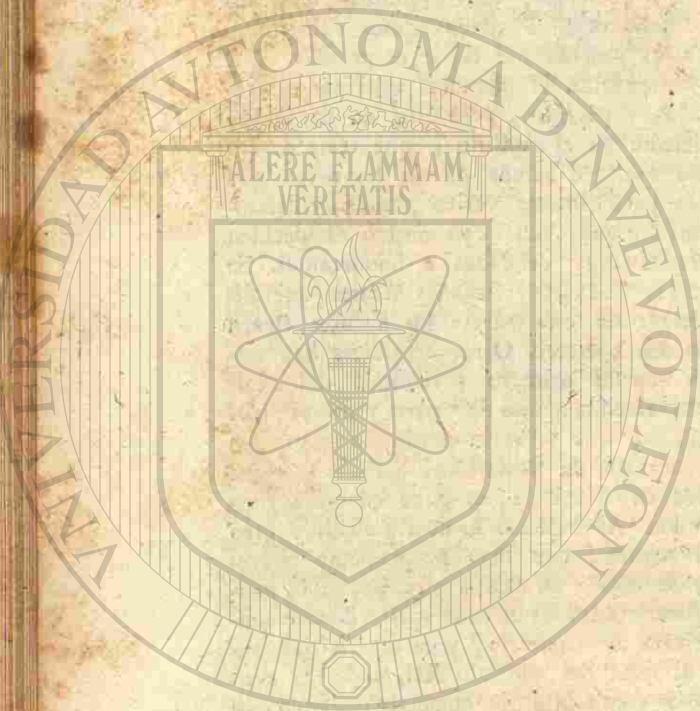
(a) En la invasion de los franceses falleció el Autor y se extravió todo lo que tenía trabajado en la materia. Esta falta podrá suplirse con la obra Materia Criminal Forense, su Autor D. Senen Vilanova, que ha merecido la aprobacion pública. Con esta y el Frebrero adiccionado se escusarán de comprar muchos libros que sin ellos necesitarán para desempeñar debidamente sus ministerios, siempre que se estudie como corresponde.

PRÓLOGO DEL AUTOR.

Sirven regularmente los proemios que los Bibliografos ponen en el frontispicio de sus libros, para disculpar los errores conocidos despues de su impresion, y para dar razon de la obra, del tiempo que impendieron en ella, de los cortos materiales que tuvieron para su perfecta construccion, y de las dificultades que superaron. Todo se dirige, en fin, á conciliar y adquirir la benevolencia de los lectores, para que el recién nacido libro halle disculpa en unos, agrado en otros, y en ninguno oposicion. En este supuesto, viendome constituido en el empleo público y honorífico de Escribano Notario Real, ó de los Reynos, que el Señor Rey Don Fernando VI. (que está en gloria) se dignó dispensarme en el año de mil setecientos cincuenta y siete: No habiendo tenido para mi instruccion hasta entonces mas libros que el que escribió Don Pedro Melgarejo, cuya fórmula no me comunicaba las luces necesarias para disolver las diarias dudas que se me presentaban, por lo que se me acrecentaban los vivos deseos de salir del inmenso piélago de confusiones en que naufragaba mi ignorancia, á fin de desempeñar mi obligacion: acordandome de que el docto Graciano en el prefacio de sus Disceptaciones forenses núm. 70. dice: *Accedat quod veterum nos monet autoritas, ut aliquo genere exercitationis animus sit excitandus, cum plurima mortalibus commoda per exercitationem, damna vero infinita per segnitiam eveniant. Consuetudo enim, & exercitatio intelligendi prudentiam acuit, eloquendi celeritatem indicat, memoriam firmat, & alit, natura vitium tollit, ingenii vires excitat, scientiam auget, meliores, & doctiores efficit, & unaquaque res per exercitium recipit incrementum.* Y considerando que el medio único de conseguirlo, era leer con reflexion y cuidado las leyes del Reyno, y Expositores que con tanto acierto las interpretaron, dandolas el genuino y verdadero sentido, é inteligencia, determiné aplicarme á su estudio, y extraer la médula que por lo concerniente á testamentos y contratos doy al público en esta primera parte de la *Librería de Escribanos, é Instruccion Jurídica teórico práctica de Principiantes.*

No fué á la verdad mi primer ánimo dar á luz esta obra, sino hacerla para mi instruccion por dos causas: la primera, porque como tengo talentos muy limitados, y poca práctica, no he saludado la Jurisprudencia, ni concurren en mí aquellas tres dotes que en sublime grado notó Quintiliano en Ciceron *lib. 10. institut. orator. cap. 17. ibi: Nam quis docere diligentius, movere vehementius? Cui tanta unquam jucunditas affluit?* me contemplé exhausto de fuerzas para empresa propia, y digna de

publicaremos el juicio criminal que se está trabajando con teson; cuyo conocimiento es hoy de mucha necesidad para la instruccion de Letrados y Escribanos, por la variedad que se advierte en la práctica. (a)



(a) En la invasion de los franceses falleció el Autor y se extravió todo lo que tenía trabajado en la materia. Esta falta podrá suplirse con la obra Materia Criminal Forense, su Autor D. Senen Vilanova, que ha merecido la aprobacion pública. Con esta y el Frebrero adiccionado se escusarán de comprar muchos libros que sin ellos necesitarán para desempeñar debidamente sus ministerios, siempre que se estudie como corresponde.

PRÓLOGO DEL AUTOR.

Sirven regularmente los proemios que los Bibliografos ponen en el frontispicio de sus libros, para disculpar los errores conocidos despues de su impresion, y para dar razon de la obra, del tiempo que impendieron en ella, de los cortos materiales que tuvieron para su perfecta construccion, y de las dificultades que superaron. Todo se dirige, en fin, á conciliar y adquirir la benevolencia de los lectores, para que el recién nacido libro halle disculpa en unos, agrado en otros, y en ninguno oposicion. En este supuesto, viendome constituido en el empleo público y honorífico de Escribano Notario Real, ó de los Reynos, que el Señor Rey Don Fernando VI. (que está en gloria) se dignó dispensarme en el año de mil setecientos cincuenta y siete: No habiendo tenido para mi instruccion hasta entonces mas libros que el que escribió Don Pedro Melgarejo, cuya fórmula no me comunicaba las luces necesarias para disolver las diarias dudas que se me presentaban, por lo que se me acrecentaban los vivos deseos de salir del inmenso piélago de confusiones en que naufragaba mi ignorancia, á fin de desempeñar mi obligacion: acordandome de que el docto Graciano en el prefacio de sus Disceptaciones forenses núm. 70. dice: *Accedat quod veterum nos monet autoritas, ut aliquo genere exercitationis animus sit excitandus, cum plurima mortalibus commoda per exercitationem, damna vero infinita per segnitiam eveniant. Consuetudo enim, & exercitatio intelligendi prudentiam acuit, eloquendi celeritatem indicat, memoriam firmat, & alit, natura vitium tollit, ingenii vires excitat, scientiam auget, meliores, & doctiores efficit, & unaquaque res per exercitium recipit incrementum.* Y considerando que el medio único de conseguirlo, era leer con reflexion y cuidado las leyes del Reyno, y Expositores que con tanto acierto las interpretaron, dandolas el genuino y verdadero sentido, é inteligencia, determiné aplicarme á su estudio, y extraer la médula que por lo concerniente á testamentos y contratos doy al público en esta primera parte de la *Librería de Escribanos, é Instruccion Jurídica teórico práctica de Principiantes.*

No fué á la verdad mi primer ánimo dar á luz esta obra, sino hacerla para mi instruccion por dos causas: la primera, porque como tengo talentos muy limitados, y poca práctica, no he saludado la Jurisprudencia, ni concurren en mí aquellas tres dotes que en sublime grado notó Quintiliano en Ciceron *lib. 10. institut. orator. cap. 17. ibi: Nam quis docere diligentius, movere vehementius? Cui tanta unquam jucunditas affluit?* me contemplé exhausto de fuerzas para empresa propia, y digna de

pluma mas bien cortada que la mía, y de ingenio mas eminente, y que por lo mismo no solo me seria inasequible, sino que todos me increparian justamente de temerario. Y la segunda, porque aun quando tuviera las suficientes, como no hay cosa nueva que escribir (1), y tantos Autores beneméritos de alabanza por su trabajo, y buen deseo del acierto, que son Monterroso, Ribera, Palomares, Villarroel, Argüello, Torneo, Melgarejo (á quienes criticó con fundamento Ripia en su práctica de testamentos, y modos de suceder) y otros escribieron en idioma vulgar de las materias de que trato, me parecia ocioso, y reprehensible repetir las, y muy penoso coordinar las especies que comprehenden.

Pero mis amigos inteligentes sin hacerse cargo de mi ineptitud, ni de la gran diferencia que hay de escribir para mí, ó para otros, especialmente en la estación actual, que tanto abunda de críticos, me desvanecieron esta repulsa con tres razones, entre otras: la primera, que los AA. citados, conociendo tal vez que los Escribanos son poco estudiosos, y que por lo mismo siendo sus obras sucintas, las estimarian mas, y tendrian mejor salida, no habian hecho otra cosa que formularios diminutos de escrituras para principiantes, sin expresar la virtud, y efectos de los contratos, cláusulas que en ellos pusieron, y leyes que renunciaron, á fin de que supiesen lo que permiten, ó prohiben, y pudiesen explicarlo á los contrayentes y testadores, ni otras dificultades que ocurren, por lo que se veían perplexos y confusos los Escribanos que no son latinos, y aun los que lo son, sin poder desatarlas, ni responder mas que: *Así lo dice Melgarejo: así lo he visto practicar á Fulano mi maestro*: en vez de decir: *así lo manda tal ley*, de que se evidenciaba que hacian lo que el papagayo y mona, que hablan, y hacen lo que ven, y les enseñan, sin saber lo que es, por cuya razon eran reputados y trados como ignorantes, y como tales despreciados con justa razon, y se admiraban no les causase pudor el dar esta respuesta á vista de lo que dixo el Emperador Justiniano en la Auténtica *Jam quiddem de trienn. & semis. tit. 5. colat. 3.* por las siguientes palabras: *Erubescimus dum sine lege loquimur.* Pues no les podia servir de satisfaccion lo que responden otros por éstas: *Quarerem legem ubi est ratio naturalis, est infirmitas intellectus*; por no alcanzar todos con su razon natural lo que necesitan saber, ni la que tuvieron los legisladores para establecer algunas leyes.

La segunda, que habiendo leyes Reales fundadas en razon, y dichos de Santos Padres, y Sabior (2), que como sujetos á ellas

(1) Nihil novum sub sole. Eccles. cap. 1. Nihil dictum quod non dictum sit prius. Terent. (2) Ley 6. tit. 1. P. 1.

debemos observar, y no las estrañas, por no tener en estos dominios fuerza de tales (1), parece habian estado escondidas para los Autores referidos, y no las habian visto, ó que se habian empeñado en no mencionarlas en las escrituras, sino á las civiles, que por estar en latin, no entendian los romancistas, como si éstas tuvieran mas vigor que aquellas, ó subsistiera aun sobre nosotros el Imperio Romano; y á veces en renunciar leyes que no hay, ó no versan en el asunto, ó son irrenunciabiles por estar establecidas á favor de algun Estado, ó prohibida su renunciacion, y otras veces en poner ésta en confuso, sin citarlas específicamente, ni expresar en el ingreso de la obra, ni en las escrituras lo que manda, ó prohiben para su inteligencia: que por lo mismo habian padecido muchas equivocaciones, y los posteriores copiado en diverso estilo de sus predecesores, sin aumentar, ni hacer otra cosa, y que por no haber profundizado todos los cimientos de sus obras, se habian quedado sus discípulos en ayunas de lo mas esencial que debian saber, causando por su impericia vencible, que el derecho (2) reputa por culpa, graves perjuicios á los contrayentes, y herederos de los Testadores.

Y la tercera, que no solo por mi empleo, sino por mi extraordinario trabajo debia ser útil á la República, como dice aquella célebre sentencia: *Non nobis nati sumus, nam partem vindicat patria, partem amici*, y de lo contrario contado por miembro seco de ella, á cuyo fin me traxeron á la memoria lo que dicen el *Eccles. 20. vers. 32. ibi: Sapientia absconsa, & thesaurus invisus, quæ utilitas in utrisque?* Santiago Apostol 4. *vers. 17. Scienti bonum facere, & non facienti, peccatum est illi*; y el mismo Graciano en los num. 69. y 70. de su Prefacio ibi: *Cum etiam qui in aliqua disciplina laborarunt, astringantur ex professionis debito, quæ mente conceperunt instar seminis in lucem proferre: quem admodum enim triste est decedere sine hærede, ita quoque miserrimum judicatur habenti á Deo optimo maximo gratiam intellectus posteris suis, id est studiosis nihil scriptum relinquere, quo possint velut hæredes intellectus aliquialiter consolari.* Y al num. 77. *Laborare igitur unusquisque debet, ut usui sit sibi, & aliis*: y añadieron otras razones poderosas, exágerandome para obligarme á su condescendencia, que habia grande necesidad de esta obra: que por ser tan clara y copiosa, lograrían grandes ventajas, y alivio los Escribanos, y otros que no lo son, así en no tener que gastar en tantos libros, como en hallar epilogado metódicamente en uno mucho mas que lo que otros escribieron: que por consi-

(1) Leyes 12. 15. y 16. tit. 1. P. 1. y ley 11. tit. 3. l. 3. N. R. y sus notas (2) Leyes 175. ff. de Reg. jur. y 5. tit. 34. P. 7.

guiente resultaria beneficio público de su edicion, y que así la coordinase, pues quien habia hecho lo mas debia hacer lo menos.

Alentado de sus eficaces persuasiones, (bien que sin dejar de penetrar que mas era parto de su amistad, que estímulo de la utilidad y necesidad, que hiperbolicamente me aparentaban), acordandome de aquel verso de Juvenal: *Audaces fortuna jubat, timidosque repelit*; no haciendo caso de los mortales golpes de la censura, (pues es muy infeliz la fortuna que carece de émulos, como se expresa en los Proverbios) y teniendo presente que todos los libros se componen de bueno, mediocre, y malo (1): que si en la variedad de ellos pudiese haber alguno, que estuviese sazonado como el maná al gusto del paladar de todos los lectores, no hay duda que su Autor tendria suma dicha, por haber tocado el mejor punto del precepto en la materia de que trata (2); y que como el escribirlos no tendrá fin hasta que lo tenga el mundo (3), jamás puede tener principio el conseguirlo, sin que el Omnipotente haga este milagro en los escritores, como en el maná hizo aquel prodigio, me rendí á complacerles, sacrificando en su holocausto, y del público esta pequeña produccion de mis tareas, y tomando nuevo trabajo, porque me fué indispensable preguatar á los doctos muchas dificultades que me ocurrían, quien trataba de ellas, y estudiarlas para que mi doctrina fuese mas acendrada y vestida, y los principiantes no aprendiesen errores, y (siguiendo la sentencia del Jurisconsulto Ulpiano en la *ley 1. al princip. ff. de Reb. cred. y glos. in §. Igitur 4. Instit. in prem. verb. Eadem*), componer, y concretar por capitulos, y paragrafos lo que para mi gobierno tenia epilogado en especies sueltas, segun las habia recogido: motivo porque tardé mas de seis años en su conclusion para la primera edicion que hice.

Para su mejor inteligencia huyendo, y escusando la obscuridad que aborreció el Filósofo (4), haciendome cargo de que esta nace muchas veces de la brevedad, segun nuestro Séneca (5), y no olvidandome de la discreta advertencia del Doctísimo Quintiliano *libro 4. instit. orat. cap. 2. ibi: Satius aliquid est narrationi superesse, quam deesse, nam super vacua cum tadio dicuntur, necessaria cum periculo subtrahuntur*; tuve por conveniente principiar por la definicion de cada materia, (no obstante que en el derecho civil (6) es peligrosa) persuadiendome que como explica la esencia de la cosa por su género, y diferencia (7), serviria de mayor claridad á los principiantes. Despues pasé á la division, la qual manifiesta la cantidad, y separacion de las par-

(1) Mart. lib. 1. (2) Oratio in Arte Poet. (3) Eccles. cap. ult. (4) Arist. 1. 1. comm. opin. lib. 1. tit. 5. n. 43. (5) Senec. Epist. 114. (6) Regla 203. ff. de Reg. jur. (7) Arist. 2. Poster. cap. 10.

tes que compone el todo actual, ó potencial, como que es el principio de la claridad, y por ella mas facilmente se viene en conocimiento, é inteligencia de qualquier negocio (1), y luego á expresar quienes pueden, ó no celebrar los contratos, lo que en cada uno permiten, ó prohiben las leyes, qué cláusulas debe contener, y qué pactos están prohibidos, tocando, bien que por incidencia, y de paso otras muchas particularidades, y prevenciones así en órden á escrituras, como á particiones, dignas de saberse, y dudas que suelen ocurrir por falta de ley Real, ó de bastante extension en varios casos, en que discordan los Autores. Y por último, sin dexar de conocer la redundancia de palabras superfluas que contienen muchos instrumentos; y sin desviarme de la práctica comun, por no causar notable novedad á los actuales Profesores, para que muchos no pongan el óbice de diminutos y mal hechos á algunos, considerando que lo que abunda no daña, y que las palabras por duplicadas no vician las escrituras, como dice el derecho, estendi en estilo moderno las regulares correspondientes á cada capítulo, arreglada á las leyes del Reyno, y ciertas notas sobre ellas, y el papel sellado que deben llevar, y así mismo algunas cláusulas separadas, por evitar prolixidad en la ordenacion de mas instrumentos, y en el último tomó un índice general alfabético para alivio del lector; cuyo método teórico y práctico aprendí en la filosofia, usaron los Autores. Sumaristas, y Magistrales, y me enseñaron las mismas leyes. Y por evitar, y cortar de raíz los inconvenientes propuestos por mis amigos, pues en las escrituras renunciacion de las leyes Reales sin hacer caso de las civiles; por lo que el que quiera ser algo mas que buen escriturario, y saber cómo ha de testar, y contraer, procure retener en la memoria, y observar no solo el contexto del capítulo VII. en que explico las concernientes á Eclesiasticos, hijosdalgo, labradores, menores, mugeres, y otros, sino el de quanto comprehenden los diez y nueve de esta obra, y para ello nieguese enteramente como yo, ó á lo menos harte muchos ratos al ocio, y dedíquese á su estudio con reflexion, y cuidado, para que tal vez por este defecto no entienda al rebés su doctrina; y de esta suerte no le sucederá lo que dixo San Bernardo, y es: *Que por no aplicarnos, ó no tener cuidado de estudiar, ó por verguenza de preguntar muchas cosas, que debemos saber, las ignoramos*; pues sin pelear legitimamente, no se consigue la victoria; y aun aplicandose como debe, no hará poco en desempeñar su obligacion, si le sucede lo que á mí, que sin embargo de tanto como he leído y leo con atencion reflexiva y cuidadosa, estoy cada dia mas torpe, dudo mas, y sé menos, bien que esto dependerá de la flaqueza de mi memoria, crasitud de mi entendimiento, y limitacion de mi talento, mas no de la falta de aplicacion.

Con este motivo, con el de ser tantas las especies que contienen

(1) Card. de Luc. de Cred. & debit. disc. 31. n. 12. Senec. Epist. 89. Casiod. lib. 4. Variar. Epist. 11. Roxas in Epith. Succes cap. 1. n. 1.

los diez y nueve capítulos de esta obra, y carecer de energía y eloquencia para explicarlas sucinta, y compendiosamente, aunque en lo laconico del enseñar consiste el acierto del maestro sabio (dixo Euripides) y Horacio lo juzgó necesario, principalmente quando se escribe para la enseñanza pública, segun consta en su Arte Poetica:

Quidquid præcipies, esto brevis, ut cito dicta.

Percipiant animi dociles, teneantque fideles.

y sabiamente lo aconsejan Pitagoras, San Bernardo, y otros, no puede decir mucho en pocas palabras para que con mayor gusto se leyese, y con mas prontitud se aprendiese, y conservase en la memoria, (pues no hay duda que quanto mas breve es la materia, tanto mas facilmente se aprende y conserva, y con mayor atencion se lee, como expreso Origenes á Judit por estas palabras: *Brevis, & prudens sermo, & atentius, & libentius auditur, & memoriæ mandatur;* y la experiencia lo acredita) por lo que me ví privado de seguir enteramente aquel consejo; pero procuré ceñirme en el modo posible, y á este efecto imitando lo que escribe San Geronimo en la *Epist. 2. á Nepociano*, y dice el Concilio Tridentino, bien que á mas elevado asunto, en la *Ses. 5. cap. 2. de Reformat.* y encargan Ciceron in *Orat. 1. Lactancio Ferminian. in Proæm. divinar. instit. y Cornelio Tacito teste Plinio juniore in Epist. 20. lib. 1. de las suyas*; y considerando que escribo para principiantes ignorantes, y no para maestros consumados, reduxe cada materia á números y párrafos en método doctrinal, y estilo llano como facultativo, pues el diálogo me pareció odioso, no solo para los doctos, sino para aquellos á quienes amaneció plenamente la luz oriental del raciocinio, aunque no lo sean, el elevado, y perfraseado muy lato, obscuro, y confuso para principiantes, y por lo mismo mas adecuando á historia, ú oracion panegírica, que á ciencia y facultad, y el dialectico propio para la Cátedra, y Universidades; y así no contiene esta obra aquel tan claro, eloquente, brillante, energético, y elevado, que al parecer deseaba Séneca en un buen escritor, como se colige de su *Epist. 100.* en que dice: *Nihil invenies sordidum, electa verba sunt, non coaptata, neque hujus sæculi more contra naturam suam posita, & inversa: splendida tamen quamvis sumantur è medio;* pero si muchísimo mas sin comparacion que las de los referidos AA., (pues lo contrario seria engañar al público á pretexto de obra nueva con nuevo título) por lo que ya no las necesita el principiante, ni puede alegar ignorancia.

Aconsejaba Isocrates á los sabios y eruditos, que compusiesen un libro que fuese para todos, diciendo que así como las abejas toman lo mas útil de cada una de las flores que registran, para fabricar la dulzura de su miel; así tambien los hombres deseosos de adquirir y trasladar al papel la verdadera erudicion, deben registrar con atencion cuidadosa hasta lo mas recondito de cada facultad, y elegir lo mas selecto, para dar á la luz pública un escrito que merezca la universal aprobacion. En imitacion de tan loable consejo procuré extraer de las leyes y AA. y trasladar á esta

obra lo mas especial y seguro, á fin de complacer á todos; pero como no soy sabio ni erudito, ni estoy caracterizado, no podré lograrlo, y así experimentaré el desprecio de unos, y la alabanza de otros, como lo expresó cierto Poeta en los siguientes versos:

Diversis diversa juvan: quod spreverit unus,

Alter amat: cunctis nemo placere potest.

Por cuya razon tampoco podré gloriarme, como se gloriaba Ovidio, de que su nombre era conocido en todo el mundo, segun lo manifestó en una de sus Epístolas por éste:

Jam canitur toto nomen in orbe meum.

Siento que esta obra no incluya especies deliciosas, pues lo dulce mezclado con lo útil anima mas á leerlo, y quita toda repugnancia, como expreso Horacio en estos versos:

Omne tullit punctum, qui miscuit utile dulci;

Lectorem delectando, pariterque monendo.

Pero me queda el consuelo, de que no obstante será dulce y delectable al lector que sea Escribano, si se hace cargo que en ella podrá aprender mucho de lo que ignora, y desempeñar con mas acierto su obligacion, y al que no lo sea, de que le servirá de pauta para testar, contraer y otras cosas; y confio de su prudencia, que aunque no me hallo graduado ni caracterizado, y es sacada de disposiciones Reales, Civiles y Canónicas, y de sus Expositores (como debió serlo, pues no soy legislador para imponer leyes, sino vasallo para entender y observar las impuestas) lexos de despreciarla, la dará mayor estimacion, considerando que el grado no infunde ciencia (1), ni la carencia de él priva de tenerla: Que no está vinculado á la grandeza el saber, ni á la pequeñez el ignorar: Que como dice San Geronimo (2), no se debe atender á la opinion del Autor, sino á la razon de su doctrina: Que muchas veces el voto y parecer de uno solo, y de menor crédito suele prevalecer al de los mas, y mayor (3): Que se vale Dios de medios é instrumentos débiles para hacer mas portentosos sus prodigios, é inspira y revela á los párbulos lo que ocultó á los sabios y prudentes (4): Que con los apoyos con que va exornada, está mas afianzada mi doctrina: Que apenas hay quien no se valga de los agenos en la presente estacion para el ornamento de la suya: Y que no es poco trabajo epilogar, unir y concordar con método y claridad las proposiciones, y casos escritos y dispersos en tantos libros y leyes, á mas de otras que en ellos no se hallan, y añadí; pues Ceuxis, pintor famoso, para perfeccionar la hermosura de Elena, que ciertos Griegos deseaban colocar en un templo, hizo que le traxesen cinco doncellas las mas hermosas que se hallasen, é imitando de cada una sus mas especiales facciones, sacó un retrato peregrino.

Tienen comprendido con error visible muchos ignorantes, que el saber las leyes toca privativamente á los Jueces y Letrados,

(1) Leyes Falsa, §. 1 ff. de Condit. & demonstrat. y Senatores, ff. de Senatorib. (2) D. Hieron. super Daniel. (3) Leyes 10. tit. 14 P. 1. y 1. §. Sed neque Cod. de Veter. jur. enucleand. (4) Matth. c. 11. Luc. c. 10.

siendo así que están en castellano, se dirige su precepto á todos, y ninguno puede eximirse de observarlas, e incurrir de lo contrario en sus penas, sino el pupilo, pastor, labrador, soldado y muger, en varios casos que prescribe el derecho (1); bien que no para libertarse estos de las penas establecidas por ella contra los malhechores, pues no les sufraga alegar su ignorancia, porque no sólo por derecho positivo, sino por el natural y divino está prohibido indistintamente á todos hacer mal (2). Y para que con esta vulgaridad, hija de la estolidez, no dexé el Escribano de estudiar lo que está obligado á saber, digo que una cosa es la ley, y otra la razon en que estriva: y que hay leyes particulares, que son las que hablan solamente con cierto numero y clase de personas, á quienes, y no á otras incumbe su pericia y observancia, y hay leyes generales que hablan indistintamente con todas: y de éstas unas conciernen á testamentos y contratos, y otras á los juicios que de ellos se suscitan por la discordia de los interesados. De las que tratan de testamentos y contratos, algunas imponen pena al Escribano, si los autoriza: otras solo los invalidan por defecto de capacidad natural, ó legal de los contrayentes, ó de solemnidad, ó por ser contra su naturaleza ó substancia algunos pactos que ponen en ellos; y de todas debe conservar lo dispositivo: de las primeras para no incurrir en la pena con que le conminan, si las contraviene, y de las segundas para prevenir á los contrayentes las resultas que tendrá el instrumento, si lo otorgan, y evitarles los perjuicios que se les pueden irrogar, pues es indubitable que muchos no los otorgarian, si las supieran, y no habria tantos litigios que arruinan los pueblos y caudales mas floridos, ó á lo menos los dispondrian con tal claridad, que no dexase interpretacion siniestra y problemática su contexto. Es verdad que no imponiendo la ley pena al Escribano, ni prohibiendole autorizar el instrumento, en ninguna incurrirá, ni se le debe hacer cargo, aunque se anule, por contener algun pacto contra su naturaleza ó substancia, ó hablar solamente la prohibicion legal con el otorgante, ó por otro motivo, y que cumplirá en el fuero externo con dar fé de que los contrayentes lo otorgaron así; pero tambien lo es, que en el interno no quedará indemne y seguro, á menos que precediendo la prevencion expuesta, quieran sin embargo otorgarlo; y si ignora las leyes, no sé como ha de hacersela, ni ordenar el instrumento conforme á derecho, antes bien creo que sucederá lo que al ciego, si otro le guia.

Debe saber igualmente, aunque no con tanta puntualidad, las tocantes á los juicios, así para estender los autos y diligencias: prevenir alguna vez al Juez lo que se le pase por alto mediante el estado del pleito, y lo producido en él (pues el mas sabio lo yerra si se descuida) y conocer la justicia de los litigantes, como para los trámites y substanciacion del juicio, y exámen de testigos, especialmente en las Aldeas, en que por lo regular son legos los Jueces, y el Escribano es el que dirige su curso; pero el descifrar si la ley habla, ó no en aquel

(1) Leyes 15. 16. 20. y 21. tit. 1. P. 1. y 31. tit. 14. P. 5. (2) Ley 2. t. 2. l. 3. N. R.

easo; si se debe admitir, ó no la demanda, por ser contra derecho, ó sobre cosa juzgada, en que concurren las tres identidades de persona (aunque sea *representative*) juicio y cantidad, ó alhaja, ó no venir puesta en tiempo y forma, ó por parte, ó contra parte legitima. Si la excepcion es dilatoria ó perentoria; si por no intervenir la de cosa juzgada, litis pendencia, ó continencia de causa, deben, ó no acumularse unos autos á otros; si corresponde tal auto, ó sentencia, y la razon legal para decidir el negocio (que los Legistas llaman el *Quid juris*, y es el espíritu de las leyes) no es de su inspeccion, sino de la del Juez, el qual si yerra su determinacion, con la revocacion del superior se evitara el daño que podia causar; bien que á la verdad concibo que no se llama con propiedad saber las leyes, el tener en la memoria sus palabras, sino saber su fuerza y potestad, como dice el derecho (1), y que por eso debe el Escribano aprender y entender no sólo la ley, sino la razon de ella.

Y por si deseas saber, lector amigo, qual es el oficio de Escribano, sin detenerme en impugnar, ni satisfacer á quanto hablaron voluntariamente contra él algunos Antagonistas, que tal vez no llegaron á penetrar los motivos, utilidad y necesidad de su creacion y subsistencia en las Monarquías (mediante la falacia y beleidad humana) ni atendieron á su objeto, que es la verdad y justicia, ni á su operacion, que es liberal, te haré de paso un legal diseño, que destruye su concepto, y servirá de apologia contra sus rasgos infundados, y meramente caprichosos. La ley 3. tit. 8. lib. 1. del Fuero Real llama público y honrado al oficio de Escribano. La 2. tit. 19. Partid. 3. dice que el que lo ha de exercer, debe ser cristiano, libre, y no esclavo, de buena fama, vecino del lugar en que lo ha de usar, estar instruido en el arte de Escribanía, y guardar secreto. La 3. siguiente dice, que el poner Escribanos es uno de los ramos del señorio del Reyno, y que solo al Rey y Emperador como cabeza de éste, ó á quien su poder tenga, toca crearlos, pues no es conveniente que otro tenga facultad de poner lugar de tan gran guarda y lealtad: que son como testigos públicos en los pleitos y posturas que los hombres hacen entre sí; y que sus escritos deben ser creidos por todo el Reyno. La 14. del mismo título y Partida manda que el que deshonnare, ó hiriere algun Escribano, pague dos tantos de lo que pagaria si no lo fuese, y otras contienen mas particularidades, que omito por no ser difuso; de todas las quales (que no están derogadas, ni corregidas) se evidencia que el oficio de Escribano es noble y honorífico: que como afirma el Ilustrísimo y doctísimo Señor Don Diego Covarrubias, Gobernador que fué del Real Consejo (2), no puede probarse en derecho que sea vil, ni infame, y por consiguiente que los que lo exercen, no deben ser afrentados sino por traicion contra el Rey, ó su Reyno, porque entonces el perpetrador, aunque sea noble, incurre en infamia: ó por falsedad notoria, y no presunta, pero en este caso se le ha de recoger primero el título, privarle de su uso, y declarar antes de la imposicion de la pena que

(1) Leyes Scire 17. ff. de Legib. y 13. tit. 1. Partid. 1. (2) Covarr. pract. Quæst. cap. 19. n. 7.

ya no es Escribano. Y á vista de dichas leyes, y autoridad tan respetosa y recomendable, de que para ser admitidos los Escribanos á exámen, deben justificar con citacion del Procurador Sindico ante las Justicias de su domicilio limpieza de sangre, legitimidad, fidelidad, habilidad, buena vida y costumbres, segun lo mandan las leyes (1): de que autorizan lo que los Jueces mandan, sin lo qual no tiene valor, por lo que firman con ellos: de que por Real Cédula de 2 de Septiembre de 1784 se les distingue como á los Jueces, de los profesores de las demas artes y oficios en quanto no se les dispensa la ilegitimidad como á estos: y de que para poder autorizar los Secretarios del Despacho universal los testamentos y contratos de Personas Reales, se les expide Notaria de Reynos, sin la que no pueden practicarlos por falta de autoridad sin embargo de la alta distincion de sus empleos; me asombra la ligereza y temeridad con que algunos emulos y malévolos preocupados indicaron en sus escritos lo contrario á lo que expresa, y terminantemente disponen las leyes; pues si esto fuera como dicen, sacaríamos por consecuencia necesaria, que el noble se hacia vil é infame por ser Escribano: Que uno de los medios de incurrir en vileza é infamia, era hacer constar limpieza de toda mala raza, y de oficios viles, legitimidad de nacimiento, pureza de costumbres, habilidad y fidelidad, que es quanto bueno hay que buscar y apetecer en qualquier sugeto: Que el *fiat* ó merced que el Rey hace del oficio y autoridad á los Escribanos, era para perder su nobleza, y de dignos constituirse indignos, y las prerogativas, franquezas, libertades, é inmunidades que manda se les guarden, tan lexos estarian de serlo, que en vez de honrarlos, cederian en vilipendio y desdoro de sus personas: Que siendo como es su Magestad la fuente y origen de toda honra civil, no solo los infamaba, sino que con apariencia de honrarlos y hacerles merced, les exigia dinero por esta, y los engañaba, lo qual es ageno é impropio de la persona y dignidad Real, y el proferirlo, ó imaginarlo es enorme injuria, digna del mas severo castigo: Y que la fé publica, y las joyas humanas mas preciosas, vida honra y hacienda se depositaban en hombres ruines, quando las leyes piden que estén exornados de tan buenas qualidades, naturales y personales, y deben estarlo mas que otro alguno de la República, como que son el conducto por donde pasan la verdad y justicia.

Esta es la estimacion y autoridad que nuestras leyes fundamentales dan al oficio; pero la lástima es, que el mal proceder de algunos de sus profesores, que como dixo Solon, se corrompen por el vil interés, y venden la vida, honra y hacienda de muchos que Dios, el Rey y el pueblo depositaron en ellos, por lo que se les llama *Fieles públicos de la República* (bien que en todos estados, clases y profesiones hay buenos y malos) ha constituido á los demas en el concepto mas exécrable, y no hay cosa mas odiosa; y á la verdad se remediaria tanto daño como algunos lampones causan en el Reyno, si no hubiese mas que los precisos: ni se admitiese al que no tuviese otra cosa de que vivir que los emolumentos del oficio: ni al que no

(1) Leyes 3. 4. y 5. t. 15. l. 7. N. R. y nota 7. dicha l. y t.

fuese de familia distinguida, como sucede en varias Provincias de Europa; y aun de nuestra Peninsula: ni tampoco al que no hubiese estudiado perfectamente latinidad, y practicado diez años las leyes del Reyno en Academias que se estableciesen, precediendo luego un riguroso exámen; porque los mas como no vuelven á ver los libros despues que obtienen el título, y aunque los vean, no los entienden por estar en latin, y algunos ni aun estando en castellano, porque carecen de luces y principios (pues los romancistas ó formularistas traen poca substancia en las materias de que trato) cometen infinidad de absurdos, de que por su punible ignorancia se fomentan costosos y dilatados pleitos, lo qual me es muy doloroso, y los Tribunales, y especialmente el Consejo, que habian de estar empleados en negocios de mayor magnitud, y utilidad de la Monarquia, se ven precisados á ocupar el tiempo en oír enredos, producidos las mas veces por la impericia de los Escribanos, como la experiencia lo acredita.

No me detengo en manifestarte el origen de nuestras leyes, su variedad, ni otras cosas mas propias de erudicion jurídica que de tu oficio; si quieres saberlas, lee la Carta que Don Gregorio Mayans y Siscar escribió al Doctor Don Josef Berni, y éste puso por principio en su Instituta Civil y Real, y otros AA., y sacará tu deseo; pero te advierto que esta obra es la mas clara, completa y copiosa que sobre las materias que incluye, se conoce en nuestro idioma castellano: que en esta edicion la he corregido y mejorado: que con ella ahorras mucho dinero en compra de libros, y grandísimo trabajo en registrarlos: que comprende mas especies, advertencias y particularidades que las de los AA. referidos al principio, y aun de otros: que las que contiene son verídicas, puntuales y las mas seguras; y que habiendola consultado con Legistas del Colegio de esta Corte (en lo que seguí el consejo del Espíritu Santo, por no verme precipitado (1), como dice San Agustin), la aprobaron sin pasion, ni misericordia, (porque segun el Angélico Maestro (2) debe estar desnudo el Consejo de estas qualidades), y tuvieron por muy útil y necesaria; por lo que si te agradare, te ofrezco la segunda parte que trate de los juicios, algo mejorada, pues al modo que en otros es naturaleza la inaccion, y el ocio, lo es en mí la continua ocupacion en el estudio. Pero sino, ya sea porque te aumento el trabajo de estudiar por lo mucho que tienes que aprender en ella, ó por otra causa, no me empeñaré en desazonarte mas: y en este caso si eres *docto*, observando el contexto de los cap. XII. y XIX. de los proverbios, y el VII. versic. 6. del Ecclesiásés, me sugeto humilde, y voluntariamente á tu correccion con las palabras de la *Epist. 355. de San Bernardo*, que dice: *& cultrum cum charta mitto, ut quod dignum judicaveritis, meo gladio succidatis*, á fin de que cortes y rajes á tu discrecion, y sentiré no haberte conocido para haber cor-

(1) Proverb. 3. Aug lib. 14. cap. 13. de Civit. Dei. (2) Sanct. Tom. 2. 2. q. 30. art. 3.

regido sus defectos antes de su edicion. Si eres *émulo* tan lleno de preocupacion, y vanidad como exhausto de ciencia, y lisongeandote de que está vinculada en tí la erudicion, quieres con el usurpado, é impropio renombre de *Erudito* criticar lo que no entiendes, como lo hacen muchos de este siglo, llamado por ellos de la *Brillantéz*, é *ilustrado*, te respondo con las de *San Geronimo lib. 2. Apol. contra Ruf.* cuyo contexto es: *Audiant me libere proclamantem: Nemo cogitur legere, quod non vult: Ego petentibus scripsi, non fastidiosis, gratis, non invidis*; y en inteligencia de que escribirás con mas acierto para enseñarme, te aseguro ingenuamente que me será de suma estimacion, y aprecio tu doctrina. Y si eres *maldiciente, zoilo, momo, ó aristarcho*, te digo lo que el Reverendísimo nunca bien alabado P. M. Fr. Benito Feijóo, mi paisano, estampó en el Prólogo del sexto Tomo de su Teatro Crítico, y asimismo te dexo por cosa perdida, pues es gran perdicion, y malignidad querer hacerse ingenioso en libro ageno, no habiendo tenido aptitud, y suficiencia para serlo en el propio, segun lo indicó *Mart. lib. 1. ibi: Improbe facit qui in alieno libro ingeniosus est.*

*Cum tua non edas carpis mea carmina Leli.
Carpere, vel noli nostra, vel ede tua.*

Mas seas lo que fueres, te suplico encarecidamente, que como grato conozcas, y estimes mi esmerado zelo por la utilidad pública, y haciendome justicia, me declares, y tengas por buen patricio: que consideres el trabajo impropio que tuve, y que fué desgracia de mi ignorancia, no culpa de mi exácta diligencia el no hallar tu aceptacion: que para elevar esta obra, faltaron en mi comprehension varios materiales, que por falta de caudal no me fué posible adquirir: que hice lo que pude, y quando la emprendí no creí hacer tanto: y que en empresa de esta magnitud (cuya perfeccion es, sino imposible, á lo menos sumamente árdua, y difícil para quien carece de los principios elementales de la Jurisprudencia) cumplí con agregar, y concretar clara, ordinal, y metódicamente una multitud de especies, y añadir otras que no tocaron los AA., para que repartidas, y aplicadas por tu mano, como mas diestra, y práctica, pueda elevarse con regla, proporcion, y simetria el edificio que no pensé, ni acerté á construir: y como prudente disimules los defectos de mi rudo Syntaxis, y demas que contenga, pues el carecer de ellos, entender lo que vemos, y tocamos, y saberlo todo, no cabe en fuerzas humanas, segun el mismo Dios para abatir y confundir nuestra soberbia, é iluminar nuestra ceguedad, nos dá á entender en el libro de la Sabiduría (1): dixo discretamente el Emperador Justiniano: y lo esculpió Pitagoras en una piedra que estaba puesta en la puerta de su Academia; que yo pido al Cielo te comunique la luz competente, para que desprendido de tus pasiones, desempeñes tu obligacion. VALE.

(1) *Difficile æstimamus, quæ in terra sunt, & quæ in prospectu sunt, invenimus cum labore. Sap. 9. vers 16.*

§. I.

Del Testamento, sus divisiones y diferencias: quién puede hacerlo, y cómo: lo que debe contener para su validacion, y otras cosas.

1 **T**estamento es un testimonio en que se encierra, é se pone ordenadamente la voluntad de aquel que lo hace, estableciendo en él su heredero, ó repartiendo lo suyo en aquella manera, que él tiene por bien que finque lo suyo despues de su muerte (1).

2 El hacer Testamento, y disponer cada uno de sus bienes para despues de su muerte, es de derecho público (2), su forma y solemnidad es de derecho civil segun la sentencia común (3). Ninguna cosa pide mas cuidado, mas saviduria y claridad que la disposicion de un Testamento. El hombre mientras vive puede corregir sus yerros; pero quando dexa de existir ya no puede evitar las contiendas, y los funestos efectos que causan la ignorancia y la obscuridad de su Testamento. Para evitar estas fatales conseqüencias debe otorgarle estando sano: debe consultarlo con personas doctas y timoratas: debe sobre todo implorar los auxilios divinos, y de esta suerte descargará su conciencia y conseguirá el acierto haciendo á sus herederos el bien que les desea (4).

3 Esta palabra *Testamento* se compone de los nombres latinos *testatio* y *mens* (5), que tanto quieren decir como testimonio de la voluntad del hombre: es de dos maneras: *solemne* y *privilegiado*. El solemne es el que consta de todos los requisitos y solemnidades prescriptas por derecho para su estabilidad, como el que todos los hombres (generalmente hablando) hacen. El privilegiado ó no solemne es el que aunque carezca

(1) *Leyes 1. tit. 1. P. 6. y 1. ff. Qui testam. facere pos. Institut. in princip. de Testam. ordinand.* (2) *Ley Testam. 3. ff. Qui testam. facere pos.* (3) *Carpio de Executorib. lib. 2. cap. 6. n. 3. al 5.* (4) *Proem. del tit. 1. part. 6.* (5) *Ley 1. tit. 1. Part. 6.*

regido sus defectos antes de su edicion. Si eres *émulo* tan lleno de preocupacion, y vanidad como exhausto de ciencia, y lisongeandote de que está vinculada en tí la erudicion, quieres con el usurpado, é impropio renombre de *Erudito* criticar lo que no entiendes, como lo hacen muchos de este siglo, llamado por ellos *de la Brillantéz*, é *ilustrado*, te respondo con las de *San Geronimo lib. 2. Apol. contra Ruf.* cuyo contexto es: *Audiant me libere proclamantem: Nemo cogitur legere, quod non vult: Ego petentibus scripsi, non fastidiosis, gratis, non invidis*; y en inteligencia de que escribirás con mas acierto para enseñarme, te aseguro ingenuamente que me será de suma estimacion, y aprecio tu doctrina. Y si eres *maldiciente, zoilo, momo, ó aristarcho*, te digo lo que el Reverendísimo nunca bien alabado P. M. Fr. Benito Feyjóo, mi paisano, estampó en el Prólogo del sexto Tomo de su Teatro Crítico, y asimismo te dexo por cosa perdida, pues es gran perdicion, y malignidad querer hacerse ingenioso en libro ageno, no habiendo tenido aptitud, y suficiencia para serlo en el propio, segun lo indicó *Mart. lib. 1. ibi: Improbe facit qui in alieno libro ingeniosus est.*

*Cum tua non edas carpis mea carmina Leli.
Carpere, vel noli nostra, vel ede tua.*

Mas seas lo que fueres, te suplico encarecidamente, que como grato conozcas, y estimes mi esmerado zelo por la utilidad pública, y haciendome justicia, me declares, y tengas por buen patricio: que consideres el trabajo impropio que tuve, y que fué desgracia de mi ignorancia, no culpa de mi exácta diligencia el no hallar tu aceptacion: que para elevar esta obra, faltaron en mi comprehension varios materiales, que por falta de caudal no me fué posible adquirir: que hice lo que pude, y quando la emprendí no creí hacer tanto: y que en empresa de esta magnitud (cuya perfeccion es, sino imposible, á lo menos sumamente árdua, y difícil para quien carece de los principios elementales de la Jurisprudencia) cumplí con agregar, y concretar clara, ordinal, y metódicamente una multitud de especies, y añadir otras que no tocaron los AA., para que repartidas, y aplicadas por tu mano, como mas diestra, y práctica, pueda elevarse con regla, proporcion, y simetria el edificio que no pensé, ni acerté á construir: y como prudente disimules los defectos de mi rudo Syntaxis, y demas que contenga, pues el carecer de ellos, entender lo que vemos, y tocamos, y saberlo todo, no cabe en fuerzas humanas, segun el mismo Dios para abatir y confundir nuestra soberbia, é iluminar nuestra ceguedad, nos dá á entender en el libro de la Sabiduría (1): dixo discretamente el Emperador Justiniano: y lo esculpió Pitagoras en una piedra que estaba puesta en la puerta de su Academia; que yo pido al Cielo te comunique la luz competente, para que desprendido de tus pasiones, desempeñes tu obligacion. VALE.

(1) *Difficile æstimamus, quæ in terra sunt, & quæ in prospectu sunt, invenimus cum labore. Sap. 9. vers 16.*

§. I.

Del Testamento, sus divisiones y diferencias: quién puede hacerlo, y cómo: lo que debe contener para su validacion, y otras cosas.

1 **T**estamento es un testimonio en que se encierra, é se pone ordenadamente la voluntad de aquel que lo hace, estableciendo en él su heredero, ó repartiendo lo suyo en aquella manera, que él tiene por bien que finque lo suyo despues de su muerte (1).

2 El hacer Testamento, y disponer cada uno de sus bienes para despues de su muerte, es de derecho público (2), su forma y solemnidad es de derecho civil segun la sentencia común (3). Ninguna cosa pide mas cuidado, mas saviduria y claridad que la disposicion de un Testamento. El hombre mientras vive puede corregir sus yerros; pero quando dexa de existir ya no puede evitar las contiendas, y los funestos efectos que causan la ignorancia y la obscuridad de su Testamento. Para evitar estas fatales conseqüencias debe otorgarle estando sano: debe consultarlo con personas doctas y timoratas: debe sobre todo implorar los auxilios divinos, y de esta suerte descargará su conciencia y conseguirá el acierto haciendo á sus herederos el bien que les desea (4).

3 Esta palabra *Testamento* se compone de los nombres latinos *testatio* y *mens* (5), que tanto quieren decir como testimonio de la voluntad del hombre: es de dos maneras: *solemne* y *privilegiado*. El solemne es el que consta de todos los requisitos y solemnidades prescriptas por derecho para su estabilidad, como el que todos los hombres (generalmente hablando) hacen. El privilegiado ó no solemne es el que aunque carezca

(1) *Leyes 1. tit. 1. P. 6. y 1. ff. Qui testam. facere pos. Institut. in princip. de Testam. ordinand.* (2) *Ley Testam. 3. ff. Qui testam. facere pos.* (3) *Carpio de Executorib. lib. 2. cap. 6. n. 3. al 5.* (4) *Proem. del tit. 1. part. 6.* (5) *Ley 1. tit. 1. Part. 6.*

de ellas, tiene validacion y firmeza por especial privilegio (1), v. gr. el que los Soldados ordenan en campaña; pero es preciso que ambos contengan institucion de heredero, porque si carecen de él, se estimaran solamente por últimas voluntades (a).

(1) § Ante hæredis 34. Institut. de Legat. §. In primis 1. Institut. de Fideicomiss. hæreditat. Leyes Proxime 3. ff. de His, quæ in testamento delent. Quod per maris 10. ff. de Jure codicil. & Jubemus 29. Cod. de Testament.

(a) En las notas del Febrero Reformado tomo 1. pag. 38 dándose una inteligencia equivocada á la ley 1. t. 18. l. 10. N. R. se niega que la institucion de heredero sea un atributo esencial del testamento, teniendo por ridícula, inútil y vana la distincion que hacen comunmente los intérpretes, entre lo que se llama propiamente testamento, el codicilo y la última voluntad. La institucion de heredero es la que le constituye esencialmente, y le distingue del codicilo, y de la última voluntad. Esta es la diferencia del codicilo nuncupativo, y del testamento nuncupativo de que trata con distincion la ley 3. de Toro.

Esta misma distingue el codicilo cerrado del testamento cerrado, y en ella se expresa muy por menor las razones en que se funda la mayor solemnidad exigida por la ley para el uno que para el otro. Solo es testamento propia y legalmente aquel acto en que el hombre nombra un sucesor que posea y goce sus bienes despues de su vida. *Fundamento ó raiz de todos los testamentos de qual natura quier que sean, es establecer herederos en ellos*, dice el Proemio del tit. 3. part. 6. Las demás disposiciones particulares, ó son codicilos, ó últimas voluntades que no excluyen la sucesion legal ab intestato. Estas voces conservan todavía acepciones ó significados diversos propios de cada una de ellas con derechos y reglas diferentes autorizadas por las leyes, y las de Toro que son posteriores á la referida ley 1. Rec. unas veces hacen esta distincion y otras la suponen. La ley 4. en su texto usa de las tres palabras de testamento, codicilo ó otra qualquiera última voluntad. Quando v. gr. el testamento se rompe por causa de la pretericion ó exheredacion valen las mejoras, y así lo ordena la ley 24. de Toro. Este acto no es testamento, pues la ley lo declara roto. Tampoco es codicilo, es última voluntad que la ley quiere que valga. No separando las ideas, se trastornaria gran parte de la legislacion testamentaria, y se introduciría la confusion. El objeto de dicha ley 1. Rec. fué derogar un derecho antiguo, por el qual no habiendo en el testamento institucion de heredero, no valian las mandas y demás disposiciones de él, y así ordenó que teniendo el testamento la solemnidad de testigos que la misma ley previene, subsistiesen los legados y demás disposiciones aunque no se hiciese institucion de heredero. En esto no se hizo otra cosa que habilitar la voluntad del testador, porque en efecto no parecia justo que se privase á los legatarios del beneficio que con todo conocimiento quiso hacerles, ni dexase de cumplirse qualquiera otra disposicion que hiciese, la qual no tenia en el ánimo del mismo testador dependencia alguna de la institucion, que para él era una cosa absolutamente separada. Es verdad que

4 El solemne es de dos maneras *nuncupativo* y escrito (1). El *nuncupativo* ó *abierto*, llamado así porque se otorga clara y distintamente á presencia de personas que oyen su contexto, puede otorgarse de dos maneras: la una ante Escribano público y testigos; y la otra ante estos solamente en cédula, ó memoria, ó de palabra, aunque haya Escribanos en el pueblo, pues no es precisa su asistencia (2). Estos testigos deben estar adornados de todas las qualidades que el derecho requiere, á saber: que sean varones mayores de catorce años, libres de esclavitud, de buena vida y fama, rogados para presenciarse el Testamento (a) por el Testador, el Escribano, ú otro en su nom-

usó de la palabra testamento, pero fué en un sentido amplio, vulgar y comun, que abraza toda la última disposicion, á la manera que decimos un hombre muerto, no obstante que un hombre muerto no es hombre; un testamento nulo, aunque el testamento nulo no es testamento. No fué su propósito identificar cosas enteramente diversas, ni alterar sus esencias.

(1) Leyes 1. y 2. titul. 1. P. 6. 103. tit. 18. P. 3. y Hac consultissima 21. Cod. de Testam. y §. Sed hæc 14. Institut. de Testam. ordinand. Parlad. different. 15. (2) Ley 1. tit. 18. lib. 10. N. R. y ley 102. tit. 18. P. 3. Matienz. en dicha ley 1. glos. 3. n. 2. glos. 6. n. 2. glos. 7. n. 1.

(a) La rogacion de los testigos ordenada por las leyes de partida, tanto para el testamento abierto, como para el cerrado, se dirige á hacer constar á los testigos la seriedad del acto, y que no duden de que han sido llamados para que sirvan de tales y presenciense la celebracion del testamento, pues quando los testigos no sabian para lo que eran llamados, todo el acto se entendia nulo. Las leyes no han querido que los testigos depongan de un acto tan importante como lo hacen de otras cosas que ven, oyen ó que encuentran al paso por accidente y sin designio. Han de ser prevenidos, advertidos, cerciorados ó requeridos de que se exige su presencia ó testimonio para el acto de hacer testamento. Esto es lo que significa rogacion en el caso presente, y no súplica como han querido entenderlo muchos AA, de que ha nacido la diversidad de opiniones sobre este requisito. El Autor de las notas del Febrero Reformado, pretende estar derogadas dichas leyes de partida, porque las recopiladas que prescriben las solemnidades del testamento, no hacen mencion de la rogacion. Pero es de advertir que en las leyes recopiladas no se prescriben de propósito todos los requisitos del testamento, porque se suponen prescriptos en las de partida: solo se trata de algunos respectivos á los testigos en que hicieron novedad, quedando por consiguiente en su fuerza y vigor todo lo demas no derogado. Así es, que son indispensables otras solemnidades ordenadas en las leyes antiguas aunque no sean mencionadas en las leyes de Recopilacion. El Señor Gregorio Lopez dice que aunque el Escribano no dé fe de la rogacion de los testigos, se puede probar con dos, y que del hecho de consentir el testador que firmen, ó que se les nombre, parece ó se presume que fueron rogados. Esta es una consideracion muy natural respecto del testamento cerrado, pero no respecto del testamento nuncupativo, en el qual es indispensable que los testigos al tiempo del

bre, y escritos ó nombrados en él (1). En quanto á los que son necesarios hoy en su otorgamiento ó publicacion, intervenga ó no Escribano, trata la ley 1. t. 18. l. 10. N. R. cuya primera parte dice: *Si alguno ordenáre su Testamento, ú otra postrimera voluntad con Escribano público, deben ser presentes á lo ver otorgar tres testigos á lo menos, vecinos del lugar donde el Testamento se hiciere; y si lo hiciere sin Escribano público, que sean ahí á lo menos cinco testigos vecinos, segun dicho es, si fuere lugar donde los pudiere haber, y si no pudieren ser habidos cinco testigos ni Escribano en el dicho lugar, á lo menos sean presentes tres testigos vecinos del tal lugar; pero si el Testamento fuere hecho ante siete testigos, aunque no sean vecinos, ni pase ante Escribano, teniendo las otras calidades que el derecho requiere, valga el tal Testamento, aunque los testigos no sean vecinos del lugar donde se hiciere el Testamento (a)*. El interesado en la validacion del Testamento, debe probar la vecindad como hecho, si se la niegan, porque quando la ley requiere alguna qualidad en los testigos, no se presume, sino la prueba el que se vale de ellos (2): ademas que esta solemnidad no solo

otorgamiento oigan la disposicion, y asi debe prevenirseles de que se les llama precisamente para esto. Las leyes de partida no dispensaron este requisito ni aun para el testamento militar, sino quando se hace en aquellos momentos de peligro, en que no se puede menos de hablar pronto y de veras. Y acaso porque las leyes de partida tomasen esta formalidad del derecho romano dexará de ser necesaria? Dice el Reformador que las leyes de la Recopilacion no se acomodan como las de partida á las formalidades ó sutilezas del derecho romano. Este es un absurdo, un desprecio infundado del código mas sabio y metódico que se ha conocido en la Europa, un ultrage del legislador y de los sabios que le formaron, y una prueba de su falta de inteligencia aun de nuestra lengua, y de la fuerza de las palabras. En efecto formalidad y sutileza dicen dos cosas, ó dan dos ideas enteramente distintas, y en el modo con que el Reformador se explica parecen una misma.

(1) Leyes 1. y 9. tit. 1. P. 6. Gom. en la 3. de Toro, n. 23. y sig. Flores de Mena, lib. 1. Variar. quest. 1. n. 26. Matienz. en dicha ley 1. tit. 4. glos. 8. n. 1. al 8.

(2) Habiendo sido llamados para presenciar el testamento mas testigos de los cinco necesarios, basta que estos digan que lo oyeron, aunque los demas declaren que no lo han oido l. 21. *qui testam. fac. poss.* En efecto se dá mas crédito á los testigos afirmativos que á los negativos.

(2) Mascard. de Probat. part. 3. conclus. 1249. Mat. en la ley 1. glos. 5. n. 13. tit. 4. lib. 5. R. Burg. de Paz, ley 3. de Toro, part. 1. concl. 3. a. 521. y Aceved. en dicha ley 1.

es probatoria, sino substancial, y como tal no se puede suplir con otras pruebas (1).

5 No pudiendo ser habidos siete testigos no vecinos al tiempo del otorgamiento de un Testamento, se duda si serán bastantes cinco, concurriendo el Escribano, y respondo que sí, porque el Escribano supone por dos, que con los cinco son los siete que pide la ley. De lo qual infiero, que si el Testamento hecho ante siete testigos no vecinos, y sin Escribano, es válido: tambien debe serlo el otorgado ante cinco, y el Escribano: y asi se practica. Infiero asimismo, que aunque la ley 3. y 7. t. 15. y 23. l. 7. y 10. N. R. prohibe á los Escribanos Reales autorizar contratos y Testamentos en donde los hay numerarios, pena de nulidad, y otras, excepto en la Corte y Chancillerias; puede haber no obstante algun motivo especial para que se otorguen ante ellos, y entonces serán válidos. Por exemplo, una muger casada se ve ostigada y oprimida de su marido para que le instituya heredero contra su voluntad, y con el fin de obrar con libertad, y evitar malos tratamientos y desavenencias, otorga su Testamento ante un Escribano Real, sin embargo de haberlo Numerario, y de cinco testigos no vecinos. Este Testamento será válido, porque se verifica ser otorgado ante siete, respecto suponer por dos el Escribano: y si á este no se graduare de tal por la prohibicion legal, se publicará y practicarán las diligencias que se practican con el que se hace por cédula, ó de palabra ante testigos sin Escribano, de que trataré mas adelante. Para evitar en este y otros casos semejantes todo motivo de disputa, y que se declare nulo el Testamento, hará el Escribano Real que concurren siete testigos que sepan firmar, y que lo firmen, con lo qual no se puede alegar nulidad, ni que murió intestada la Testadora, sin embargo de no ser vecinos, pues si concurriendo siete sin esta qualidad, vale el Testamento aunque no intervenga Escribano, con superior razon debe valer concurriendo los mismos siete con él, ya se le gradúe, ó no de tal. Tendrá esto muy presente el Escribano para evitar á los Testadores el desconsuelo de no poder disponer á su arbitrio de sus bienes, y de que los hereden personas que

(1) Flores de Mena, lib. 1. Variar. quest. 1. n. 67. y 68. y otros que cita.

les son desafectas, y á quienes de modo alguno instituirian por sus herederos. La ley apetece la vecindad en los testigos de los Testamentos por dos razones: la una porque como mas dignos, por razon del conocimiento del Testador, merecen mas fé, pues con ellos se puede probar mejor su otorgamiento; y la otra, porque la qualidad de vecindad suple la falta del mayor número que el derecho antiguo exigia en su publicacion ú otorgamiento, y asi se subroga aquella en el lugar de éste; acerca de lo qual vease á Matienzo en la glos. 5. de la ley inserta, y á los que cita.

6 Se llama vecino el natural de estos Reynos, que tiene casa en el Pueblo propia ó alquilada, y la habita con su familia: que está en ánimo de permanecer en él por algun tiempo, aunque no sean diez años, ni posea hacienda raiz: que sufre las cargas que los demas moradores de él, y es tenido y reputado por tal, pues no basta que sea originario; por lo que todos los que se hallan empleados en esta Corte con oficio ú otro destino, habitando con su familia, ya sean casados ó solteros, y tienen ánimo de permanecer en ella, porque les precisa su ocupacion, se deben tener y reputar por vecinos, sin embargo de que se diga que ésta es patria comun, y que todos son transeúntes, porque transeunte es el que va de una parte á otra, v. gr. el Soldado, el Arriero ó Traginante, y por lo mismo en ninguna de aquellas por donde pasa fija su domicilio, ni tiene ánimo de subsistir: y no el que lo tiene, y está arraigado con su familia, hogar y casa propia, ó agena alquilada en su cabeza y destino, ya sea arte, oficio ó empleo. Pero si está en posada, ó es pretendiente, no se le debe reputar por vecino, sin embargo de que tenga aqui su familia, porque su ánimo no es permanecer, sino irse quanto antes logre lo que pretende: y lo mismo procede para con los hijos de familia que viven baxo la potestad de sus padres, y con los criados domésticos solteros que están y comen en casa, y á expensas de sus amos (1); mas no, si están casados y habitan fuera de la casa de éstos con la racion que les dan; y asi se advierte al Escribano que no autorice en esta Corte, ni en otros Pueblos se-

(1) Matienz. en la ley 1. tit. 4. lib. 5. R. glos. 5. n. 2. al 10. Flores de Mena, de Var. quæst. 1. n. 6. al 11. lib. 1. y otros que cita.

mejantes Testamentos ante tres testigos solos, á menos que le conste de su vecindario, pues como aqui apenas suelen conocerse los que viven en una casa, puede viciarse por defecto de esta qualidad, y si da fé de que son vecinos, y se verifica despues lo contrario, será castigado (a).

7 Para llamarse vecino el extranjero, ha de obtener privilegio de naturaleza, ó convertirse en estos Reynos á nuestra santa Fé, y establecer su domicilio en ellos. Tambien lo será, si pide y le dan vecindad en algun Pueblo, ó se casa con muger natural, y habita domiciliado en él, (previniendo que si ésta no es natural, se hace por el mismo hecho del domicilio de su marido); ó se arraiga, comprando y adquiriendo bienes raices; ó viene á morar y exercer oficios mecánicos; ó tiene tienda en que vende por menor; ó en el Concejo obtiene oficios públicos honoríficos, ó cargos de qualquier género, que solo pueden tener los naturales; ó goza de los pastos y comodidades que son propios de los vecinos; ó habita casa poblada diez años en estos Reynos; y en otros casos en que conforme á derecho Comun, Reales órdenes, y leyes de ellos adquiere naturaleza el extranjero, y está obligado á las mismas cargas que los naturales, porque participa de sus utilidades (1).

8 El Testamento escrito ó cerrado es aquel en que el Testador manifiesta su voluntad no de palabra, sino por escrito, y debe otorgarse indispensablemente ante Escribano, y siete testigos de las calidades referidas: si no interviene Escribano por no haberlo en el Pueblo, se anulará, sin embargo de que se añada un testigo mas, como en el Testamento del ciego, porque la ley Real quiere que intervenga precisamente; bien que algunos dicen lo contrario, mas no debe se-

(a) Quando la ley pide que los testigos del testamento sean vecinos del lugar, no se ha de entender que hayan de ser precisamente cabezas de familia, pueden serlo tambien los hijos de familia que tengan la edad prevenida por derecho. Los hijos de vecino son tambien vecinos en la misma vecindad de su padre, vecino en esta y en las demás materias que constituyen la existencia civil, equivale á *civis* ó ciudadano; y entre nosotros como entre los romanos, por lo general es verdadera la máxima *filius familias in iis quæ ad jus publicum pertinent pro patre familias habetur*. El hijo de familias es tenido en todo lo perteneciente al derecho público por padre de familias.

(1) Ley 5. tit. 11. lib. 6. N. R.

guirse, sobre lo qual vease á Matienzo en la ley 2. t. 4. l. 5. R. glos. 4. Y aunque no es necesario que los testigos sean vecinos del lugar en que se otorga, por no mandarlo la ley (1), debe sin embargo expresarse de dónde lo son, para que quando llegue el caso de su apertura, se pueda ir á recibirles sus deposiciones.

9 Puede escribirlo el Testador en papel sellado ó blanco, y firmarlo, si sabe y puede, y si no, qualquiera persona de su satisfaccion lo puede estender de su mandato, pues por no saber leer ni escribir, no le privan las leyes de testar *in scriptis* como al ciego, y despues de escrito y cerrado con lacre, oblea, ú otra cosa que lo asegure, ha de entregarlo al Escribano para que estienda el otorgamiento en su cubierta, y á su presencia lo signe y firme con todos los testigos, y estando todos juntos, decir á éstos: *Este es mi Testamento, ruegos que escribais en el vuestros nombres.* Cuya solemnidad es conforme á la ley 2. tit. 1. Partid. 6. que manda igualmente que lo sellen con sus sellos, bien que esto no se practica; y la de los testigos que deben intervenir en su otorgamiento, consta de la tercera de Toro, que es la l. 2. t. 18. l. 10. N. R. y dice: *Ordenamos y mandamos que la solemnidad de la ley del ordenamiento del Señor Rey D. Alonso de suso contenida, que dispone quantos testigos son menester en el Testamento, se entienda, y platique en el Testamento abierto, que en latin es dicho nuncupativo, ahora sea entre los hijos, ó descendientes legitimos, ahora entre herederos estraños; pero en el Testamento cerrado, que en latin se llama in scriptis, mandamos que intervengan á lo menos siete testigos con un Escribano, los quales hayan de firmar encima de la Escritura del dicho Testamento, ellos y el Testador, si supieren, y pudieren firmar; y si no supieren, y el Testador no pudiere firmar, que los unos por los otros firmen, de manera que sean ocho firmas, y mas el signo del Escribano:::*

10 Esta legal forma, y solemnidad como de derecho mas nuevo que el de las Partidas, es la que se observa: de suerte que si el Testador no sabe, ó no puede escribir, á lo menos llevandole, ó gobernandole alguno la mano tremula, (pues en este ultimo caso puede hacerlo á presencia del Escribano, y

(1) Ley 2. tit. 18. lib. 10. N. R. Mat. en ella-glos. 2. y 3.

testigos (1) sin que por esto se vicie, ni anule, y asi se practica) debe firmar por él uno de los testigos: si alguno, ó algunos de estos no saben, firmará por ellos otro, y si el Testador, y seis de los siete testigos tampoco saben, ó no pueden firmar, basta que firme por todos el que sepa: primero por el otorgante, ó Testador, luego por sí como testigo, y despues por los demás, expresando el nombre, y apellido de cada uno, v. gr. *Testigo á ruego del otorgante: Pedro Rodriguez = fui testigo: Pedro Rodriguez. = Testigo á ruego de Juan Fernandez: Pedro Rodriguez. = Testigo á ruego de Diego Rubio: Pedro Rodriguez, = &c.* El Escribano ha de prevenir en el otorgamiento que este testigo firmará por sí, por el Testador, y por los testigos restantes á causa de no saber, ó no poder, y luego lo suscribirá, signará, y firmará, como lo manda la ley, de modo que sean ocho firmas, y ademas la suya, y su signo, pues no son suficientes una por el Testador, otra por sí, y otra por los demas testigos (2). Autorizado que sea el otorgamiento, lo entregará al Testador, para que lo guarde si quiere, pues debe parar en su poder, ó en el de la persona que elija, y no en el del Escribano, como tal, hasta que se abra, y publique, por no ser hasta entonces instrumento público, para que se eviten las sospechas, que aparenta Colon en su Instruccion juridica lib. 3. cap. 4. contra el mismo Escribano, y testigo firmante, y es lo que se observa: de esta suerte no se priva el Testador de testar *in scriptis*, no sabiendo firmar á lo menos tres testigos, como quiere dicho Autor; cesa el fin de su opinion, y se desvanecen las tempestuosas nubes de fraude con que pretende arruinar su legalidad, sin hacerse cargo de que el Escribano, y el testigo no pueden heredar, y que no teniendo interés, seria demasiada necedad gravar sus conciencias.

11 Pero si el Testador no sabe firmar, ó aunque sepa, si no sabe á lo menos uno de los testigos, no puede testar *in scriptis*, pues no basta que el Escribano firme por sí, por el otorgante, y por los testigos, ni debe, sin embargo de que algunos con error, y sin legal fundamento lo afirman, porque la ley

(1) Mat. en la ley 2. tit. 4. lib. 5. R. glos. 2. y 6. n. 4. Gre. Lop. en la ley 1. tit. 1. P. 6. glos. 11. (2) Gom en la ley 3. de Toro, n. 23. al 31. Mat. en dicha ley 2. glos. 2. n. 3. y 4. y glos. 7. n. 4.

de Toro inserta no le concede tal potestad, ni la ley 2. tit. 1. Part. 6. que dice: *E ruegoos que escribais en él vuestros nomes, é que lo selleis con vuestros sellos; é el otro si debe escribir su nome, ó facerlo escribir en fin de los otros testigos ante ellos, diciendo así: yo otorgo que este es el Testamento, que yo fulano fice, é mandé escribir.* Ni tampoco la 103. tit. 18. Part. 3. que trae la forma de ordenar los Testamentos, y contiene lo siguiente: *E si por aventura el que lo ficiere, non quisiere que los testigos supiesen lo que es fecho en él, puedelo mandar facer al Escribano en poridad: é despues que fuere fecho, deben los testigos sobredichos escribir en él sus nombres, é sellarlo de sus sellos, así como dicen las leyes de nuestro libro en el título de los Testamentos;* de suerte que por nuestro derecho Real son un requisito formal, y preciso las firmas referidas, y es necesario su reconocimiento antes de la apertura del Testamento, pudiendo ser habidos los testigos. Si á lo menos uno de ellos no sabe escribir, no debe el Escribano otorgar el Testamento aunque el Testador sepa, pues aunque es cierto que si lo hace no incurre en pena alguna por no haber ley que se la imponga, tambien lo es que se le tendrá por ignorante, y el Testamento será nulo (1).

12. Tres circunstancias deben concurrir precisa, indispensable y copulativamente en el otorgamiento ante Escribano, ó publicacion del Testamento, ú otra última disposicion, para que no se invalide. La primera, que todos los testigos no solo oigan hablar, sino que á un propio tiempo, aunque sea en el de peste, vean al Testador, por lo que el ciego, y el sordo no pueden serlo á causa de carecer de vista y oido, como adelante diré. La segunda, que entiendan perfectamente hasta la parte mas mínima del contexto del abierto, y del otorgamiento del cerrado, para que siendo interrogados, puedan deponer contextes y uniformes, y firmen éste en los términos explicados en el n. 10. Y la tercera, que mientras se lee y otorga, ó pública, estén todos presentes sin faltar ni uno; cuya presencia, y demas circunstancias se requieren por forma, y solemnidad substancial y probatoria, en tanto grado, que no basta que al-

(1) Gom. en la ley 3. de Toro, n. 31. Mat. en la 2. cit. glos. 2. n. 3. versic. Tertio ege nostra: y glos. 6. n. 3. y 4.

ganos de ellos oigan parte de él, y los demas lo restante, ni que el Testador manifieste separadamente á cada uno en distintos dias, ú horas su voluntad, antes bien todos juntos en un mismo acto, lugar y tiempo sin intermision la han de oír íntegramente de su boca, pues de lo contrario serán singulares y no contextes, y como tales no harán prueba, ni habrá Testamento (1). Todas estas solemnidades son de tal naturaleza necesarias, que si el Escribano omite alguna, basta para que se vicie y anule el Testamento (2), por ser de forma y substancia del acto (3). Tambien es indispensable que el Testador hasta concluir el otorgamiento no se mezcle en cosa diversa, ni pase á otro acto que no sea naturalmente necesario: si lo hiciese, no valdrá, á menos que intervenga especial privilegio (4); ni tampoco deben separarse los testigos, porque como acto individuo no admite intermision, ni separacion, y si se separan, no podrán saber, oír, ni deponer de todo su contexto (5) (a). Siendo otorgados los Testamentos con estas circunstancias, y con el número de testigos correspondiente á sus respectivas clases, no pueden ser rescindidos, aunque para ello intervenga rescripto del Príncipe (6).

13. Para todos los Testamentos abiertos y cerrados de marido y muger, ó de otras personas que testen separadamente,

(1) Leyes Casus 8. Si non speciali 9. Hac consultissima 21. y Cum antiquitas 28. Cod. de Testam. y leyes Qui testamento 20. y Heredes palam 21. ff. Qui testamenta facere pos. y ley 1. tit. 18. lib. 10. N. R. ibi: *deben ser presentes á lo ver otorgar*: Matienz. en esta, glos. 4. n. 1. al 4. Gomez en la 3. de Toro n. 33. 47. y 48. Castillo en ella, verb. Intervenga: (2) Ley Si unus, Cod. de Testam. (3) Ley Cum hi, §. Si prator addictus, ff. de Transact. Gom. en la 3. de Toro, n. 32. (4) Dichas leyes Heredes palam, ff. y Si non speciali, Cod. y ley 3. tit. 1. P. 6. (5) Ley Cum. antiquitas cit. & ibi. Bald. Cod. de Testam. Castill. en la 3. de Toro, verb. Intervenga: (a) Si despues de hecho el testamento quisiese el testador mudar alguna cosa de su disposicion, debe intervenir la solemnidad legal como si testase ó codicilase; pero si habiéndose producido con palabras ambiguas, obscuras ú equivocas en la institucion de heredero ó en las mandas quisiese declararlas para que no se dude de su voluntad, puede hacerlo como le parezca por escrito ó de palabra, l. 21. *qui testam. fac. poss.*: pues siempre como se dice en esta ley, se habrán de resolver por conjeturas verosimiles estas dudas.

(6) Ley 10. Cod. de Testam. Matienz. en la 2. cit. glos. 2. hasta la 7. y en ella, y en la 1. Acevedo, y en la 3. de Toro, Gom. y Burg. de Paz.

ó juntas de conformidad, (ya sean los herederos legítimos ó estraños), ha de intervenir en su otorgamiento la respectiva solemnidad y calidad de testigos expresada, sin que por ser dos ó mas los otorgantes, se necesiten mas testigos, pues bastan los referidos (1), y asi se practica.

14 El ciego no puede hacer sino Testamento nuncupativo (2), y en el otorgamiento de él deben intervenir con precision cinco testigos, y no menos, como lo dice expresamente la ley 2. t. 18. l. 10 N. R. *T mandamos que en el Testamento del ciego intervengan cinco testigos á lo menos*: la qual corrige en quanto á su número la 14. tit. 1. Part. 6. que manda sean siete, y un Escribano público (a), para que no sea engañado, ni se le suplante una escritura por otra, lo qual no puede suceder al que tiene vista, aunque no sepa leer, pero no es preciso que sean vecinos, porque ninguna ley lo previene, y asi aunque carezcan de esta qualidad, si tienen las demas, valdrá el Testamento otorgandose por Escribano. Debe firmarlo á ruego del ciego uno de los testigos, como en todos los instrumentos lo previene la ley (3), pues solo siendo el Testamento cerrado, es indispensable que firmen todos los testigos, ó unos por otros, mas no en disposicion testamentaria nuncupativa; bien que aunque la firmen todos, no se anulará, porque lo que abunda, no daña, y la ley no lo prohíbe.

15 Si no concurre, ni puede ser habido Escribano, deben estar presentes á su otorgamiento ocho testigos, segun lo man-

(1) Burg. de Paz, en dicha ley 3. de Toro n. 1230. y sig. Castell. ibi verb. Siete testigos: vers. Dicitur hic in textu. Matienz. en la ley 2. tit. 4. lib. 5. R. glos. 6. n. fin. (2) Leyes Hac consultissima 8. Cod. Qui Testamenta facere pos. y 14. tit. 1. Part. 6. Matienz. en dicha ley. 12. glos. 8. n. 2. y 3.

(a) En efecto la ley de partida que se cita está derogada por la ley 3. de Toro, en la qual se ordena que en el testamento del ciego intervengan cinco testigos á lo menos. Siempre han de ser cinco á lo menos, y los cinco bastan siendo vecinos del lugar, como en el testamento nuncupativo. De aqui es, que tampoco puede otorgar testamento ante tres vecinos del lugar, aunque no haya mas vecinos é intervenga Escribano. Pero si se otorgase ante él no es necesario que los cinco testigos sean vecinos del lugar, pues con el Escribano son siete testigos, número que en todo testamento releva de la circunstancia de vecindad.

(3) Mat. en dicha ley 2. glos. 8. n. 3. y fin.

da la referida ley 14. al fin:: *E si Escribano público non se pudiere haber, deben haber otro que lo escriba, é que sean con él ocho testigos en lugar del Escribano*; y concuerda con ella la 8. Cod. *Qui testam. facere pos.* las quales no estan derogadas, ni corregidas por derecho mas nuevo; y en este caso se ha de hacer publicacion, y practicar las mismas diligencias que para los Testamentos hechos verbalmente, ó en Cédula (1). Y aunque la ley inserta previene que el Escribano, y todos los testigos lo sellen y firmen, ó unos por otros, no se observa esta disposicion: lo que se hace es, firmar uno de los testigos por el ciego, y el Escribano por sí, como en el del que no lo es, nombrandose los demas al fin de él, como en otro qualquier instrumento. Esta solemnidad se estima suficiente, porque las subscripciones, ó firmas de los testigos están subrogadas hoy en lugar del sello de que habla el derecho antiguo, segun afirma Matienzo en la ley 2. tit. 4. lib. 5. Rec. glos. 5. n. 2. y no se usa poner sello, sino las firmas.

16 De ningun Testamento, Codicilo, ni de otra disposicion testamentaria pueden ser testigos los condenados por libelos infamatorios ó cantiga que hayan dado á otros con intencion de infamarlos, ó por ladrones, homicidas, traydores al Rey, ó República, ú otro delito semejante: los Apóstatas de nuestra Santa Religión, aunque despues se conviertan: los menores de catorce años: las mugeres: los locos mientras lo están: los pródigos privados por tales de la administracion de sus bienes: los mudos, y totalmente sordos: el hermafrodita (que es el que participa de la naturaleza de ambos sexos, mas ó menos segun los esfuerzos de la naturaleza misma, pero si fuese dominante la de varon podrá serlo: ni los siervos; pero si alguno reputado comunmente por libre presencia el Testamento como testigo, y se verifica luego que es esclavo, no se anulará por esto (2). Tampoco pueden ser testigos el heredero en el que es instituido; ni sus padres, descendientes, hermanos, ni parientes dentro del quarto grado por afinidad, y consanguinidad contado segun derecho civil,

(1) Gom. en la ley 3. de Toro n. 51. y 52. Mat. en dicha ley, y glos. 8. n. 5. Parl. differ. 14. n. 16. (2) Leyes 17. tit. 16. P. 3 y 9. y 10. tit. 1. P. 6. Ferr. Biblioth. verb. Hermafroditus per tot.

ni en los pleitos que se suscitasen por el mismo heredero con los parientes del Testador, ó con otros en razon del Testamento en que fue establecido (1): ni los que no entienden el idioma del Testador, aunque el Escribano se lo explique, pues serán testigos de éste, y no de aquel, y así se les contempla como ausentes, sobre lo qual se puede ver á *Castillo* en la ley 3. de Toro, verb. *Intervenga*; ni tampoco el ciego, porque no puede ver al Testador, y es preciso que los testigos lo vean, como dexó explicado.

17 A los Legatarios permite el derecho (2) ser testigos en los Testamentos y últimas voluntades, en que se les dexan legados; pero pudiendo asistir otros no los admita el Escribano, porque el Legatario se considera heredero en algun modo. Los Clérigos ordenados *in sacris* tambien pueden serlo, porque no les está prohibido, y por lo mismo se entiende permitido. Los Regulares profesos aunque no tienen voluntad, ni son vecinos de pueblo alguno, ni tampoco se les contempla vivos, por haber renunciado el mundo, y estar fuera de su sociedad, por lo que no deben intervenir en negocios de los que están en él, pues para esto tienen la misma consideración que el siervo: no obstante, si presencian el otorgamiento de qualquiera última disposición, no se anulará, porque no son siervos, ni las leyes les prohiben ser testigos en ella, ni en otro acto civil, y lo que no está prohibido se entiende permitido: sin embargo, el Escribano haga que se busquen otros para evitar controversias voluntarias y necias, y si no pudieren ser habidos, no dexé por eso de autorizar el Testamento, expresando no haberse hallado. Tambien son testigos idoneos para el Testamento el fideicomisario, y el executor Testamentario particular, con tal que se haga escritura pública: sino se hace, y se intenta probar el Testamento por testigos, podrán serlo asimismo en caso que nada se trate de la herencia entre ellos, y el heredero, y sean rogados para presenciarlo, y no de otra suerte (3). Pero si los Testamentarios son nombrados para distribuir los bienes del

(1) Leyes 9. y 11. tit. 1. P. 6. y Qui testamenta, ff. de Testam. Flores de Mena, lib. 1. Variar. quæst. 1. n. 24. (2) Leyes Qui testamento 20. ff. y Dictantibus 22. Cod. Qui testamenta facere, pos. Mat. en la ley 1. tit. 4. lib. 5. R. glos. 8. n. 9. al. 11. (3) Ley Dictantibus, Cod. de Test. am. & ibi Jason Curc. y Corneo. Flores de Mena, Var. lib. 1. quæst. 1. n. 25.

difunto, haciendo veces de herederos, no podrán ser testigos en el Testamento en que se los nombre, por razon de que el heredero está privado de serlo.

18 Hemos hablado en los números anteriores del modo y forma de hacer los Testamentos nuncupativo y escrito, y de las circunstancias y solemnidades que se requieren para ellos; resta tratar ahora de las cosas en que convienen y se diferencian. Convienen en que para que sean válidos, y se estimen como tales, se requiere precisamente que el Testador nombre heredero, porque si carecen de él, se estimarán solamente por últimas voluntades, aunque sean privilegiados; pues el privilegio no es para relevarlos de la nominacion de heredero, sino para suplir la solemnidad; bien que si contienen la legal, valdrá lo que en ellos esté dispuesto, segun tengo demostrado (a). Se diferencian en que para el nuncupativo se requiere únicamente que el Testador manifieste su voluntad delante de los testigos prevenidos por derecho (1); de suerte, que en un mismo acto sin intermision la oigan todos de su boca, y lo vean; pero para el escrito son precisas las circunstancias siguientes: la primera, que á mas de la institucion de heredero lo escriba el Testador, u otro de su orden: la segunda, que á su otorgamiento concurren á lo menos siete testigos, y Escribano: la tercera, que todos los testigos no solo oigan, sino que vean al Testador: la quarta, que sean llamados y rogados para presenciar y testificar: la quinta, que el Testador manifieste á su presencia el quaderno cerrado, diciendo: *que aquel es su Testamento*; y lo entregue al Escribano para que lo autorice en su cubierta: la sexta, que firme si sabe y puede en la cubierta del quaderno, y sino, un testigo por él á su ruego: la septima, que no solo firme el Testador, sino todos los testigos, ó unos por otros á su presencia, y del Escribano, de modo que sean ocho firmas sin la de éste, y que éste lo signe tambien; pero hoy no es necesario que aquellos lo sellen, como por derecho comun, y de las Partidas se previene: la octava, que su otorgamiento se empiece, y concluya en un mismo lugar y

(a) Véase la nota primera.

(1) Auth. Hoc inter, §. 2. Cod. de Testam. ley in testamentis 26. Cod. cod. tit. y §. Sed hæc, citado.

tiempo sin intermision de acto estraño, ó ageno de él, á menos que por natural necesidad sea indispensable alguna pequeña interrupcion (a) (1); y la nona, en que para reducir á instrumento público el Testamento nuncupativo hecho de palabra, ó en cédula ante testigos, deben comparecer éstos á presencia del Juez, y deponer de la voluntad del Testador; pero para el escrito no, porque la ignoran, y asi solo podrán testificar de su otorgamiento.

19 Se dixo en el n. 3, que el Testamento privilegiado ó no solemne tenia validacion y firmeza por especial privilegio, v. gr. el que los Soldados ordenaban en campaña, y con el fin de ilustrar este punto, y ocurrir á las dudas que pudieran suscitarse, debo advertir que los Militares estando en su casa, deben ordenar su Testamento del mismo modo que los demas hombres; pero si están en campaña, pueden hacerlo ante dos testigos, que es la solemnidad prescrita por derecho comun: si se hallan en peligro de muerte, por salir heridos de alguna funcion bélica, ó ir á entrar en ella, como quisieren y pudieren por escrito, ó de palabra, escribiendolo con su sangre en su escudo, armas, arena, ó en donde les parezca, y de qualquiera suerte es válido, pudiendo probarse con dos testigos presenciales, y no de otra forma; pues en fuerza de la crítica situacion en que están, y peligro á que por defensa del Rey y de la Patria se exponen, se les dispensa la falta de la solemnidad regular, y se estima la referida por su-

(a) El testador puede disponer ó ordenar su testamento en diferentes dias ó tiempos, pero en el acto de otorgarle no ha de haber interrupcion por acto, ni contrato estraño. Este requisito prescripto por la ley de partida, no está derogado por las recopiladas. Es una precaucion como todas las demás solemnidades, para que el conocimiento de la verdad de la última voluntad del hombre estribe sobre basas inmutables y ciertas. Ya se ha dicho que las leyes recopiladas no han determinado todas las solemnidades de los testamentos. Unicamente han reformado algunas, dexando en lo demás subsistentes las que prescriben las partidas. Bien veo que no es de este dictámen el Reformador en la nota 1. de la pag. 23. pero yo tengo por un error notable el suponer como se hace en ella, que no hay otras formalidades que las que han fixado las leyes recopiladas.

(1) Leyes 1. y 2. tit. 1. P. 6. 2. tit. 18. lib. 10. N. R. Si non speciali 9. Hac consultissima 21. Cum antiquitas 28. Cod. de Testam. Hæres 21. §. In testamentis:: Ad testium 22, §. 4. y Singulos testes 30. ff. Qui testam. facere pos. §. §. Sed cum 3. y Possunt 5. Instituta de Testam. ordinand.

ficiente; todo lo qual es conforme á derecho (1). Por las Reales Ordenanzas del Exército, impresas en el año de 1768. tom. 3. tratado 8. tit. 11. de Testamentos, se declara: por el artículo 1. que todo individuo que gozare fuero Militar, le gozará tambien en punto de Testamentos en qualquiera parte que teste dentro ó fuera de campaña. Por los artículos 2. y 3. que en el conflicto de un combate, ó sobre el inmediato caso de empezarle, ó en naufragio, ú otro inminente riesgo militar en que se halle, pueda testar como quisiere, ó pudiere por escrito sin testigos, y que sea válida la declaracion de su voluntad, como conste ser suya la letra; ó de palabra ante dos testigos que conformes depongan haberles manifestado su última voluntad, aunque no sean rogados. Y por el 4. que será válida la disposicion del Militar escrita de su letra en qualquiera parte que la haya executado, ya sea en guarnicion, quartel ó marcha: y que siempre que pudiere testar en parage donde haya Escribano, lo haga con él segun costumbre. Pero por haber ocurrido algunas dudas sobre la inteligencia de este articul. se expidió Real Cédula declaratoria de él en 24 de Octubre de 1778, y lo dispositivo de ella dice: *He tenido á bien declarar por punto general á consulta de mi Supremo Consejo de Guerra de 3 de Julio de este año, que todos los individuos del fuero de Guerra pueden en fuerza de sus Privilegios otorgar por sí su Testamento en papel simple, firmado de su mano, ú de otro qualquiera modo en que conste su voluntad, ó hacerlo ante Escribano con las fórmulas y cláusulas de estilo; y que en la parte dispositiva pueden usar á su arbitrio del Privilegio, y facultades que les dá la misma ley militar, la civil, ó la municipal; de modo que hoy no solo los Militares, sino todos los que gozan del fuero de Guerra por sus destinos ó empleos, pueden testar en la forma que prescribe esta Cédula. Si hacen por sí su Testamento, no son necesarios los dos testigos que antes se requerian por derecho, respecto no mandarse que lo presencién, ni hablarse de solemnidad alguna, bien que por este silencio concibo no se deroga la establecida. En efecto, esta es una de aquellas disposiciones que no deben entenderse derogadas sin que preceda una declaracion terminante. Pero*

(1) Ley 4. tit. 1. P. 6. y Ne quidem 17. Cod. de Testam. militis. Tomo I. C

si lo otorgan ante Escribano, deben concurrir los testigos que la ley prescribe, respecto usar de ella, y no del fuero de Guerra. En quanto á sus hijos que por sus personas no gozan de él, parece no debe ampliarse la disposicion de esta Cédula, por ser personal el fuero (a).

20 Qualquiera persona de ambos sexos que por derecho natural, y positivo no tiene prohibicion de testar, puede hacer todos los Testamentos que le parezca hasta su muerte, como se prueba de la ley 25. tit. 1. Part. 6. que dice: *La voluntad del ome es de tal natura que se muda en muchas maneras: é por ende ningun ome puede facer Testamento tan firme, que lo non pueda despues mudar quando quisiere fasta el dia que muera; solamente que sea en su memoria quando lo camiare, é que faga otro acabadamente.* Tambien puede dar facultad y comision á otro, ó á mas, para que en su nombre lo ordenen, y concluyan el que principio, revocar por el último los anteriores, y mandar que algunas cláusulas de él no se publiquen hasta el

(a) Todo el privilegio de los militares explicado en las Reales Ordenanzas, y en la cédula de 24. de Octubre de 1778, ley 8. t. 18. l. 10. N. R. se resuelve en la dispensacion que se les concede á el otorgar su testamento de las solemnidades prescritas por las leyes civiles, como forma intrínseca del acto, para que conste la última voluntad del hombre. Pero no están dispensadas sus disposiciones, ni pueden ni deben estarlo de los requisitos que la razon ó la ley natural, y el derecho de las naciones, á cuyo estado se les reduce, exigen necesariamente. En este supuesto siempre ha de haber un convencimiento de qual fué la última voluntad del militar. Si testa de palabra son menester dos testigos contestes para probarla, testimonio que en todos tiempos y por todas las naciones se ha tenido por prueba plena, es la prueba del derecho de las gentes, es la de la ley de partida, y la que implicitamente se entiende en aquellas palabras de la cédula, *de qualquier modo que conste su voluntad.* Un testigo nada vale. Lo mismo es si escribe su testamento en la arena, ó con su sangre en el escudo. Empero si lo hace en papel firmado de su mano, aunque la cédula no exige mas requisito intrinsecamente en este caso, no por eso dispensa de la prueba extrínseca necesaria de que aquella es su firma, y como esta especie de prueba no está determinada por una razon ó ley universal de las naciones, pues no lo es bastante por si sola la pericia de expertos, que solo pueden decir que se le parece, y no certificar que lo sea en verdad; la misma razon y la ley natural pone en manos de la prudencia del Juez, la declaracion ó juicio de la que sea suficiente para estimar el acto por última voluntad. Un Juez avisado pondrá tambien en balanza en un caso tal; las circunstancias del testador, las del heredero y otras muchas de que por el orden natural de las cosas vienen revestidos todos los sucesos.

dia que señale; pero este precepto no destruye la substancia, y naturaleza de cada uno, pues ya sea nuncupativo ó escrito, estando arreglado á derecho, valdrá como queda dicho.

21 Por derecho natural está privado de testar el infante, (que es el menor de 7 años) porque carece del uso de razon; y por derecho positivo el pupilo, que es el varon menor de 14, y la hembra de 12 (a) (1): y para que lo puedan hacer, es preciso que los tengan cumplidos, mas no que excedan de ellos (2); y asi falleciendo impúberes, no se debe decir que murieron intestados, como advierte Greg. Lop. en la ley 1. tit. 13. Part. 6. porque hablando con propiedad, solo fallece de esta suerte el que teniendo potestad para hacer Testamento no lo hizo; y en caso de haberlo hecho, se vició y anuló por alguna de las causas que expresaré mas adelante, y no el que por derecho natural y positivo es incapaz de testar, pues se le considera para este efecto como si no existiese.

22 Pero cumplidos, pueden testar sin licencia de sus ascendientes de la tercera parte de sus bienes adventicios, castrenses y quasicastrenses que la ley 6. de Toro les permite, aunque estén baxo de la patria potestad, como lo resuelve expresamente una Recopilada (3), que en esta parte corrige otra de Partida, y tres del derecho comun (4), con quienes concuerda; pues para lo que necesitan su licencia, es para dexar todos sus bienes á otro, la que pueden concederles en escritura separada, ó en el mismo Testamento; y si no los tienen, piden á su padre les asigne peculio y quantía para testar, de la qual disponen, si se la señala, y si no, hacen declaracion, expresando ser hijos de familia, y no tener de que testar. Esto se entiende, aunque el hijo de familia natural de estos Reynos de Castilla fallezca en otro, pues de los bienes que posee en ellos,

(a) El Autor en este número quiere decir que á los menores de catorce años siendo varones, y de doce siendo hembras, no se les considera capaces de poder testar, por no tener conocimiento completo. La facultad de poder testar comienza en el dia último de estas edades: como si digera que no se necesita que excedan de esta edad, sino que la tengan completa.

(1) Ley 13. tit. 1. P. 6. (2) Leyes A qua ætate 5. ff. y Si frater 4. Cod. qui testam. facere pos. y §. Præterea 1. Instit. Quibus non est permisum facere restam. (3) Ley 5. de Toro, 4. tit. 18. lib. 10. N. R. Gom. en ella n. 1. (4) Leyes 13. tit. 1. P. 6. Qui in potestate 6. ff. y 11. y 12. Cod. Qui testam. facere pos.

puede testar como si aquí falleciera, porque la ley ó estatuto que concierne á la persona, la comprende, y por consiguiente se estiende á los consistentes en el territorio propio de su origen ó naturaleza (1). Pero de los que existen en otro Reyno ó lugar en que no rigen las leyes de su naturaleza, no podrá testar, porque estas no pueden estender sus efectos á mas que á lo que se estiende la potestad de su Legislador (a). Lo mismo procede con el hijo de familia extranjero que muere en estos dominios, pues no podrá testar de los bienes existentes aquí, ó en los de su naturaleza; porque la ley no puede comprender la persona de el que no es súbdito suyo (2) (b). Sin embargo, no por esto podrá decirse que en parte muere testado, y en parte intes-

(1) Paris, Consil. 2. vol. 3. Gozadin, Consil. 49. Azeved. en la ley 4. tit. 4. lib. 5. Rec. n. 15.

(a) Si en un País donde se hallare de transeunte ó residente un español pudieren testar los hijos de familia, podrá él tambien hacerlo, pero solo á los bienes que allí posea. Asi lo exige en este caso el derecho de propiedad, de donde trae su origen la facultad de testar. Este derecho que se adoptó en el de gentes por mutua conveniencia, no admite otras limitaciones que las que le haya puesto la ley municipal de cada País. Esta doctrina debe limitarse quando en los tratados solemnes celebrados con las naciones donde los hijos de familia no pueden hacer testamento, está estipulada la facultad de testar á favor de los respectivos súbditos en los territorios de las dos potencias de los bienes sitos en ellas, pues como nuestros hijos de familia pueden testar de los bienes que les pertenecen en España, se entiende conservada y reconocida en los tratados esta potestad y facultad de disponer de todos los que posean en el País donde residen aunque, los hijos de familia de él no la tengan por sus leyes.

En los mismos tratados se estipula tambien la entrega de los bienes pertenecientes á los súbditos respectivos que fallezcan como transeuntes en el territorio de la otra potencia, á los interesados que deben sucederles por testamento, ó ab intestato. Estos derechos de sucesion reservados en los tratados se han de estimar por las leyes de los extranjeros que los reclaman, por ser estas leyes las que los fixan, y en cuya virtud piden como suyos la entrega de los bienes, así como se deberán estimar por las nuestras en virtud de los mismos tratados los derechos de sucesion que reclamemos por muerte de los españoles transeuntes en los países de dichas potencias. Se hablará de estos tratados en algunas de las notas siguientes.

(2) Arg. text. in leg. 1. ff. de Tutorib. & curator. dat. ley Etiam, ff. de Tutel. y ley fin. Cod. de Testam.

(b) Si se ha estipulado en los tratados entre las potencias, que las contestaciones sobre sucesiones y herencias de los respectivos súbditos, ó sobre qualquiera otros actos se haya de decidir por las leyes del país donde suceden, en este caso un hijo de familia extranjera perteneciente á la nacion, con quien hubiese tratados concebidos en estos térmi-

tado, porque esto se entiende quando puede disponer de todos sus bienes, y no en otros términos (1). Y sin embargo de que siendo menores están privados de ser Tutores (2); no obstante, si tienen hijos pupilos legítimos, ó naturales nacidos y póstumos pueden, ya sea padre ó madre, ó el abuelo por su defecto ó muerte, y no en otro caso, nombrarles Tutor y Cuidador en su Testamento para todo, y no para una cosa sola, simplemente, á tiempo cierto, ó con condicion, segun su voluntad, y por su propio nombre, y no de otra forma; bien entendido, que el nombrado por la madre, no puede usar del encargo sin aprobacion ó discernimiento del Juez, el qual debe confirmar el nombramiento, á menos que recaiga sobre personas á quienes esté prohibido el de ser Tutores, ó que la madre instituya solo á sus hijos por Legatarios, que en estos casos no está

nos, podrá hacer testamento en España de los bienes que le pertenezcan aquí, aunque por las leyes de su país no se le permita.

En el artículo 11. de la Real cédula de 4. de Septiembre de 1795, en que se manda guardar el tratado de amistad, límites y navegacion concluido entre S. M., y los Estados Unidos Americanos, habilitándose á los súbditos de ambas potencias para sucederse recíprocamente por testamento, ó ab intestato, se previene tambien: "que si se suscitasen disputas entre los diferentes competidores que tengan derecho á la herencia, serán determinadas en última instancia segun las leyes, y por los Jueces del país donde vacase la herencia." Esta disposicion en que las partes contratantes se propusieron fixar una regla clara y precisa en una materia tan debatida y altercada por los AA. se extiende no solo á la capacidad de las personas que puedan, ó no testar, sino tambien á las solemnidades del testamento, y á todas las demas cuestiones que puedan suscitarse en la sucesion intestada ó testamentaria. Un artículo igual en todos los tratados con las demas naciones, precaveria problemas y las dudas innumerables á que dan lugar en muchos casos el derecho de las gentes, y las leyes territoriales, quando faltan tratados solemnes. En la Real cédula de 22 de Mayo de 1783, en que se manda guardar el convenio ajustado entre los plenipotenciarios del Rey nuestro Señor y del Rey de Cerdeña, habilitándose tambien á los respectivos súbditos para sucederse por testamento y ab intestato, se ordena que todas las diferencias que se susciten entre los vasallos de uno y otro Soberano sobre validacion de algun acto, se decidan por los Jueces competentes, y con arreglo á las leyes, usos y estatutos del pueblo donde se hubiesen hecho. Este convenio no es tan amplio y decisivo como el tratado antecedente. Véanse en el Apéndice de este capítulo en los artículos literales de las Reales Cédulas citadas en esta nota en lo concerniente á la materia.

(1) Ley fin. Cod. de Inofficios. Testam. Gom. en la ley 5. de Toro, n. fin (2) Ley 1. tit. 17. Part. 6.

obligado á confirmarlo, y en el primero no puede; y aunque el padre lo nombre á sus hijos naturales, queda al arbitrio del Juez confirmar, ó no la eleccion, y el nombrado no pueda usar del encargo sin su aprobacion: lo mismo procede, si el Testador instituye herederos pupilos extraños, por carecer de forzosos, pues tambien les puede nombrar Tutor; pero este no debe usar de la tutela sin confirmacion, ó discernimiento del Juez, cuyo discernimiento no es necesario, ni lo manda la ley quando son legítimo, y el Tutor es nombrado por su padre; por lo que podrá usar de su encargo sin dicho requisito (1); de lo qual trataré mas latamente en el lib. 1. cap. 1. de mi segunda parte adiccionada. Previendo, que á los Grandes toca al Rey, y en su Real nombre al Consejo proveerlos de Curador *ad litem* (2), y es lo que se practica. En quanto á si el Testador puede nombrar y diputar personas que extrajudicialmente hagan inventario y particion de sus bienes entre sus hijos, y prohibir al Juez que intervenga en ello, y si el Escribano podrá, ó no autorizar estas disposiciones, vease lo que explicaré en dicha mi segunda parte.

23 Están privados igualmente de testar el loco, y el desmemoriado mientras los son; pero vale el Testamento que hacen antes de la locura, ó demencia, y el que formaliza el loco durante sus lucidos intervalos, perfeccionándolo en ellos, pues si antes de concluirlo le vuelvé el frenesí, no valdrá (3). Para anular el Testamento del loco que tiene lucidos intervalos, es menester probar concluyentemente con el Escribano y testigos instrumentales que al tiempo de su otorgamiento lo estaba, y no los tenia. El pródigo á quien se prohíbe judicialmente administrar sus bienes, no puede testar, pero valdrá el Testamento que ordene antes de la judicial prohibicion. Tampoco pueden el mudo y sordo de naturaleza: mas si lo son por enfermedad ó accidente, y saben escribir, podrán hacerlo; y tambien el sordo total si es habil para ello, lo escribe por sí mismo, y lue-

(1) Leyes 3. 6. 7. y 8. tit. 16. Part. 6. §. Cum autem Inst. de Tutel. y §. Si quis filiis Inst. Qui Testamento tutor. dari pos. Lara de Vita hom. cap. 6. n. 22. y cap. 24. n. 1. al 20. Palac. Rub. en la ley 5. de Toro, n. 18. Gutierrez de Tutel. part. 1. cap. 3. 4. 10. y 11. (2) Ley 17. tit. 1. lib. 6. N. R. (3) Leyes 13. tit. 1. Part. 6. In eo 2. Furios 9. Discr. 10. Cod. y In adversa 17. ff. Qui testam. facere pos. y §. Præterea 1. Inst. Quibus non est permis. facere test.

go lo lee, ó publica á presencia del Escribano, y competente número de testigos, ó de éstos, no habiendo Escribano (1).

24 Los condenados á muerte civil ó natural, solo pueden testar, y dar poder á alguno para que en su nombre teste de lo que les permite la sentencia (2); y lo mismo procede para con el traydor declarado (3). A los que se dan en rehenes, á los condenados por libelos infamatorios y declarados por hereges, y siervos, no se permite testar, previniendo, que aunque éstos hagan Testamento en el concepto de libres, si despues se verifica que son esclavos, no valdrá (4); pero los hereges que por sentencia no están declarados por tales, podrán testar, respecto de que este acto es de derecho público, y la ley 16. tit. 1. Part. 6. impone unicamente la prohibicion á los declarados, como se prueba de su contexto: *é aun decimos que los hereges despues que son condenados por sentencia de heregia, no pueden facer Testamento, nin aquellos que son juzgados por traydores,* y asi no habrá inconveniente en autorizar el Testamento de los hereges tolerados, con quienes comerciamos; pero lo mejor es que otorguen donacion *causa mortis*, con la que se evitan dudas y disputas, pues aunque no estén declarados por sentencia, son hereges conocidos, que viene á ser lo mismo para el caso (a).

(1) Ley 13. tit. 1. Part. 6. (2) Leyes 15. tit. 1. Part. 6. 4. de Toro, que es la 3. tit. 18. lib. 10. N. R. Ejus qui 8. ff. Qui testam. facere pos. y Si quis 6. ff. de Injusto, raptu, irrit. testam. (3) Ley 16. al fin tit. 1. Part. 6. (4) Leyes Ejus qui 8. Obsides 11. cui. 18. §. 1. ff. Qui testam. facere pos. Manicheos 4. Ariani 5. Cod. de Hereticis. y 16. tit. 1. Part. 6. §. Ejus qui 5. Instit. Quibus non est permissum facere testam.

(a) Los Ingleses, Olandeses, y los Americanos de los Estados Unidos, que todos son Protestantes, tienen asegurado el derecho, y poder de testar, y no ser molestados por causa de religion en los tratados celebrados con España.

El Escribano, y los testigos deberán prestarse sin reparo en los testamentos de los Hereges tolerados en virtud de convenciones solemnes, sin necesidad de recurrir á la donacion *causa mortis*. No puede haber dudas ni disputas en la execucion de un acto que les debe ser libre. Nosotros tenemos tambien interés en ello por la reciprocidad: lo contrario seria molestarlos por su religion. En algunos hay tambien el artículo de que puedan valerse de los Abogados, Escribanos y Procuradores del pais. Lo mismo debe decirse, y con mayor razon de los extrangeros no católicos habilitados para residir y establecerse en España por fines de utilidad pública; sobre lo qual se expidió en 8 de Septiembre de 1797, la Real orden que se trae á la letra en el Apéndice.

25 Los Usureros manifiestos están asimismo privados de testar, sino restituyen las usuras, ó dan fianza de restituirlas; á menos que sea á favor de causas pias, y no hallen quien los fie, pues como tales son infames, y no debe darseles sepultura eclesiástica (1).

26 Los Canonigos Reglares, y demás Religiosos profesos no pueden testar, porque para este efecto, y el de contraer, se les tiene por muertos: ni los heremitas que viven bajo de regla aprobada (2): ni tampoco, según derecho Canónico, los que hieren, persiguen, y ofenden como enemigos á algun cardenal de la Santa Iglesia Romana (3); bien que por el nuestro no hay esta prohibicion. Los Religiosos del Orden Militar de San Juan de Jerusalem, (que llaman Caballeros de Malta) ya sean Baylios, Comendadores, y Priorres, ó Capellanes de Encomiendas, y existan en el claustro, ó en algun empleo fuera de su Convento, ó en sus casas, no pueden testar estando profesos sin licencia de su Gran Maestro, porque son verdaderos Religiosos, hacen voto de pobreza, y no tienen voluntad propia. La circunstancia de habitar fuera de clausura no los habilita, y en fin se lo prohiben los estatutos de su Orden, que en el tit. 18. n. 1. dicen: *Votum paupertatis id exigit, ut bonorum dispositio libera voluntati non subjaceat. Non licet igitur, neque quoquo modo permittitur Baiulivis, Prioribus, Castellano Empostæ, Commendatariis, aut aliis ordinis nostræ fratribus testamentum condere, vel heredem instituere, seu legata facere.* Hoy están revocadas por la santa Sede las licencias que tenían de testar los Militares profesos, y está aceptada esta revocacion por los de San Juan (4). Tanta es su incapacidad, que ni aun pueden reservar bienes algunos antes de profesar á efecto de testar de ellos despues, como lo tiene decidido la Sagrada Congregacion del Conci-

(1) Leyes 9. tit. 13. P. 1. 4. tit. 6. P. 7. y 4. tit. 22. lib. 12. N. R. cap. *Quamquam usurarii* 2. de Usuris in 6. Gom. en la ley 3. de Toro n. 14. (2) Leyes 9. tit. 13. y fin. tit. 21. P. 1. y 17. tit. 1. P. 6. cap. *Quia ingredientibus* 2. de Testam. cap. *Quia ingredientibus* 7. causa 19. quæst. 3. y Auth. *Ingressi*. Cod. de Sacrosanct. Eccles. (3) Cap. *Felicis*. 5. de Pœnis in 6. (4) Pius V. In motu proprio ann. 1568. qui incipit: *Sacrosanct. Gregor. XV. decis. 85. y 109.* Bonacin. tom. 1. de Obligatione Beneficior. disp. 4. punct. 2. n. 25. Scañ. in *propugnacul. Sacræ Religionis Militaris*, discept. 9. c. 5. n. 1. al 6.

lio (1); por lo que todos los bienes que poseen quando mueren, ya sean, ó no patrimoniales, (que llaman *expolio*) son propios de su Religion, y pertenecen indistinta, y absolutamente al comun tesoro de esta. Pero si los expolios de los Capellanes de las Encomiendas corresponden á los Baylios, Priorres, ó Comendadores, y no al Gran Maestro, pueden estos conceder á aquellos licencia para testar, donar, enagenar, y disponer de ellos en vida y muerte á su arbitrio, según la constitucion 60. de Gregorio XIII. expedida en 23 de Marzo de 1580. que refiere *Cherub. tom. 2. pag. 329. in novis*, y dice: *Eisdem Prioribus, Baiulivis, & Commendatariis licentiam, & facultatem concedimus ipsis condonandi, & relaxandi eorum spolia, quæ ad dictos Priorres, Baiulivos, & Commendatarios spectant, ita ut de illis disponere possint, tam in vita quam in mortis articulo, condonationemque, ac relaxationem hujusmodi ejusdem roboris, ac momenti esse ac si ab eadem Sede emanassent*; lo que tendrá presente el Escribano para prevenirlo á estos Caballeros, y no autorizar sus Testamentos sin la licencia referida, pues sin embargo de que ninguna ley se lo prohíbe, debe evitar nulidades, y el que le graduen de ignorante; y aun quando la tengan, no deben exceder de las facultades que en ella se les concedan, que es para testar del quinto. En quanto á si la licencia debe, ó no preceder al Testamento para que no se anule, vease á *Scañio in Propugnacul. Sacræ Religionis Militaris Sancti Joannis, discept. 9. cap. 5. ex n. 13.* hasta el fin, que con otros defiende que no es necesario, y que basta que luego la obtengan, con la que se confirma y revalida, vease tambien á *Ferraris Biblioth. verb. Hierosolimitani*, y á los que cita.

27 En quanto á si es ó no valido el Testamento del que despues de haberlo hecho, entra en Religion capaz de adquirir, ó el que hace estando en ella, pero antes de la profesion, y si se revoca ó no por ésta, hay variedad de opiniones, ya diga en él ó no el Testador que tiene ánimo de ser Religioso profeso, si lo ha otorgado pocos meses antes, y no instuyó por heredero á su Convento en defecto de legitimo, porque se presume hecho en fraude de éste, que quieren sea tenido en lugar de hijo, y que le herede, como se prueba de la ley 17.

(1) *Barbos. in Summ. decis. Apostol. coll. 72. n. 18. Scañ. ibi. n. 7. al 10. Tomo I.* D

tit. 1. Part. 6. que dice: Mas todos los bienes que hoviese, deben ser de aquel Monesterio, ó de aquel lugar do entrase, si non hoviese fixo, ó otros, que descendiesen por la liña derecha que hereden lo suyo. Para evitar pleitos, le aconsejará el Escribano que dentro de los dos meses próximos á la profesion renuncie sus bienes y futuras sucesiones, segun lo dispone el santo Concilio de Trento. El que quisiere instruirse radicalmente, vea á Gutier. Canon quæst. lib. 2. cap. 1. á Gom. en la ley 3. de Toro n. 12. y á los que citan, y lo que explicaré en el cap. 14. pues ha habido en esto mucho alucinamiento de parte de los AA. nimíamente adictos á los Frayles y sus Conventos.

28 Como el disponer cada uno de sus bienes para despues de su muerte, es de derecho público, y la ley no hace mencion de los excomulgados, hay opiniones diametralmente opuestas en quanto á si podrán ó no testar: meditadas unas y otras, digo que los tolerados pueden del mismo modo que los que no están excomulgados, porque el Concilio Constanciense, y la Extravagante de Martino V, que empieza: *Ad vitanda scandala* ::: les concede el privilegio de tratar con los no excomulgados, si estos los invitan, y exercer actos de jurisdiccion; de que se infiere que tambien podrán testar, y hacer todo lo que el católico que no lo está.

29 Los vitandos ó no tolerados no podrán, especialmente si permanecen mas de un año en la excomunion, porque en este caso no solo se les priva de la comunion espiritual, sino de la temporal, y asi nadie puede darles de comer, ni beber, saludarles, resaludarles, rogar como ministro público por ellos, ni sepultarlos en sagrado, segun expone Santo Tomás en la quæst. 1. articulo 1. y lo dicen estos dos versos:

Si pro delictis anathema quis efficiatur:

Os, orare, vale, communio, mensa negatur.

á excepcion de los cinco casos que contiene este:

Utile, lex, humile, res ignorata necesse.

y son: el primero, quando el excomulgado necesita alguna cosa para salir de la excomunion. El segundo, la muger que tiene que tratar en lo temporal con su marido. El tercero, los hijos, y criados con sus padres, y amos tambien en lo temporal. El quarto, quando se ignora la excomunion. Y el quinto, quando se necesita al excomulgado para exercer su

facultad, ú oficio: en cuyos terminos están incapaces, y nada que hagan les sirve, mientras no se arrepienten, y piden la absolucion.

30 Tambien se les tiene por sospechosos en la Fé, y puede procederse contra ellos, pues indican que nada se les dá de la excomunion, que la Iglesia carece de potestad para segregarlos de su Grey, y de consiguiente para castigarlos por contumaces, de que se infiere, que al modo que el herege declarado no puede testar, tampoco podrá el excomulgado vitando, porque aunque no es herege conocido, y declarado, manifiesta mas señales de tal por su contumacia, que de católico; y como la cosa para reputarse por mala, basta que tenga qualquiera substancial defecto, y para que se estime buena, es preciso que nada tenga de mala, por eso el excomulgado no tolerado no debe gozar del privilegio de Católico, mientras lo esté, pues por derecho real y canónico, á mas de privarsele de sepultura eclesiástica, se le imponen otras penas (1). Vease acerca de esto á Gom. en la ley 3. de Toro n. 15. y á los que cita, los quales defienden que puede testar por no ser uno de los excluidos expresamente por derecho, como el Usurero manifiesto (a).

31 Los Clérigos Seculares pueden testar de sus bienes *patrimoniales, quasipatrimoniales é industriales* (2); pero no de los propios de la Iglesia, ni de los que por razon de ésta adquieren, segun derecho canónico: bien que en estos Reynos de Castilla testan, por costumbre de los que ganan *intuitu Ecclesie* como de los patrimoniales, cuya costumbre está mandada observar por una ley recopilada (3), y en virtud de ella

(1) Ley 8. tit. 13. P. 1. y 5. tit. 3. lib. 12. N. R. cap. sacris 12 de Sepulturis, Ferr. Biblioth. verb. Testam. art. 3. n. 21. Gutier. quæst. lib. 1. cap. 1.

(a) El testamento es un acto puramente civil, de que no ha privado la ley al excomulgado. Si la comunicacion con él para este acto está prohibida á los testigos por las leyes eclesiásticas, serán contraventores de ellas, pero no por eso será nulo el testamento. *Perez in tit. Qui testam. fac. poss. num. 14.*

(2) Cap. Quia nos 9. de Testam. cap. Episcopi 19. causa 12. quæst. 1. cap. Placuit. 1. y Quicumque 2. eadem causa quæst. 3. (3) Cap. Cum in officiis 7. Ad hæc 8. Quia nos 9. y Relatum 12. de Testam. y ley 12. tit. 20. lib. 10. N. R.

se sucede en todos sin diferencia. Esto se entiende aunque los Clérigos hayan sido Religiosos profesos; por lo que una vez secularizados pueden testar de sus bienes como si nunca hubieran entrado en Religión. Así se declaró por la Sala primera de Gobierno del Consejo en 19 de Mayo de 1786, con audiencia fiscal, y se libró Provision en 13 de Junio siguiente con inserción de la ley 12. t. 20 l. 10. N. R. que queda citada á instancia de Don Juan Marin, Religioso secularizado del Orden de Mercenarios Calzados y vecino del lugar de Jananejo, jurisdicción de la ciudad de Granada, el qual pretendió que el Consejo declarase las facultades que tenia para disponer de sus bienes, ó se la concediese para acudir á este fin á la Silla Apostólica. Baxo este supuesto, deben sus Conventos devolverles los que por su representación posean, aunque hayan hecho renuncia de ellos á su favor, porque ésta lleva embebida la condición tácita de perseverar, y morir en la Religión, y en este concepto se debe entender formalizada, y no absoluta, y simplemente; y porque como dexan de ser súbditos suyos, é individuos de la Religión, y no los mantienen sus Conventos, cesa la causa y título que tenían para poseerlos, se extingue el derecho con que se los habian apropiado, se resuelve la renuncia, y por consiguiente hacen reversion á su dueño legítimo y primitivo, el que para este caso gradúa, y estima del mismo modo que si jamás hubiera sido Religioso; pues no es creible ni aun presumible que quando hizo la renuncia, hubiera sido su ánimo otorgarla en otro concepto, ni quedarse pobre porque se lucrara el Convento que no lo habia de mantener. Fuera de esto seria una donación inmensa que por derecho está reprobada justamente; y así ninguna razón hallo para que el Convento retenga sus bienes en su perjuicio, ni para que á este fin se le admita en juicio, ni dé lugar á pleitos, y expensas indebidas.

32 Los Arzobispos y Obispos suelen poseer bienes adventicios y profecticios: los adventicios son los que adquieren no por razón de sus Obispos, ni de Beneficio, Renta, ó Dignidad Eclesiástica, sino por otras, v. gr. industria, donación, herencia de alguno, ó cosa semejante; y de estos y de los patrimoniales pueden disponer á favor de quien quisie-

ren (1). Los profecticios son los que ganan por sus Obispos, Dignidades y Beneficios Eclesiásticos, los quales tienen facultad de distribuir en vida á sus parientes, amigos y criados, y á otros; pero no de disponer de ellos, ni de los propios de la Iglesia por Testamento, ú otra última voluntad, ni por contrato entre vivos (2) (a).

33 Los peregrinos y romeros tienen potestad de testar libremente como quisieren, y el que se lo impide, incurre en varias penas (3) (b): si muriesen intestados, debe la justicia del lugar en que acaece su muerte, inventariar y depositar sus bienes, gastar lo preciso en su entierro, y hecho, dar cuenta al Rey, ó á quien le represente, para que disponga del residuo entre sus consanguíneos, y á falta de ellos en obras pías, pues aunque no los tengan, no recaen en el Fisco (4). Las Justicias por donde transitaren, deben ampararlos, y no per-

(1) Leyes 2. y 3. tit. 21. Part. 1. (2) Ley fin. tit. 21. Part. 1.

(a) Por esta causa los promovidos á los Obispos deben hacer inventario de sus bienes propios en el Juzgado del Señor Colector general de Expolios, juez privativo de este ramo, y por su Escribanía de Cámara. Alguna vez se han hecho estos inventarios ante los Corregidores, y se han declarado nulos.

(3) Leyes 30. tit. 1. Part. 6. y 2. tit. 30. lib. 1. N. R.

(b) No solo los peregrinos y romeros, sino todo extranjero puede hacer testamento de sus bienes. Nuestras leyes no han puesto traba ni modificación alguna en esta parte al derecho de las gentes: al contrario establecido en Francia el odioso derecho de Aubaine, todas las naciones han procurado libertarse de él en los tratados con esta potencia. Segun los celebrados con España, los Españoles en Francia, y los Franceses en España, podrán vender, dar, cambiar y enagenar ó disponer de otra manera, así por contrato entre vivos como en última voluntad de los bienes, efectos, muebles é inmuebles existentes en los dominios de España ó de Francia donde respectivamente se hallen.

Los Ingleses y Olandeses en sus tratados con España, han estipulado para sí las mismas franquezas concedidas á la Francia, y entre ellas la de no ser molestados por causa de religión, y tener comercio en las principales Ciudades de España. Por el artículo 11 del tratado celebrado con la Puerta Otomana, comunicado al Consejo en Real Decreto de 11 de Noviembre de 1783, los bienes de los súbditos de ambas potencias en caso de muerte en el territorio de la otra, no estarán sujetos al Fisco, ni se los podrá apropiar otro alguno, quedando á disposición de los respectivos Ministros ó Consules para disponer de ellos segun el testamento del difunto, y lo mismo en caso de morir ab intestato.

(4) Leyes 31. tit. 1. P. 6. Greg. Lop. en ella, y 5. tit. 30. lib. 1. N. R. Auth. Omnes Peregrini, Cod. Communia de Succes. Gom. en la ley 8. de Toro, n. 25. y 26.

mitir que en sus personas ni bienes se haga la menor extorsion, ni daño; y si instituyen herederos, oírlos y despacharlos con la brevedad posible; de suerte que no experimenten dilacion ni perjuicio (1) (a).

34 Si el que tiene prohibicion legal de testar, impetra licencia del Rey para hacer Testamento, y en su virtud lo ordena conforme á derecho, valdrá del mismo modo que el otorgado por el capaz; y si le pide la merced de que esté presente á su otorgamiento, y se la concede, y en efecto lo presencia, será válido, aunque no concurre otro testigo (2). No es necesario que la licencia para testar preceda al Testamento, basta que la obtenga luego, pues con ella se supe cualquiera defecto, porque como el Testamento no tiene fuerza, ni se perfecciona hasta que el Testador fallece, es suficiente que en este tiempo esté hábil el que lo hace (3): la que se obtiene antes de la perfeccion del Testamento, lo confirma, porque se retrotrae al tiempo pasado en que se otorgó (4), y por la naturaleza del Testamento se extiende á todas las cosas que contiene.

35 Quatro cosas se requieren precisamente para que el Testamento del que no goza del fuero de Guerra, se estime como tal. La primera, que el Testador tenga capacidad legal y natural de testar al tiempo de otorgarlo, y voluntad libre para disponer á su arbitrio de sus bienes (5). Si perdiese esta

(1) Leyes 32. tit. 1. P. 6. y 3. tit. 30. lib. 1. N. R.

(a) Los peregrinos, y romeros entran en la voz general de transeuntes extranjeros, y les comprehenden los tratados y convenciones con las naciones á que pertenecen.

En quanto á los Franceses se estipuló en el convenio de 13 de Marzo de 1769, lo que puede verse en el mismo. Respecto de los transeuntes de las demas naciones, se han estipulado regularmente en sus tratados iguales ventajas á las concedidas á la Francia, ó las dispensadas á la nacion mas favorecida.

Gozando pues los romeros y peregrinos como todo extranjero del fuero de guerra, y de la inspeccion de los Consules, no deberá tomar conocimiento en sus bienes la Justicia ordinaria, sino en defecto de la militar.

(2) Ley 5. tit. 1. Part. 6. (3) Ley si quis filio exheredato, §. Irritum, vers. Qua ratione, ff. de Injusto, rupt, testam. (4) Arg. leg. Talis scriptura 30. in fin. ff. de Legat. 1. verb. Legati. Scañ. in propugnacul. Sacre Religionis Sancti Joannis, discept. 9. cap. 5. ex n. 13. hasta el fin. (5) Leyes 2. ff. Qui testam facere pos. y 13. tit. 1. Part. 6.

capacidad, ó se inhabilitase por alguna de las causas que el derecho previene, en este caso no tendrá fuerza lo dispuesto en el Testamento, y será preciso para dársela que el Testador sea rehabilitado, y que explique de nuevo su voluntad (1). La segunda, que nombre heredero que no tenga privacion de serlo, porque si carece de él, no valdrá como Testamento, sino como última voluntad, y se declarará ab intestato en quanto á la institucion; pero serán válidas las mandas, mejoras, y todas las demas cosas que contenga, no siendo opuestas á derecho, y pasarán sus bienes á los que ab intestato deben heredarle, sin embargo de lo que por derecho comun y de las Partidas está dispuesto. Si el instituido por heredero tuviese prohibicion legal de heredar, pasarán al Fisco los bienes del Testador, excepto las mandas, mejoras, &c. (2). La tercera, que conste de la solemnidad prefinida por la ley Real, como forma substancial (3), la qual es una circunstancia y qualidad extrinseca introducida por derecho positivo, por la que se hace solemne el acto ó contrato (4); y que el Testador manifieste su voluntad ante el competente número de testigos (5) en los términos que dexo explicado, porque si carece de la solemnidad, se romperá en el todo, y morirá ab intestato, como lo dice expresamente la ley 2. t. 18. l. 10. N. R. ibi. *Los quales dichos Testamentos y Codicilos si no tuvieren la dicha solemnidad de testigos, mandamos que no hagan fé, ni prueba en juicio, ni fuera de él.* Y la quarta, que se confirme con la muerte del Testador, y que el heredero acepte la herencia. Si no la acepta, pasará á los que deben heredar ab intestato, excepto si le nombra substituto, pues en tal caso la llevará éste (6). Con estas quatro cosas, aunque nada mas contenga

(1) Ley Qui ex liberis 11. §. Testam. ff. de Bonor. posses. secund tabul.

(2) Proem. del tit. 3. Part. 6. y leyes 1. tit. 18. y 4. tit. 6. lib. 10. N. R. 10. tit. 7. P. 6. 1. ff. de Hæredib. Instit. y Si nemo, ff. de Testam. tutel. y §. Ante hæredis 34. Instit. de Legat. (3) Mat. en la ley 1. tit. 4. lib. 5. R. glos. 4. y 14. (4) Bald. in leg. Etiam Cod. de Execut. rei judic. Gallerat. de Renuntiat. centur. 1. renuntiat. 22. n. 1. al 4. (5) §. Sed hæc 14. Instit. de Testam. ordinand. Auth. Hoc inter §. 2. y ley In testam. 16. Cod. de Testam. (6) Leyes cum hic status 32. §. Pœnitentiam 3. ff. de Donat. inter virum & uxor. 4. al fin. ff. de Adimend. legat. 3. Cod. de Codicil. Si quis 6. Cod. Qui testam facere pos. y 1. tit. 18. lib. 10. N. R. Mat. en ella glos. 14. n. 2. 3. 4. y 5.

el Testamento, ni en él se exprese la naturaleza y filiación del Testador (las que se ponen únicamente para que sus descendientes y consanguíneos puedan hacer sus pruebas), será Testamento perfecto; y sin embargo de que después de su otorgamiento hayan transcurrido 10, 20, 30, 40 y más años, valdrá y se deberá observar, por ser visto haber permanecido el Testador en aquella voluntad y no haber ley en contrario.

36 Ha de contener también invocación divina, protesta- ción de la Fé, señalamiento de sepultura, Misas, mandas for- zosas, elección de Testamentarios, y revocación de otras dis- posiciones anteriores; pero aunque carezca de todas estas cosas no dexará de ser Testamento, pues la protesta- ción de la Fé, no obstante ser acto de Religión, y muy santo, católico y bueno, como sirve solo para acreditar que el Testador es cristiano, y darle sepultura eclesiástica, se puede subsanar en caso de duda con información de testigos, ó certificación de su Párroco, al modo que quando muere intestado. Tampoco es de necesidad que señale la sepultura. Si no lo hace, como puede aunque esté baxo la patria potestad (1), se le enterrará en su Parroquia ó don- de el heredero y Testamentarios dispusieren. La muger casada puede también elegir sepultura, y para ello no necesita licencia de su marido; pues que sin ella dispone de sus bienes por Tes- tamento (2). Las Misas, y pompa fúnebre sino las dexa ordena- das, quedan á la disposición del heredero segun la calidad, y heberes del Testador, y costumbre del país. Las mandas forzo- sas, como que su quóta está señalada, no exigen expresión al- guna. La elección de Testamentarios, no es asimismo necesaria una vez que el heredero como verdadero Testamentario, haga lo que estos harían si hubieran sido nombrados: si no lo hicie- se, le apremiará (a) á ello el Obispo, como executor por de-

(1) Cap. 1. de Sepultur. cap. 2. cap. Licet, y fin. eod. tit. in 6. (2) Cap. De uxore, de Sepultur. Parl. different. 66. §. 1. y 3.

(a) Este apremio ha de ser indirecto, interpellando á este fin á los Jueces Reales. En el artículo IV. de la Real Provision de 19 de No- viembre de 1771, se previno que los Provisores, Visitadores y Vica- rios generales se arreglen á las leyes del Reyno, sin confundir lo es- piritual con lo temporal en quanto á visitas de Cofradías, Hospitales, Obras pias y últimas voluntades, mediante que en ellas nada se per- judican las disposiciones conciliares; y si ocurriere duda den cuenta al

cho de últimas voluntades pias (1) Mucho menos se requiere la revocación, si aquel Testamento es el único que el Testa- dor formalizó: si son dos y el Testador no tiene herederos forzosos, y ambos contienen nombramiento de heredero, se dividirá la herencia entre todos los instituidos, á menos que el uno se presuma con más derecho que el otro, pues en este caso deben disputarlo judicialmente; pero sin embargo de que nada de esto es rigurosamente preciso para la validación del Testamento, y que en los términos propuestos puede en- mendarse, prevengalo el Escribano al Testador, para que no lo omita; bien que por no prevenirselo, no incurrirá en pena, pues no la hay impuesta.

37 Puede contener á más de lo expuesto, legados, ó man- das voluntarias, fundaciones de Vínculos, Memorias, Cape- llanías, Patronatos, agregaciones de bienes á ellos, mejoras, declaraciones, consignaciones, substituciones de herederos, y legatarios, nombramiento de Tutores con relevación de fian- zas, ó sin ella; y el Testador dar Tutor para todo, y no para una cosa sola, simplemente, ó con condición, y por tiempo cierto á su voluntad, no solo á sus hijos pupilos le- gitimos, y naturales, nacidos, y póstumos, sino á los extra- ños que instituye por sus herederos, y dar poder para nom- brarles Tutor. También puede dividir sus bienes entre ellos, aplicandoles los que quiera á su arbitrio (2); previniendo que si manda que se conformen con la división, deben pasar por ella, como lo dice la ley 10. Cod. Familæ erciscundæ ibi::: *Quoties inter omnes hæredes testator successionem suam dividit, ac singulos certis possessionibus cum mancipiis, quæ in eisdem sunt constituta, jubet esse contentos, voluntati ejus salva legis Falcidiæ auctoritate, obtemperandum esse manifestum est;* lo qual se entiende, con tal que con la división no perjudique

Consejo, quien por medio de sus Fiscales providenciará el más pronto despacho para que queden espeditas ambas jurisdicciones. La ley 36 de Toro, en el caso piadoso de que trata, autoriza á las Justicias para su ejecución, y declara popular la acción para demandarla.

(1) Cap. Nos quidem 3. y cap. Si hæredes 6. de testam. y ley Nulli 28. Cod. de Episcop. & Cleric. Ferrar. Biblioth. verb. Testam. n. 47. al 49. y Concil. Trident. Sess. 22. c. 8. de reformat (2) Leyes 9. tit. 15. y 3. 6. 7. y 8. t. 16. P. 6. y Parentibus, arbitrium 8. Cod. de Inof- fic. testam.

á los herederos forzosos en el importe de sus legítimas, y qualidad de bienes, y no de otra suerte. Esto no procede para con los extraños, pues deben contentarse con los que le dexé como dueño de su hacienda, y árbitro de su voluntad; y cumplir las honestas y posibles condiciones que les imponga.

38 Puesta la cabeza del Testamento con la invocacion y protestacion teferidas, encomendará el Testador su alma á Dios, y señalará sepultura para su cadaver, (cuyo entierro será en la Parroquia en que vivia quando murió (1), ó en donde quiera, sin perjuicio de los derechos de esta). Las Misas que dexare por su intencion, y para descargo de su conciencia, se han de celebrar en donde señale, ó dispongan los Testamentarios, á excepcion de la quarta parte para la Parroquia, si fuese costumbre como en esta Corte, y ademas de la limosna, se darán ocho maravedises de cada una por la cera, oblata, y derechos de colecturia, segun la constitucion 2. de este Arzobispado *tit. 6. de Testamentis, lib 3.* excepto de las Misas votivas. Despues expresará el Habito con que ha de ser amortajado su cadaver, y la forma, y disposicion de su entierro, hora, y acompañamiento, ó lo dexará á arbitrio de su heredero, ó Testamentarios segun le parezca.

39 Para la conservacion de los Santos Lugares de Jerusalén, y tierra Santa, Redencion de Cristianos Cautivos, y demas mandas forzosas, en las que se comprende el casar huerfanos (2), legará treinta y seis maravedis, ó lo que quisiere, con cuya limosna los apartará del derecho que pueden tener á sus bienes, como antiguamente lo pretendian, si nada se les legaba. Si ordena su Testamento en esta Corte, ó en algun lugar de los comprendidos en las ocho leguas de su contorno, debe acordarse de los Reales Hospitales de ella, legandoles á lo menos quarenta y ocho mrs. para la curacion de los pobres enfermos, y el Escribano no autorizará el Testamento de los Seculares sin este requisito, pues de lo contrario se le hará cargo en la visita (bien que el Testamento no se anula por este defecto); pero si el Testador es Ecclesiastico, cumple con recordarle que exercite esta caridad, y dar

(1) Ley 5. tit. 13. P. 6. (2) Ley 7. tit. 3. lib. 10. N. R.

fé de ello, segun Real órden de 11. de Diciembre de 1750. mandada observar por el Consejo en el mismo año, y posteriormente en 17 de Octubre de 1757. lo que tendrá presente para no incurrir en pena.

40 Declarará qué deudas tiene contra sí, y á su favor, mandando que se paguen y cobren; bien entendido que la declaracion que haga en el artículo de la muerte en perjuicio de tercero, no perjudica á éste, ni se debe estar á ella (1), si por otro medio no se acredita; pero el juramento contra sí perjudicará á sus herederos, y deberán estar á él (2). Declarará quantos matrimonios contraxo: qué dote llevaron sus mugeres: qué cantidad las dió ú ofreció en arras, ó en joyas, y vestidos: si hizo ó no capital, y su importe, ó se remitirá á los instrumentos formalizados, si no lo tiene presente: de qué edad son, y en qué estado se hallan los hijos que procreó en sus matrimonios: si alguno está emancipado ó casado: lo que dió á los que estan fuera de su poder, y lo demas que se le ofrezca declarar y prevenir; pues el Testamento puede contener todas las cosas, y prevenciones que ocurran al Testador, asi para descargo de su conciencia, como para beneficio de otros. Especificará tambien individualmente los legados que haga, su cantidad, especie y personas, de suerte que no se dude del legatario, y de la cosa legada; pues dudándose, serán nulos é ineficaces (3). A este fin tendrá tambien cuidado de no dexarlos á los que por derecho no pueden ser legatarios, porque en este caso no los percibirán, y pasarán los bienes al Fisco (4); bien que acerca de esto hay algunas excepciones, que pueden verse en Greg. Lop. sobre la ley 17. tit. 7. Part. 6. glosa 2. y sig.

41 El órden que se ha de observar en la extension del Testamento, es el siguiente. Primero se pondrá la invocacion Divina y protestacion de la Fé: despues encomendará el Testador su alma á Dios, y expresará con qué hábito ha de ser amortajado su cadáver, y la disposicion de su funeral y entierro. En otra cláusula, qué número de Misas se han de ce-

(1) Ley Si quis in gravi §. Si quis moriens ff. ad Syllanian. Menoch. lib. 1. præsumt. 5. n. 8. Lara de vita hom. c. fin n. 8. (2) Authent. De jure jurando à moriente præstito. Vers. Sed si quædam. (3) Ley 9. t. 9. P. 6. (4) Ley 13. al fin. t. 7. P. 6.

lebrar por su alma, en donde, y su limosna: luego las mandas forzosas y pías: en otras cláusulas las graciosas ó profanas: consiguientemente las mejoras, fundaciones, remisiones, declaraciones, y nombramiento de tutores: en otra la elección de testamentarios: en otra la institución de herederos y substitutos; y en la última la revocación de otras disposiciones anteriores; pero se previene que este orden no es preciso para la validación del Testamento.

42 He instruido al Escribano en los números anteriores de lo que es Testamento y sus diferencias, del modo y forma de otorgarle, y de todo lo que es necesario para su validación: resta decir ahora por qué causas se podrá declarar nulo en el todo, ó solamente en parte, aunque el Testador no lo revoque. El Testamento se puede anular por diez causas, que se incluyen en las ocho siguientes. La primera, *por defecto del mismo Testador*, v. gr. Si es pupilo, siervo, Monge profeso, pródigo declarado, loco furioso ó mentecato, ó tiene otra prohibición de las que dexo explicadas, pues concurriendo en él alguno de estos defectos ó impedimentos, no puede testar, ni por consiguiente vale el Testamento que ordene, ni tampoco los legados, ni fideicomisos que contenga, porque el que tiene prohibición de testar, la tiene para disponer de sus bienes de qualquier modo que sea (1). Pero es de advertir que si el hijo llega á la pubertad, puede testar con arreglo á la ley sexta de Toro de la tercera parte de lo que posea, y tenga suyo en perjuicio de sus ascendientes, no obstante que exista en poder de su padre, como si estuviera fuera de él (2), según queda expuesto; lo qual no sucedia por derecho Común, ni por el de las Partidas, pues estando baxo de la patria potestad, le prohibian testar y hacer codicilos (3). La segunda, *por error del mismo Testador*, que es quando el que puede testar, y testó, erró, ó se equivocó en la persona nombrada, v. gr. si instituyó á uno en el concepto de ser su hijo legítimo, adoptivo ó legítimo: ó á otro en el de ser su consanguíneo, no siendolo realmente; en cuyos casos y otros semejan-

(1) Ley Sciendum, ff. de Legat. (2) Ley 5. de Toro, que es la 4. t. 18. l. 10. N. R. (3) Ley Qui in potestate, ff. Qui testament. facere pos. ley 3. §. 1. Cod. eod. tit. ley Tam is, §. 1. ff. de Donation. caus. mort. ley 13. tit. 1. P. 6. y §. 1. Institut. Quibus non est permissum facere Testam.

tes no vale la institución, porque falta la voluntad y consentimiento del mismo Testador, por haber errado en la causa eficiente y final, que es la institución de heredero (1); pero los legados y fideicomisos que el Testamento contenga, serán válidos, respecto presumirse no haber padecido error en ellos (2): lo qual no sucederá si yerra el nombre del Legatario, como se dirá en su lugar. La tercera, *por voluntad imperfecta y no consumada del Testador*; para cuya inteligencia es de advertir que el Testamento puede ser imperfecto por razón de su voluntad, por falta de solemnidad de testigos, ó por no haberse hecho publicación de él. Se dice imperfecto por razón de voluntad, quando el Testador no la explicó, v. gr. quando consta que quiso testar por escrito, á cuyo fin hizo llamar al Escribano, y habiendo principiado á dictarlo por sí, falleció sin concluirlo, ó sin que se publicase ante los testigos (3); y por la de solemnidad, quando lo tiene estendido enteramente, y muere antes que se lea, ó que se concluya su lectura á presencia de todos los testigos, y por consiguiente antes de decir, *que así lo otorga* (4); ó quando á su publicación no interviene el número de testigos prescriptos por la ley; en cuyos casos serán nulos el Testamento, los legados, los fideicomisos, y demas disposiciones que contenga (5): lo primero, porque su lectura ó publicación ante los testigos es de substancia (6), y del todo necesaria en qualquiera instrumento para que se estime válido (7). Lo segundo, porque antes de su publicación no se acredita la constante y última voluntad del Testador, respecto no poder probarse, ni saberse, á causa de que al tiempo de publicarse puede mudar, qui-

(1) Leyes Si pater 4. Ne apud 10. y Quotiens 13. Cod. de Heredib. Instituend. ley Nec professio 5. Cod. de Testam. y ley 12. tit. 3. P. 6. (2) Ley Eam quam, Cod. de Fideicommiss. Gom. en la 24. de Toro, n. 1. vers. Decimo, & finaliter. Mat. en la 8. tit. 6. lib. 5. R. glos 1. n. 3. (3) Ley Si is qui, ff. y ley Hac consultissima 8. vers. At cum humana, Cod. Qui in testam. facere pos. y ley Fideicommissa 11. §. Quotiens, ff. de Legat. 3. (4) Ley Hac consultissima 21. §. Ex imperfecto, Cod. de Testam. (5) Ley Si is qui 25. cit. ley Ex ea scriptura 29. ff. Qui testamenta facere pos. y ley Fideicommissa, cit. Gom. en la 3. de Toro, n. 107. Flores de Mena, lib. 1. Var. quæst. 1. n. 38. al 42. (6) Dicha ley Fideicommissa y leyes 103. tit. 18. P. 3. ibi. *debe ser leído, y fecho ante siete testigos*:: y 23. tit. 1. P. 6. (7) Ley 1. t. 23. l. 10. N. R.

tar, añadir y alterar lo que le parezca, como varias veces sucede (1). Lo tercero, porque aunque esté estendido, puede contener algunas cosas diversas de las que el Testador quiso, ó quiera quando lo otorga. Y lo quarto, porque no hay perfeccion de voluntad, si ésta no se halla explicada del modo que la ley ordena y apetece. La quarta, por incapacidad del heredero instituido, v. gr. quando estaba muerto natural ó civilmente, ó por otro motivo se hallaba imposibilitado, inhábil, é incapaz de percibir la herencia. En este caso, aunque por caducar la institucion, se rompía en todo el Testamento segun derecho comun, y no valian los legados, ni fideicomisos (2); lo mismo que en el que carecia de institucion (3), no sucede así por el nuestro que lo ha corregido en esta parte (4); y así aunque el Testador no nombre heredero, ó éste por su incapacidad y prohibicion legal no lo sea, valdrán los legados, fideicomisos, tutelas, y todo lo demas que el Testamento contenga, siendo arreglado á derecho, si á su otorgamiento interviene la solemnidad de testigos que legalmente se requiere, y el Testador está capaz para testar, y no de otra suerte, rompiéndose y anulándose solamente en quanto á la institucion (a). La quinta, por pretericion, ó exheredacion, que es quando el Testador dexa de nombrar por su heredero á un hijo ó descendiente legitimo suyo, ó le exhereda sin causa legal; en cuyos casos sin embargo de que por derecho Comun antiquísimo (5), tampoco valian los legados, ni fideicomisos, hoy son válidos, é igualmente lo es la mejora de tercio y quinto, y quanto incluya el Testamento, si consta de la solemnidad referida. Solo se irrita en lo concerniente á la ins-

(1) Gom. ibi. n. 18. y 19. (2) Ley 3. & per tot. tit. ff. De His, qui pro non scriptis habent. ley 1. Cod. de Hæredib. instituend. y ley unic. §. Et cum triplici: §. In primo: y §. Pro secundo: Co l. de Caduc. tollend. (3) Ley final, §. Illud. Cod. de Codicil. ley 1. ff. de Jure codicillor y ley Cohæredi, §. Cum filia, ff. de Vulgar. & pupillar. substitution. (4) Ley 1. t. 18. l. 10. N. R. y en ella M. glos. 14. n. 81.

(a) En virtud de la ley 1. tit. 18. lib. 10. N. R. si fuere instituido heredero un incapaz, como dice el Autor, valdrán las mandas y demas disposiciones del testamento. Para la debida inteligencia de dicha ley, debe leerse la unica tit. 19. de los testamentos del Ordenamiento de Alcalá, pues no se recopiló entera segun se halla en el.

(5) Ley Filio præterito, ff. de Injust. rupt. testam. y ley Papinianus, §. Si ex causa, ff. de Inofficis. testam.

titudion (1); y si contiene la cláusula codicilar, surtirá los efectos que explicaré quando trate de ella. Por manera que segun nuestro derecho aunque el Testador no haya instituido heredero, no se debe decir que murió intestado, por ser visto estar llamados á su herencia por la ley los que abintestato deben heredarle, como se prueba de las palabras de la 1. t. 18. l. 10. N. R. que dice: *T mandamos que el Testamento que en la forma susodicha fuere ordenado, valga en quanto á las mandas, y otras cosas que en él se contienen, aunque el Testador no haya hecho heredero alguno, y entonces herede aquel que segun derecho y costumbre de la tierra habia de heredar en caso que el Testador no hiciera Testamento, y cumplase el Testamento.* Los herederos abintestato están obligados á cumplir lo que dispuso, y ordenó el Testador como si específicamente fueran nombrados (a) (2). La sexta, por falta de adiccion, ó admision de la herencia, que es quando el heredero instituido no quiere aceptarla, ó la repudia expresamente. Para instruccion del Escribano debo suponer, que por derecho Comun, y de las Partidas se requeria que el Testamento fuese perfecto de quatro maneras (3). La primera por per-

(1) Authent. Ex causa, Cod. de Liber. præterit. y ley 24. de Toro, que es la 8. t. 6. l. 10. N. R.

(a) Si el testador no hizo mencion de algun hijo, por ignorar que lo tenia, ó que su muger estuviere en cinta, no solo se romperá ó anulará el testamento en quanto á la institucion de heredero, sino tambien en quanto á las mejoras de tercio y quinto, mandas y substitution pupilar, dice Gomez in leg. 24. Tauri n. 3. porque la disposicion de esta ley solo debe tener lugar quando el padre con cierta ciencia omite ó deshereda algun hijo, pero no quando procede con ignorancia. Inferese, segun parece de esta doctrina, que anuladas las mejoras, los demas hijos no mejorados podran percibir á beneficio del derecho del omitido, mas de lo que su padre les dexó, al paso que el mejorado no solo quedará sin aquella porcion de bienes de las mejoras, sino de la que perciban los demas hijos no mejorados. De esta manera puede decirse que se destruye todo el testamento, y se sucede ab intestato. Yo, aun estando por esta opinion, salvaria el derecho del hijo omitido, y en lo demas observaria el testamento, y quedaria en su vigor la letra de dicha ley 24 de Toro. Entiendo tambien la doctrina de Gomez, quando el padre murió sin saber que tenia otro hijo, ó que dexaba su muger preñada; pero no quando lo ignoraba al tiempo de hacer testamento, y sabiendolo despues no lo revocó.

(2) Mat. en dicha ley 1. glos. 10. n. 47. y glos. 14. n. 7. (3) Bald. in leg. 1. ff. Qui testament. facere pos. Guillerm. Benedict. in cap. Raynutius, verb. Testam. 1. al fin.

fección de la voluntad del Testador declarada completamente por el mismo (1), pues si fallecía antes de explicarla plenamente, era imperfecto, y como tal no valía ni aun á favor de causas pías (2). La segunda consistía en el nombramiento de heredero (3). La tercera en la solemnidad. Y la cuarta en el efecto, el qual se verificaba de dos modos, el uno con la muerte del Testador, por la que se confirmaba, y no antes el Testamento (4), y el otro dependía de que el heredero quisiese aceptar, ó dimitir la herencia, pues su admisión daba vigor al Testamento, y lo corroboraba y robustecía en todo (5): sino la admitía, se irritaban y anulaban, segun el mismo derecho Común, no solo la institucion, sino tambien los legados y fideicomisos (6); pero segun el nuestro que está en observancia en estos Reynos de Castilla, aunque el heredero instituido no quiera aceptar la herencia, valen los legados, fideicomisos, y todo lo demas que el Testamento contenga, siendo conforme á derecho, y en su otorgamiento hay la solemnidad, y concurre el número de testigos que la ley (7) ordena y prescribe, como dexo expuesto. La séptima causa porque se puede anular el Testamento, es por la *arrogacion ó legitimacion* del heredero del Testador. Y la octava es por *falta de publicacion del Testamento*, la qual se hace de dos maneras: una despues de la muerte del Testador quando el Testamento se formalizó en escritura, memoria ó cédula privada ante el competente número de testigos, ó verbalmente sin ella ante estos. Y la otra estando vivo, á la que llaman vulgarmente *Otorgamiento*, y ésta segun tres leyes de Partida (8), se reduce á que en el Testamento se expresen (como se previene en otra Recopilada (9) para toda escritura

(1) Ley 1. ley Si is qui, y ley Ex ea, ff. Qui testamenta facere pos.
 (2) Guillerm. ibi. n. 71. Bart. in leg. Si is qui: in leg. Pamphilid, §. Propositum: & in leg. Fideicomissa, §. Quoties, ff. de Legat. 3. (3) Ley 1. ff. de Vulgar. & pupillar. substit. y §. Ante hæredis, Institut. de legat.
 (4) Ley 1. ff. Qui testam. facere pos. Cap. cum Marthe de celebrat. Misar. Apostol. ad Hæbreos 9. (5) Bald. in leg. 1. ff. Si quis omis. caus. testamenti. (6) Ley Si nemo 1. ff. de Testamentar. tutel. ley 1. §. 1. ff. de Legat. 3. ley Si nemo, ff. de Regul. jur. y leyes Eam quam 14. y ex testamento 29. Cod. de Fideicomis. (7) Ley 1. tit. 18. lib. 10. N. R. y en ella Mat. glos. 14. y 15. (8) Leyes 54. 103. y 111. tit. 18. P. 3. (9) Ley 1. tit. 23. ley 10. N. R.

pública) el pueblo, día, mes y año en que se otorga y publica, y los testigos que presencién su otorgamiento, con el nombre y apellido de cada uno, (pues no es preciso que sean mayores de toda excepcion) ante los quales y el Escribano juntos ha de manifestar el Testador verbal, clara y distintamente su voluntad; de suerte que todos á un mismo tiempo la entiendan, y en caso de duda puedan deponer contextes, siendo sobre ella interrogados. Tan precisa es la solemnidad de testigos, y la publicacion ó manifestacion de la voluntad del Testador á su presencia, que aunque éste por sí solo, y por vía de memoria ordene su Testamento, y haga llamar al Escribano para que lo traslade al papel sellado, ó lo dicte ó se estienda á presencia de él, si antes que se lea ó publique á la de los testigos competentes fallece, será nulo por falta de publicacion, y por imperfeccion de voluntad, como dexo sentado en los números anteriores.

§. II.

De los Herederos.

43 El Testamento por derecho antiquísimo de los Romanos, no tenía otro fin que el de hacer saber al Pueblo la persona que designaba el Testador para sucederle en todos sus bienes. Quando se perdió esta formula tan sencilla de testar, y se establecieron otras que los Jurisconsultos creyeron necesarias, especialmente en tiempo de los Emperadores, una de ellas y la mas principal fué la institucion de heredero que debía preceder á los legados y fideicomisos; de tal manera, que si se variaba el orden, era nulo el Testamento (1). Despues se estableció, que una vez que la contuviese ya fuese en el principio, en el medio ó en el fin no se anulase (2): y últimamente, por derecho Real de España se ordenó, que aunque el Testamento carezca del nombramiento de heredero, si consta de la solemnidad legal que se ha explicado, valgan las mandas, las mejoras, y todo lo demas que contien-

(1) Ley 1. de ff. Hæredib. instituend. y 9. ff. de Testamentar. tutel. y §. 34. Institut. de legat. (2) Ley 24. y 25. Cod. de Testament. y Præmio del tit. 3. P. 6.

fección de la voluntad del Testador declarada completamente por el mismo (1), pues si fallecía antes de explicarla plenamente, era imperfecto, y como tal no valía ni aun á favor de causas pías (2). La segunda consistía en el nombramiento de heredero (3). La tercera en la solemnidad. Y la cuarta en el efecto, el qual se verificaba de dos modos, el uno con la muerte del Testador, por la que se confirmaba, y no antes el Testamento (4), y el otro dependía de que el heredero quisiese aceptar, ó dimitir la herencia, pues su admision daba vigor al Testamento, y lo corroboraba y robustecía en todo (5): sino la admitía, se irritaban y anulaban, segun el mismo derecho Comun, no solo la institucion, sino tambien los legados y fideicomisos (6); pero segun el nuestro que está en observancia en estos Reynos de Castilla, aunque el heredero instituido no quiera aceptar la herencia, valen los legados, fideicomisos, y todo lo demas que el Testamento contenga, siendo conforme á derecho, y en su otorgamiento hay la solemnidad, y concurre el número de testigos que la ley (7) ordena y prescribe, como dexo expuesto. La séptima causa porque se puede anular el Testamento, es por la *arrogacion ó legitimacion* del heredero del Testador. Y la octava es por *falta de publicacion del Testamento*, la qual se hace de dos maneras: una despues de la muerte del Testador quando el Testamento se formalizó en escritura, memoria ó cédula privada ante el competente número de testigos, ó verbalmente sin ella ante estos. Y la otra estando vivo, á la que llaman vulgarmente *Otorgamiento*, y ésta segun tres leyes de Partida (8), se reduce á que en el Testamento se expresen (como se previene en otra Recopilada (9) para toda escritura

(1) Ley 1. ley Si is qui, y ley Ex ea, ff. Qui testamenta facere pos.
 (2) Guillerm. ibi. n. 71. Bart. in leg. Si is qui: in leg. Pamphilid, §. Propositum: & in leg. Fideicomissa, §. Quoties, ff. de Legat. 3. (3) Ley 1. ff. de Vulgar. & pupillar. substit. y §. Ante hæredis, Institut. de legat.
 (4) Ley 1. ff. Qui testam. facere pos. Cap. cum Marthe de celebrat. Misar. Apostol. ad Hæbreos 9. (5) Bald. in leg. 1. ff. Si quis omis. caus. testamenti. (6) Ley Si nemo 1. ff. de Testamentar. tutel. ley 1. §. 1. ff. de Legat. 3. ley Si nemo, ff. de Regul. jur. y leyes Eam quam 14. y ex testamento 29. Cod. de Fideicomis. (7) Ley 1. tit. 18. lib. 10. N. R. y en ella Mat. glos. 14. y 15. (8) Leyes 54. 103. y 111. tit. 18. P. 3. (9) Ley 1. tit. 23. ley 10. N. R.

pública) el pueblo, día, mes y año en que se otorga y publica, y los testigos que presencién su otorgamiento, con el nombre y apellido de cada uno, (pues no es preciso que sean mayores de toda excepcion) ante los quales y el Escribano juntos ha de manifestar el Testador verbal, clara y distintamente su voluntad; de suerte que todos á un mismo tiempo la entiendan, y en caso de duda puedan deponer contextes, siendo sobre ella interrogados. Tan precisa es la solemnidad de testigos, y la publicacion ó manifestacion de la voluntad del Testador á su presencia, que aunque éste por sí solo, y por vía de memoria ordene su Testamento, y haga llamar al Escribano para que lo traslade al papel sellado, ó lo dicte ó se estienda á presencia de él, si antes que se lea ó publique á la de los testigos competentes fallece, será nulo por falta de publicacion, y por imperfeccion de voluntad, como dexo sentado en los números anteriores.

§. II.

De los Herederos.

43 El Testamento por derecho antiquísimo de los Romanos, no tenía otro fin que el de hacer saber al Pueblo la persona que designaba el Testador para sucederle en todos sus bienes. Quando se perdió esta formula tan sencilla de testar, y se establecieron otras que los Jurisconsultos creyeron necesarias, especialmente en tiempo de los Emperadores, una de ellas y la mas principal fué la institucion de heredero que debía preceder á los legados y fideicomisos; de tal manera, que si se variaba el orden, era nulo el Testamento (1). Despues se estableció, que una vez que la contuviese ya fuese en el principio, en el medio ó en el fin no se anulase (2): y últimamente, por derecho Real de España se ordenó, que aunque el Testamento carezca del nombramiento de heredero, si consta de la solemnidad legal que se ha explicado, valgan las mandas, las mejoras, y todo lo demas que conten-

(1) Ley 1. de ff. Hæredib. instituend. y 9. ff. de Testamentar. tutel. y §. 34. Institut. de legat. (2) Ley 24. y 25. Cod. de Testament. y Præmio del tit. 3. P. 6.

ga, siendo conforme á derecho, estimandose en este caso como Codicilo, ó última voluntad (1), pues no sería justo que porque careciese el Testamento de la institucion, ó el heredero no aceptase la herencia, dexasen de entregarse contra la voluntad del difunto á los legatarios sus legados, y de practicarse todo lo demas que habia ordenado (2). Pero el Escribano no incurrirá en pena por autorizarlo sin institucion ó nombramiento de heredero, como algunos piensan, porque no hay ley que se la imponga. Su obligacion no es otra que de advertírsele para evitar á sus herederos ab intestato el perjuicio de gastar en la legitimacion de sus personas, á fin de que se les declare por tales.

44 Se llama, y es heredero el que despues de la muerte *ex testamento*, ó *ab intestato* de alguno, ha de suceder en sus bienes, y apoderarse y disponer de ellos á su arbitrio como dueño propietario (3). Esta voz *heredero* se deriva segun unos, de la latina *Hærus*, que significa el Amo ó Señor, y así los antiguos llamaban herederos á los Señores (4); ó segun otros, del verbo *hæreo*, que significa estar junto, ó pegado á otro, porque el heredero está próximo al que hereda (5), como su pariente, ó muy amigo, pero hasta que acepta la herencia, ó entra en ella, ó hace actos de heredero, no lo es, ni debe llamarse así, aunque por tal esté instituido. Pueden serlo el Emperador, Rey, Reyna, la Cámara de cada uno de estos, la Ciudad, Villa, Lugar, Comunidad, Concejo, el que es capaz, loco, mudo, sordo, ciego, Clérigo, Monge, Lego, y todo hombre ó muger, ya sea libre ó siervo, que por derecho no está privado de heredar (6).

45 Debe el Testador hacer la institucion de heredero en Testamento, y no en Codicilo (7), *fuera de ende*, dice la ley, *en una manera, como si aquel que ficiere Codicilo dixese así; que el rogaba, ó mandaba á los herederos que deben heredar lo suyo*

(1) Ley 1. tit. 18. lib. 10. N. R. Mat. en ella, glos. 4. n. 17. y sig. (2) Ley 1. Cod. de Sacrosanct. Eccles. ley In conditionibus, ff. de Conditionib. & demonstrationib. Authent. de nupt. §. Disponant, collat. 4. y Authent. de hæredib. & Falcidia, §. Si vero expresim: Mat. en dicha ley 1. tit. 4. glos. 10. n. 1. (3) Leyes 1. tit. 3. P. 6. Hæres 27. ff. de Acquirend. hæred. y Hæredem 59. ff. de Reg. jur. (4) §. fin. Institut. de Hæred. qualitat. Ferrar. Biblioth. verb. Hæres n. 1. (5) Rubiños in Dicc. verb. Hæres. (6) Ley 2. tit. 3. P. 6. (7) Ley 7. tit. 3. P. 6.

por qual manera quier que sea, que despues de su muerte diessen é entregasen todos sus bienes á alguno que fuese señaladamente en el Codicilo. Ca estonce tenudos son de los dar, é entregar á aquel que así fuese nombrado en él; sacando ende la quarta parte de todos los bienes, que pueden tener los herederos para sí. En este caso, segun se reconoce, no hay institucion directa, sino solo un fideicomiso. Pero se previene, que si lo instituye simplemente en el Testamento, no debe imponerle despues condicion, ni darle substituto en el Codicilo (1), y que aunque lo haga, no valdrá, excepto en la forma que expresaré mas adelante. Sin embargo, el Escribano no incurrirá en pena por autorizarlo, porque no la hay impuesta, ni le está prohibido.

46 Debe asimismo nombrarlo por su nombre ó apellido, ó con señales tan claras, que no se dude quien es; mas no con palabras que designen algun delito ó defecto de aquellos que deshonoran é infaman las personas, porque entonces no valdria tal establecimiento de heredero (2): ni con las que llamamos *señas* hechas con la cabeza, ó con algun otro ademan: ni dexar la institucion á eleccion y arbitrio de otro: ni tampoco darle poder para que la haga (3), porque *el establecimiento de heredero é de las mandas, non debe ser puesto en alvedrio de otro* (4); y así es necesario que manifieste la suya por sí propio, y de lo contrario se tendrá por captatoria, y no valdrá el Testamento (a) (5). Bien que aunque no profiera

(1) Ley 8. tit. 3. P. 6. (2) Leyes 6. 10. y 11. 3. P. 6. (3) Ley 11. tit. 3. P. 6. Matienz. en la ley 1. tit. 4. lib. 5. R. glos. 16. n. 2. (4) Leyes Illa institutio 32. ff. de Hæredib. Institutend. y 11. tit. 3. P. 6.

(a) Se llaman instituciones captatorias las que se hacen por el testador con propósito de obligar ú estrechar á otro á que exercite su liberalidad con él, como si una institucion se hiciese diciendo: Instituyo por heredero á Pedro en la parte que Pablo me instituya á mí; pero no son captatorias aquellas instituciones en que los hombres se declaran ó expresan un amor reciproco. Las leyes romanas reprobaban las Instituciones captatorias, las que se hacian baxo ciertas condiciones referentes á futuro. Todos los Jurisconsultos de la Escuela de Bartolo denominaron captatoria á la que el Autor llama tal; y en hecho de verdad en una institucion de esta naturaleza podian muy bien caber estos fines captatorios. Pueden verse las leyes 70. 71. 81. de hered. inst. l. 1. his que pro non scrip. hab. l. 20. §§. ult. de Cond. inst.

(5) Leyes Captatoria scripturæ 64. ff. de Legat. 1. Captatorias 11. Cod. de Testam. militis y Captatorias 70. de Hæredib. Institutend.

su nombre, si el Escribano, ú otra persona nada sospechosa le pregunta: *Si instituye por su heredero, v. gr. á Juan de tal:* y responde con la boca, y no por señas, *que sí*, valdrá con tal que esté en su juicio, y presencie la pregunta y respuesta el competente número de testigos que lo entiendan, pues es lo mismo que si de su *motu proprio* lo hubiera nombrado, sin ser preguntado (1). En quanto á si será, ó no valido el Testamento, quando el Testador es ó no preguntado, y está ó no muy agravado, y solo responde: *Sí, ó no:* y quando no puede hablar claramente, véase á *Flores de Mena lib. 1. Var. quest. 1. ex n. 45. al 51.* que trae siete declaraciones, y á los que cita.

47 Pero no es preciso que lo instituya por su nombre ó apellido en el Testamento, pues basta que diga en él, que quiere sea su heredero el que nombrará en el Codicilo (2): en cuyo caso siendo ambos perfectos en todo lo demas, verificandose en éste la nominacion, y estando el Testador en su juicio, valdrá, y no podrá decirse que murió intestado. Lo propio milita y procede siendo nombrado en memoria testamentaria, en la forma que expresaré en su respectivo lugar, porque la memoria citandose en el Testamento ó en el poder para testar, y no dudandose ser del Testador, se estima y es parte de él; mas no sino se cita, ó no consta ser suya; por lo que si en el Testamento dice: *que su heredero perciba la herencia con las condiciones, gravámen, y en los bienes y forma que expresará en el Codicilo, ó en memoria testamentaria, que quiere se estime por parte de su Testamento,* valdrá el señalamiento de bienes, y el gravámen y condicion que contenga el Codicilo ó memoria, no dudandose ser esta suya, porque en ellos no le grava, sino en el Testamento, y solo declara lo que en este omitió, y dixo declararia, lo qual es muy diverso (3).

48 Si el Testador yerra el nombre del heredero ó del legatario, y creyendo instituir á uno, nombra á otro, no vale

(1) Ley 6. tit. 3. Part. 6. Cast. lib. 4. Controv. cap. 20. n. 14. Gom. en la ley 3. de Toro n. 109. Mat. en dicha ley 1. tit. 4. lib. 5. R. glos. 16. n. 4 al 17. Flor. de Mena lib. 1. Var. quest. 1. n. 45. y 56.
(2) Leyes 7. y 8. tit. 3. P. 6. (3) Mat. en dicha ley 1. y glos. 16. n. 13.

la institucion, ni el legado (1), aunque hay casos en que valdrá (2). Si hace la institucion á dia ó tiempo cierto, v. gr. *Instituyo por mi heredero á Pedro desde tal dia, mes y año en adelante, ó hasta tal dia,* es valida, mas no la adición ó señalamiento de tiempo, por lo que el heredero entrará en la herencia inmediatamente que muera el Testador (a); pero si

(1) Ley 12. tit. 3. P. 6. (2) Ley 13. tit. 3. P. 6. vease á Greg. Lop. en ella.

(a) Las leyes de Partida adoptaron en este caso como en otros de que trata el Autor la máxima de las romanas, á saber que *nadie puede morir en parte testado y en parte intestado* en quanto á la sucesion universal del heredero, aunque por unas y otras leyes pueden adquirirse mandas y fideicomisos, de que hay hartos exemplos en el Digesto y en el Código. Esta máxima, que es tambien la del derecho de acrecer, admitido igualmente por nuestras leyes de Partida, se funda en otro principio mas alto, en la necesidad de fixar la sucesion hereditaria, y remover las decisiones arbitrarias en la ocasion de una gran perplexidad acerca de la última voluntad del hombre, quando ya no se le puede consultar. Hacíase ó hácese, una institucion de heredero hasta cierto y determinado dia, ó desde un dia determinado y cierto, ó en cierta y señalada parte de herencia, guardando silencio el testador sobre quién habia de ser su heredero en el resto del tiempo, ó en lo demás de la herencia, caso que el Señor Gregorio Lopez refiere haber sucedido en su tiempo. ¿A quién pertenece la parte omitida de que no habló el testador? La ley se vió en el mayor apuro para decidir; pues se halló sin otros fundamentos para averiguar su voluntad que los términos de la disposicion misma.

Los parientes nada podian alegar en su favor, porque el testador ni aun los habia nombrado en el testamento, que era el propio lugar de hacer memoria de ellos. La presuncion legal en que la ley funda la sucesion intestada no podia tener valor en este caso, pues que no era posible suponer una voluntad real y positiva, que se habria expresado si la hubiese. En la disputa sobre quién tenia por sí los últimos sentimientos del difunto, debian imponerse silencio los parientes á presencia del heredero por quien los manifestó tan singulares, instituyéndole en parte de la herencia. Sin embargo esta limitacion parecia excluirle del resto, y esta es la crisis de perplexidad en que el Legislador se vió; pero el muerto ya no podia hablar, era preciso resolver y establecer la sucesion sobre bases ciertas; y dexandose llevar por donde se descubria un resquicio para penetrar los últimos deseos del difunto, tan envueltos en tinieblas, se fixó, ántes que en los parientes, en el que instituyó heredero, que fué el unico objeto por quien hizo demostracion acerca de la sucesion universal, atribuyendo por necesidad la institucion determinada á cierto tiempo, ó cierta parte de herencia á alguna de las casi infinitas circunstancias en que los hombres ó se equivocan ó explican mal, como dicen *Cujac*. Cesando la presuncion legal por los parientes, consintió que una parte de la herencia, en que testó, arrastrase á la otra

éste es Caballero ó Soldado, que está en el Real servicio, va

en que no testó: *Causa testati trahit ad se causam intestati*. Justiniano, que acomodó las instituciones antiguas á las opiniones de su tiempo, muy análogas á las del nuestro, no alteró aquella regla, que rige todavía en muchas legislaciones modernas; y creen graves AA. que aun donde no rige, como en los países belgicos, el heredero debe ser preferido á los parientes en unas disposiciones como las referidas. Las leyes de Partida las han adoptado; y lejos de que las modernas de Toro las hayan alterado tácita ni expresamente, las suponen en vigor mas de una vez. No sé que consideracion verosimil se pueda sacar de la ley 1. tit. 18. l. 10. N. R. para suponer que ella ha derogado las citadas leyes de Partida, como lo hace repetidamente el Autor de las notas del *Febrero reformado*. La ley recopilada solo ordena que valgan las mandas y demas cosas que el testador disponga, aunque en el testamento no haya institucion de heredero. ¿Qué hay en estas palabras, no digo que contenga derogacion, pero ni aun la menor alusion á la materia? La ley primera quiere que se cumpla lo que el testador disponga, aun no habiendo institucion de heredero. ¿Cómo puede esto traerse á la hipótesis de las leyes de Partida que es quando dexa de disponer, quando calla, quando por su silencio se pone en duda la voluntad del testador, quando por esto se vió el legislador en la forzosa necesidad de interpretar? Ciertamente se creyó que estas leyes hacian guerra á la última voluntad, y que mandaban que á pesar de ella en obsequio de una vana sutileza, habia de ser para el heredero la parte omitida de la herencia, despojando á los parientes. Sobre esta inteligencia equivocada escandalizan al Reformador las leyes de Partida, y esrañando que pasasen tantos siglos sin que se hubiesen derogado unas disposiciones que juzgaba tan injustas, se imaginó haber encontrado su revocacion en la dicha ley primera, haciéndola decir lo que no soñó el Legislador.

Dicha máxima debe observarse segun la opinion mas comun, mas probable y mas racional, á menos que por otra parte conste que el testador, en este modo de testar, quiso llamar á los herederos ab intestato, ó hacer á su favor un fideicomiso; pues como en caso de duda está la presuncion por el heredero ántes que por los parientes, cesa habiendo otras razones en contrario. La ley solo habló en el caso de que no hubiese medio de saber ó conjeturar verosimilmente la última voluntad mas que por los términos de la disposicion misma. Si se puede probar que el testador quiso morir intestado en cierta parte de herencia, ó prohibió el derecho de acrecer, ya en esta expresion manifiesta sentimientos efectivos á favor de sus parientes, y entonces puede decirse que le sucederán estos, no en virtud de la ley, sino en fuerza de la voluntad del testador: así nunca se verifica *morir en parte testado y en parte intestado*, y heredar parte por disposicion del difunto, y parte por disposicion de la ley en falta absoluta de aquella. No son admisibles las opiniones de algunos AA. que resisten esta excepcion, pues nada hay mas opuesto á la buena fé, dice un Jurisconsulto romano, que percibir alguna cosa contra la voluntad del testador. En algunos casos dispensa la ley al soldado; las apresuradas circunstancias de un testamento militar hicieron cesar las presunciones en que estriva aquella máxima.

le el señalamiento (1). Mas si la hace á tiempo que aunque incierto, se ha de verificar, v. gr. *Instituyo á Pedro por mi heredero para el dia que muera*, vale, y entrará en la herencia del mismo modo que si hubiera sido instituido simplemente, y esto se entiende, ya sea ó no Caballero el Testador, pues todos tienen facultad para hacerlo en esta forma (2).

49 El que entra en la herencia sin autoridad judicial, habiendo otros coherederos, pierde por el mismo hecho el derecho á ella, y si no lo tiene, debe restituir todos los bienes que tomó, y otros tantos, ó su valor en pena de la intrusion, y la Justicia informada de la verdad, pondrá en pacífica posesion de ellos á los legítimos herederos, procediendo breve y sumariamente, sin estrépito, ni figura de juicio, y executará la pena con exacción de las costas, daños y perjuicios que se les ocasionaron (3).

50 Una de las materias que mas alteraciones sufrió en la antigüedad, fue la sucesion hereditaria. Los Romanos llevando adelante la dureza, barbarie y ferocidad con que se cimentó su imperio, se contemplaban dueños absolutos de lo que poseian, y en este concepto no se creian obligados á dexarlo á otra persona que á la que les captase mejor su voluntad, ó su capricho, con perjuicio de sus propios hijos, los quales no ocupaban en su corazon mejor lugar que el esclavo. Dueños despóticos de su vida ó muerte, y ciegos ó totalmente negados á los sentimientos que inspiran la sangre, la razon, y la naturaleza, les era indiferente que viviesen, ó muriesen, que quedasen opulentos ó miserables: y así de la libre facultad que se arrogaban de venderlos, ó matarlos, se seguia la de exheredarlos (4). Mas racionales, y humanos los Griegos por el cultivo, y uso de las ciencias, que son las antorchas del entendimiento, y con especialidad por el de la filosofia moral, formaron ideas mas nobles, y establecieron leyes mas templadas. El dominio y derecho de la patria potestad le reduxeron á castigar á sus hijos con prudencia y

(1) Leyes 15. tit. 3. P. 6. y Certi juris 8. Cod. de Testam. militis Gom. lib. 1. Var. cap. 1. n. 8. 9. y 10. (2) Ley 15. tit. 3. P. 6. (3) Ley 3. tit. 34. lib. 11. N. R. (4) Liv. lib. 1. cap. 34.

moderacion, y si por este medio no se conseguía su enmienda, los abdicaban de sus bienes, y expelían desnudos de su casa; pero la patria potestad espiraba por los años, por el matrimonio, y por el ejercicio de los oficios de República (1); á cuyo modo de pensar tan regular era consiguiente el instituirlos herederos, y el que tanto *ex testamento* como *ab intestato* fuesen sucesores de sus bienes que era lo menos, los que lo habian sido de su sangre, de su educacion, y costumbres, que era lo mas. Con las ciencias recibieron de los Griegos los Romanos la mansedumbre, la dulzura, y sobriedad de costumbres, de la que se derivó la sucesion de los hijos á sus padres, y la de los parientes entre sí *ex testamento*, y *ab intestato*. Conservaron sin embargo algunas de las antiguas de que no pudieron desprenderse del todo y entre otras la diferencia que reconocian entre hijos, é hijas emancipados, y existentes en el dominio paternal, y entre aguados, y cognados, como si todos no tuviesen con su padre el mismo enlace natural, y participasen de su substancia; aun la madre ingenua que no procreaba tres hijos, y la libertina quatro, era excluida de heredarlos, como si de ella dependiera el procrear muchos, pocos ó ninguno, y no tuviera igual parentesco con ellos que su padre. El Emperador Justiniano conociendo esta sinrazon y desigualdad de justicia, derogó la variedad de sucesiones; abolió la diferencia entre agnados, cognados, y demas hasta entonces observadas; y prefijó tres líneas, una de ascendientes, otra de descendientes, y otra de transversales por su orden y grado, que son las que hoy subsisten. Supuesto lo referido, que conduce para tomar alguna tintura de lo acaecido en tiempo que los hombres no conocieron, ó se olvidaron de los derechos de la humanidad; y procediendo á explicar en qué términos segun nuestras leyes (que son las que debemos observar) suceden entre sí los ascendientes y descendientes en virtud de su respectiva disposicion y voluntad, digo que de dos maneras pueden los hombres adquirir los bienes, y ser herederos de los difuntos *ex testamento*, y *ab intestato* (2). Los herederos *ex testamento* son los que el Testador nombra

(1) Dion. Halicarn. l. 2. p. 96. (2) §. Instit. Per quas personas vox acquir.

por tales, (ya sean ó no sus consanguíneos) para que le sucedan en todos sus bienes, acciones y derechos, y así entran en la herencia mediante su expresa y especial voluntad. Los herederos *ab intestato* son los mas cercanos parientes del difunto que no hizo Testamento, y si lo hizo, no fué arreglado á derecho, ó aunque lo fuese se rompió é irritó despues por la supernascencia de algun hijo, ó por otro motivo, ó porque en él no instituyó heredero; los quales solo por legal disposicion le suceden en todos sus bienes y derechos (1), y por eso se llaman tambien *legítimos* como los forzosos: tratare de cada clase con separacion.

51 Dividense los herederos *ex testamento* en *universales* y *particulares*. Los universales son los que suceden no solo en todos los bienes del Testador, sino en sus obligaciones, por lo que se llaman propia y ádequadamente herederos. Los particulares son los que suceden solamente en cosa cierta y determinada, v. gr. en tierra, casa ú otra alhaja raiz, mueble ó semoviente, ó en ciertos y determinados efectos, derechos y acciones: pero estos no son responsables á las obligaciones y cargas del difunto, que son de cuenta del heredero universal, que segun derecho representa en todo al Testador, y es una persona con él.

52 Subdividense los herederos *ex testamento* en *forzosos* y *legítimos*, y en *necesarios* y *voluntarios* (2). Los forzosos son los hijos y descendientes legítimos del Testador. Llámense *legítimos*, porque nacen segun ley, y disposicion de nuestra Santa Madre la Iglesia, por lo que gozan de todas las honras y bienes de sus padres, y demas ascendientes, y son conocidos y reputados por sus verdaderos hijos (3); y *forzosos*, porque sus ascendientes mas cercanos deben instituirlos precisamente por sus herederos, no habiendo causa legítima para exheredarlos, pues no instituyéndolos, podrán romper y anular en quanto á la institucion su Testamento por la pretericion. De ellos hay tres clases: unos nacidos y procreados durante matrimonio verdadero, para cuya celebracion no tuvie-

(1) Princip. Instit. de Hæredi quæ ab intest. Ferr. Biblioth. verb. Hæres. n. 2. (2) Ley 21. tit. 3. P. 6. (3) Proem. y leyes 1. y 2. tit. 13. P. 4. tit. 3. P. 6. y In suis 21. ff. de Liber. & posthum. §. 2. Institut. de Hæred. qualir.

ron sus padres impedimento canónico. Otros, que aunque han nacido, y sido engendrados constante él, resultó despues entre sus padres algun impedimento que ignoraban ambos, ó á lo menos uno de ellos. Y otros los que engendran y procrean soltero y soltera libres de impedimento canónico para casarse, aunque sean habidos en sierva, con tal que sus padres se casen despues, porque se legitiman por el subsequente matrimonio, y la sierva queda libre (1).

53 Tambien son legitimos los que nacen de infieles, que despues se convierten á nuestra Santa Religion, aunque estén en el grado prohibido por derecho canónico, porque entre ellos el matrimonio es un mero contrato, y no están sujetos á las leyes Canónicas hasta que se convierten, por no ser miembros de nuestro cuerpo católico (2). Sus padres deben instituirlos por sus herederos, aunque no esten en su poder al tiempo de la institucion, y les han de suceder no solo *ex testamento*, y *ab intestato*, sino contra testamento, no concurriendo en ellos causa legal para ser exheredados. Sus bienes les pertenecen por derecho natural y positivo, y en ellos tienen quasi dominio, y por fallecimiento de sus ascendientes dominio pleno, en el que continuan por representacion (3). La ley 21. tit. 3. Part. 6. los llama *proprios del Testador*, porque son una persona y una cosa con él.

54 La institucion que los padres han de hacer en sus hijos legitimos, debe ser directa, y no obliqua, ó por fideicomiso. La *directa* es aquella, en virtud de la qual se puede admitir la herencia por derecho civil, ó pedir la posesion de los bienes sin ministerio de persona alguna; y la obliqua la que exige el hecho, ó ministerio de otro (4). Con ellos, ni con los demas descendientes legitimos ningun extraño ha de ser establecido por heredero (a), y si lo fuere, será nula é

(1) Leyes 1. tit. 13. Part. 4. 2. y 4. tit. 6. lib. 3. del Fuero Real. Si vicinis 9. Cod. de Nupt. y Filium 6. ff. Qui sunt sui, vel alieni jur. cap. Conquestus 1. Cum inter virum 2. Tanta est 6. Referente 10. Pervenit 11. y Ex tenore 12. Qui filii sint legitimi. (2) Cap. Gaudemus 15. Qui filii sint legitimi. (3) Ley In suis hæredibus 11. ff. de Liberis, & posthum. hæredib. Instit. (4) Bald. in leg. fin. Cod. de Sacrosanct. Eccles. n. 12. al 14. DD. in leg. Centurio, ff. de Vulgar.

(a) Los extraños no pueden ser instituidos herederos con los hijos, ni aun en el quinto: solo pueden ser legatarios, ó fideicomisarios. La ley 6

ineficaz en quanto á él la institucion (1), porque todos los legitimos descendientes deben haber su legitima integra sin condicion, ni gravamen *jura naturæ* (2), y entre ellos se comprenden los póstumos (3); bien que la institucion de estos es tácitamente condicional, y se entiende para el tiempo de su nacimiento (4). Verificado este, se les dan todos los remedios posesorios de Tenuta y restitucion *in integrum*; acerca de lo qual vease á *Lara de Vita hominis* cap. 2. á los que cita.

55 *Postumos* son llamados los que nacen despues del fallecimiento de sus padres (5), por cuya razon dice el derecho (6) que el que dexa á su muger en cinta, no muere sin hijos, y siendo sus madres libres, y no siervas, ó aun quando sean siervas al tiempo de su nacimiento, si al de su concepcion eran libres, no solo se tendrán por libres, sino que gozarán, y les competirán todos los privilegios que á los nacidos. Lo mismo sucederá, si quando los conciben son siervas, y al tiempo de parirlos están manumitidas (7), porque el hijo sigue la condicion de su madre, excepto en quanto á los honores civiles, que sigue la de su padre, si nace despues que los obtuvo, y no antes (8). Para que se tengan por legitimos, es preciso que los para su madre á lo mas á los 10 meses despues de la muerte de su marido, y que á este tiempo viva en su compañía, pues si nacen aunque no sea sino un dia entrado en el oncenno mes, no se reputarán por legitimos, pero sí, naciendo dentro de los siete (9), ó de los nue-

de Toro declara exclusivamente herederos, *ex testamento y ab intestato* á los descendientes respecto de los ascendientes; y á los ascendientes respecto de los descendientes, *en todos los bienes de qualquiera calidad que sean*; y tratando luego de las facultades de los descendientes, no dice que pueden instituir por herederos en el tercio á los extraños, sino que puedan disponer hasta de la tercia parte de sus bienes. Los efectos legales son muy diversos de ser un extraño heredero á ser un legatario. La misma razon milita en el quinto de que pueden disponer los ascendientes.

(1) Leyes Hac consultissima 21. al fin. Cod. de Testam. 7. y 17. tit. 1. P. 6. y 1. tit. 6. lib. 3. del Fuero Real, cap. Raynut. Testam. (2) Leyes 17. al fin, tit. 1. 4. y 7. tit. 11. y 11. tit. 4. Part. 6. (3) Ley Placuit 4. ff. de Liber. & posthum. (4) *Lara de Vita homin.* cap. 2. n. 4. (5) Ley 20. tit. 1. P. 6. (6) Ley 187. ff. de Reg. jur. (7) Ley Et servorum 5. y ley Qui in utero 7. ff. de Statu homin. ley Antiqui, ff. Si pars hæreditatis petat. ley Fæminæ, ff. de Senatorib. §. 2. Institut. de ingenuis. *Lara de Vita hominum*, c. 1. n. 1. al 17. (8) Ley 1. tit. 1. lib. 6. de Recop. (9) Ley 4. tit.

ve, que es lo comun; bien que suele haber partos verdadero de 11 meses, lo que pocas veces sucede: vease acerca de este punto á *Lara de Vita homin. cap. 10.*

56. Para poder heredar los descendientes legítimos á sus ascendientes, y llamarse naturalmente nacidos, y no abortivos, han de nacer vivos enteramente, y vivir despues 24 horas naturales á lo menos, ser bautizados antes de morir, aunque sea por la comadre que les echa agua de socorro, y tener figura de racionales, aun quando sus miembros sean deformes por la pequeñez, ó magnitud: porque si nacen sin figura racional, v. gr. con cabeza, ó miembro de bestia, ó aunque la tengan, y nazcan vivos, si mueren dentro de las 24 horas, ó no son bautizados antes de morir en caso que las vivan, ó mas, se tendrán por abortivos, y á ningun ascendiente heredarán, sin embargo de que los instituyan por sus herederos; de modo que para heredar, y poder ser herederos, y que el parto sea habido por legítimo y natural, se han de verificar las tres cosas copulativamente, las que no eran necesarias por derecho comun. Si por la ausencia del marido, ó por razon del tiempo que ha corrido desde que se verificó el casamiento, se prueba en debida forma que han nacido fuera de aquel tiempo que la ley ha fixado para considerarlos legítimos, no heredarán á sus padres, excepto si su madre es concubina de su padre antes de casarse, porque entonces se legitiman por el subseguente matrimonio (1).

57. En estos Reynos de Castilla tienen derecho los descendientes legítimos á todos los bienes de sus ascendientes; pero sin embargo se permite á estos que dispongan del quinto de ellos en vida, ó muerte, con tal que no sea mas que uno en ambos tiempos, segun se prueba de la *ley 28. de Toro*, que corrigió las *9. tit. 5. y 7. tit. 12. lib. 3. del Fuero Real*, que les concedian facultad de donar uno en vida, y otro en muerte. De este quinto y no del cuerpo de la hacienda del Testador se han de deducir los gastos de su funeral, Misas, entierro, y legados, teniendo legítimos descendientes, aunque el Testador lo prohiba expresamente, segun se prueba de la

53. P. 4. *Lara de Vita homin. cap. 10.* Menochio, lib. 2. pres. 52. Roxas de Incomp. p. 2. cap. 4. (1) Gom. en la ley 12. de Toro, n. 4. vers. Quod iterum limita.

ley 30 de Toro, cuyo contexto es éste: La cera, Misas y gastos del enterramiento se saquen con las otras mandas graciosas del quinto de la hacienda del Testador, y no del cuerpo de la hacienda, aunque el Testador mande lo contrario. Mas si testa entre extraños, se sacarán del cuerpo del caudal, como lo expone *Ant. Gom.* en la ley inserta, y se practica, á menos que el Testador mande lo contrario, porque la restriccion y prohibicion de ella se entiende solamente entre descendientes legítimos. Si lega el quinto á un hijo natural ó expurio, lo pagarán los herederos extraños, pero no siendo legítimos, y el Legatorio del quinto lo llevará íntegro, deduciéndose primero de todo el caudal las deudas que el Testador tenia quando murió, y los legados específicos que hizo, si no dispuso otra cosa (1); pero para evitar dudas y contraversias, prevendrá el Escribano al Testador que declare su voluntad, la qual servirá de regla y norte, que gobierne al Contador. Lo propio deben hacer los herederos legítimos, si dexa el usufructo del quinto á su muger, ó á otro extraño, y á ellos la propiedad, pues como su usufructo no equivale á ésta, si grava al usufructuario con la satisfaccion de dichos gastos, y vive poco tiempo, tendrá que suplirlos de su propio caudal, y en vez de ser beneficiado, será perjudicado (2).

58. Pero si el Testador tiene cinco ó mas descendientes legítimos, y dexa el quinto por su alma, ó á favor de algun hijo ilegítimo, ó de otra persona, quedan éstos reducidos á peor condicion, debiendo ser privilegiados, porque percibirán menor porcion de herencia que lo que importa el quinto, v. gr. en este caso: Un padre tiene cinco hijos, y 50 pesos que dexarles. Si manda distribuir los 120 pesos como quinto íntegro de sus bienes, no quedan mas que 40 para sus hijos: tocarán únicamente á cada uno 120 reales, y serán gravados en 30, que es el exceso del quinto, lo qual es contrario á la ley 28 de Toro, que reformando las dos del Fuero Real, que permitian al Testador disponer de mas de un quinto, se propuso el fin principal de evitar el gravámen que resultaria á los hijos y descendientes legítimos con semejante permi-

(1) Ayora, de Partit. part. 2. quæst. 6. (2) Bayo, prax. Eccles. part. 3. lib. 2. quæst. 21. n. 1. y sig.

sion. En efecto, no quiso que cada uno de los descendientes legítimos heredase menor cantidad, que la que en su totalidad importase el quinto. Hay sobre esto variedad de opiniones (1), y suelen suscitarse dudas y litigios, pero yo siempre estaré por la libertad del padre, por las razones que expongo en el cap. 1. lib. 2. de mi segunda parte adicionada, pues el que usa de su derecho, á nadie injuria. El Escribano para evitarlos, enterará al Testador de ellas, y con su orden entenderá la cláusula en esta forma: *Mando que mis bienes se dividan en seis partes iguales, de las cuales una se tendrá por quinto íntegro y de ella, se harán las deduciones que previene la ley 30. de Toro, hasta en donde alcance, y no mas, y las cinco restantes se aplicarán á mis cinco hijos con igualdad. Si mas hijos tuviere, mandará que se dividan en mas partes, y que la una se tenga por quinto.*

59 Ayora, de *Partitionib. part. 2. quæst. 1.* dice, que el padre dexando á su muger en cinta, y no teniendo hijos vivos, puede disponer de la quarta parte de sus bienes en perjuicio del póstumo, y se funda en que éste al tiempo de la disposicion y muerte de su padre no tiene adquirido derecho á ellos; cuya doctrina es falsa y diametralmente opuesta al espíritu de la ley 28. de Toro, y por lo mismo no debe seguirse. Si fuera verdadera, no solo podría disponer de la quarta, sino de todos los bienes, porque milita la misma razon para lo uno que para lo otro (2). Solo en Ciudad Rodrigo y su Obispado se permite á marido y muger que se leguen la quarta parte de sus bienes, aunque tengan hijos legítimos; y vale, segun afirma Gutierrez, porque es costumbre inconcusa, y generalmente observada. El Escribano tendrá presente todo esto para instruir al Testador como corresponde.

60 Quando los hijos heredan á sus padres y demas ascendientes, están obligados, ó sus herederos, á traer á colacion y particion la dote, la donacion *propter nuptias*, y todas las demas donaciones que estos les hicieren de sus propios bienes. Si quieren apartarse de la herencia, pueden ha-

(1) Gutier. lib. 2. pract. quæst. 107. Gom. y Tello Fernandez, en las leyes 9. y 10. de Toro Acevedo, en la 1. tit. 8. lib. 5. R. n. 30. Escobar, computat. 3. per tot. (2) Leyes Illud 32. ff. ad leg. Aquil. y Titia 134. al fin, ff. de Verb. obligat.

erlo, á menos que la dote ú donacion sea inoficiosa (llámase inoficiosa, quando excede de la legítima y mejora de tercio y quinto), que en este caso se ha de dividir el exceso entre los coherederos (1); lo qual no procede en quanto á la mejora para con las hijas, porque no pueden ser mejoradas en contrato entre vivos por razon de dote, ni casamiento; y asi deberán recibirlo todo en cuenta de sus legítimas, y si excede, restituir el sobrante á los coherederos, excepto que por última disposicion se las haya mejorado; pero si alguno dá á otro dote ó arras para que case á su hija, y éste se las entrega, no se la debe contar en parte de legitima, por no ser del patrimonio de sus padres, ni ellas traerlas á colacion y particion con sus hermanos (2). Lo propio milita siendo donacion hecha por el Rey á un hijo ó hija por los méritos de su padre; sobre lo qual he visto sentencia dada por uno de los Tenientes de Corregidor de esta Villa en 23 de Febrero de 1769, por el Oficio de Don Manuel Gomez Guerrero en el pleito seguido por los herederos de Don Carlos Gomez, con Don Luis Alvarez Castañon sobre dos consignaciones de cinco reales vitalicios hechas á la muger de éste, y á una hermana suya por los méritos del Don Carlos su padre, en la que se declaró no deber ser colacionables las diez anatas de los cinco reales que su Magestad les habia asignado, y se confirmó por el Consejo en 16 de Marzo siguiente.

61 Los nietos que nada heredaron de sus padres muertos, no deben traer á colacion con sus tios carnales lo que sus abuelos dieron á sus padres en cuenta de sus legítimas, y éstos consumieron, porque la obligacion de colacionar es gravámen personal que debe sufrir únicamente el que recibe, por haber tenido la utilidad. Es verdad que representan á sus padres; pero la representacion es una ficcion del derecho positivo, que se dirige solamente á que en quanto á la parte ó quõta que han de percibir, ocupen el lugar de su padre, constituyan entre todos una persona sola, y no cada uno la suya, y sucedan *in stirpes*, y no *in capita*; mas no para heredar, pues para esto vienen por su propio derecho, porque son herede-

(1) Ley 29. de Toro, que es la 5. tit. 3. lib. 10. N. R. (2) Ley 6. tit. 15. Part. 6.

ros forzosos de sus abuelos segun la ley 6. de Toro, como estos de ellos. *Salg. Labir. cred. part. 2. cap. 25.* toca algo de esta especie, y promueve la cuestión de, si habiendo hecho sus padres concurso de acreedores, estarán obligados á traer despues de su muerte al mismo concurso los bienes que estos, si vivieran, habian de heredar de los suyos, y aumentarian á él como hipotecados por la obligacion general á la responsabilidad de sus créditos, á no haber fallecido antes, y la resuelve negativamente, y asi lo he visto practicar algunas veces. Acerca de este punto trataré con mas extension en el juicio de particiones.

62 En quanto á la sucesion de los ascendientes á sus descendientes se trató poco entre los Romanos. La patria potestad era perpetua, y por esta razon solo podia verificarse suceder el padre á su hijo estando éste emancipado. Las emancipaciones se hacian reservandose el padre los derechos de Patrono, uno de los cuales era la herencia, y asi sucedia á sus hijos en sus bienes muriendo intestados sin descendientes. Nuestras leyes Reales comprehenden igualmente en la clase de herederos legitimos y forzosos á los ascendientes legitimos, á los cuales sus descendientes no teniendolos legitimos, ni otros que hayan derecho de heredarlos, deben instituir por sus herederos, y lo son *ex testamento* y *ab intestato*, segun la ley 6. de Toro, que es la 1. t. 20. l. 10. N. R. y dice en su primera parte: *Los ascendientes legitimos por su orden y linea derecha sucedan ex testamento, & ab intestato á sus descendientes, y les sean legitimos herederos, como lo son los descendientes á ellos en todos sus bienes de qualquier calidad que sean, en caso que los dichos descendientes no tengan hijos, ó descendientes legitimos, ó que hayan derecho de heredarlos: y en fuerza de la expresion genérica: de qualquier calidad que sean: no solo deben sucederles en sus bienes adventicios, sino en los profecticios, castrenses y quasicastrenses, y en los que el hijo ordenado in sacris gana intuitu Ecclesie, como se dispone en la ley 12. t. 20. l. 10. cuya sucesion debe entenderse, no solo ex testamento, sino ab intestato segun costumbre. Los que han derecho de heredar á los descendientes legitimos, no teniendolos estos, son el hijo natural legitimado por el subseguente matrimonio, el expurio por rescripto del Príncipe, y*

el substituto pupilar (a), los cuales excluyen á los ascendientes legitimos de la sucesion de los bienes de sus descendientes (1); bien que acerca de su exclusion por el substituto pupilar, véase lo que explicaré tratando de esta materia. Pero la legitimidad de los ascendientes, no se ha de entender con respecto á su propia persona, sino á las de los descendientes á quienes han de heredar (2); y asi importa poco que el padre sea natural, ó expurio, si el hijo es legitimo, que es lo que se requiere para que le herede.

63 Los herederos *necesarios* eran por derecho Comun y de las Partidas los siervos del Testador, que instituía por tales, y se llamaban asi, porque una vez establecidos, estaban obligados aunque no quisiesen á admitir la herencia de su Señor, y pagar no solo de los bienes de éste, sino de los suyos propios adquiridos antes, ó despues de su muerte, las mandas, y deudas que dexase, quedando libres en virtud de esta institucion (3). Hoy no se conoce en España esta clase de herederos establecida en los tiempos que por las leyes estaba tan autorizada la servidumbre, pero me ha parecido hacer mencion de ellos, para que el Escribano tenga una idea de la disposicion antigua en esta materia. Los herederos *voluntarios*, ó *extraños* son todos los que propiamente no están com-

(a) La ley 6 de Toro quita toda ocasion de dudas sobre la question de las facultades del padre para nombrar substituto pupilar en perjuicio ó con exclusion de la madre; porque ordenandó esta ley que los ascendientes legitimos sucedan, *ex testamento* y *ab intestato*, á sus descendientes, como los descendientes á ellos; siendo tambien sucesion, *ex testamento*, la sucesion pupilar ordenada por el padre en el que hace por el pupilo, está obligado por esta ley á instituir á la madre por heredera forzosa, *ex testamento*, declarada tal en ella. Si la excluyere ú omitiere instituyendo á otro, tendrá ocasion para romper el testamento: entonces heredará *ab intestato* á su hijo y el heredero, instituido en el testamento pupilar, solo percibirá el tercio de los bienes, de que podia disponer libremente, aunque el padre no haya hecho la institucion con la cláusula que previene el Autor, por estar ordenado en la ley 22. de Toro, que quando el testamento se rompa ó anule por pretericion ó exheredacion, valga en quanto á la mejora de tercio y quinto: decision que abraza todo testamento.

(1) Gom. en la ley 6. de Toro, n. 10. y Tello Fernandez, n. 66. Mat. en la 1. tit. 8. glos. 6. y en la 11. tit. 6. glos. 5. lib. 5. R. Avendañ. en dicha ley 6. glos. 9. (2) Tello en la ley 6. de Toro, n. 6. Matienz. en la 1. tit. 8. lib. 5. R. glos. 1. n. 1. al 3. (3) Leyes Cogi 16. ff. ad Trebelian. y 21. tit. 3. Part. 6.

prehendidos en la línea derecha de descendientes y ascendientes, á los cuales se dan estos nombres, porque aunque sean parientes del Testador, no tienen derecho alguno á sus bienes *ex testamento*, ni por la preterición les compete la querrela de inoficioso. Solo corresponde esta acción á sus hermanos quando instituyó por sus herederos á personas de mala vida, ó infames de hecho, ó de derecho (1), como mugeres mundanas, ladrones, falsarios, expurios (a), Clérigos continuamente amancebados, borrachos, jugadores, usureros manifiestos, y otros que refieren los AA. (2), cuya designacion es arbitraria en el Juez; pero aunque las instituya, si sus hermanos maquinaron contra su vida, ó le acusaron criminalmente á muerte ó perdimiento de miembro, ó le hicieron perder la mayor parte de sus bienes, ó aunque no los perdiese no

(1) Ley 12. tit. 7. P. 6.

(a) No se han de confundir los hijos expurios, incestuosos y adulterinos con los expositos, que por Real decreto de 5 de Enero de 1794 están declarados por hombres buenos y honrados del estado llano. Exponiéndose en los asilos públicos y otros parages, no solamente los hijos del delito, sino también legítimas proles, víctimas de la miseria de sus padres, y otros de procreacion no prohibida por las leyes, y quizá de estirpe ilustre y noble; y siendo imposible, tratándose de un individuo, señalarle el origen, es injusto darle uno vergonzoso y detestable, pudiendo ser de legítimo y capaz de nobleza. El Real decreto, igualándolos á todos, los declara legítimos civilmente, como también dignos de castigo y de retractacion llamarles bordes, expurios, incestuosos y adulterinos, pues ni lo son por el Real decreto, ni en verdad se les puede decir ciertamente contrayéndose á un individuo. Así instituyéndose á un expósito por heredero, no puede fundarse alguna queja contra el testamento; como se fundaría en la institucion de uno conocido como expurio, incestuoso, y adulterino, sin embargo de que por la Real cédula de 2 de Septiembre de 1784, ley 9. t. 23. l. 8. N. R. no debe la ilegitimidad servir de impedimento para ejercer las artes y oficios. Esta es una disposicion puramente económica, dirigida á hacer útiles al estado todos estos brazos, á asegurarles para su establecimiento la industria y trabajo, que es una propiedad inadmisibile de todos los hombres, y á templar la suerte de unos infelices, acreedores también á la atención y vigilancia de las leyes. Pero en el cotejo de su estado y condicion con los demás individuos legítimos, nobles y honrados, permanecen todavía víctimas de una opinion respetada por la ley, y que no podemos decir, ni se dirá jamás, que sea injusta mientras haya costumbres que honren y prefieran los frutos legítimos del amor honesto.

(2) Gom. en la ley 9. de Toro, n. 21. Castillo, lib. 2. cap. 19. n. 18. y sig. Michalor de Fractr. cap. 2. n. 3. 41. y 52. part. 3. Surd. lib. 3. Cons. 135. n. 55. Canon Si gens, dist. 6. cap. Ut clericum, de vita, & honest. cleric.

quedó por ellos, no pueden intentar la querrela, antes bien perderán la herencia, si murió ab intestato (1).

64 Para que los herederos forzosos puedan heredar al Testador, basta que no tengan impedimento legal al tiempo de su muerte, aunque al de la institucion lo hubiesen tenido. Los necesarios debían de carecer de él, así al de la institucion, como al de su fallecimiento. Pero los estraños deben estar libres, é indemnes de él en tres tiempos; el primero, quando son instituidos: el segundo, quando muere el Testador: y el tercero, quando se otorgan por herederos, y aceptan la herencia, pues si en alguno de ellos lo tienen, no la llevarán, antes bien entrará en ella el substituto, ú otro que con ellos sea instituido, á quien se acrecerá; y si ninguno de estos hubiere, pasará á los parientes mas cercanos del Testador (2).

65 Aunque los ascendientes legítimos son herederos forzosos de sus legítimos descendientes, pueden estos no obstante que existan baxo del paternal dominio, disponer por contrato entre vivos, ó en última voluntad sin licencia de aquellos del tercio de todos los bienes que les pertenecen y poseen, sino tienen hijos, ú otros descendientes legítimos, lo qual se prueba de la misma ley 6. de Toro, cuya segunda parte dice: Pero bien permitimos que no embargante que tengan los dichos ascendientes, que en la tercera parte de sus bienes puedan disponer los dichos descendientes en su vida, ó hacer qualquiera última voluntad por su alma, ó en otra cosa qualquierén, lo qual mandamos que se guarde, salvo en las Ciudades, Villas, y Lugares, do segun la fuero de la tierra se acostumbra tornar los bienes al tronco, ó la raíz á la raíz. Asimismo pueden gravarlo, é imponer en él las posibles y honestas condiciones que les parezca, legándolo, ó no á alguno de sus ascendientes, al modo que estos tienen facultad de gravar el quinto, y á su Legatario, por la propia razon. Esta ley es correctoria de la 1. tit. 6. lib. 3. del Fuero Real en quanto dispone: que si el hijo no tuviere descendientes legítimos, ni otros hijos que tengan derecho de heredarle, pueda hacer de sus bienes lo que quisiere, de suerte que el Rey no pierda lo suyo, y no

(1) Dicha ley 12. tit. 7. P. 6. al fin. (2) Ley 22. tit. 3. P. 6. véanse las dos limitaciones que trae Greg. Lop. en ella, verb. Temporales.

se lo pueda embargar padre ni madre, ni otro pariente. Y aunque algunos AA. fundados en ella, y en la 9. del mismo tit. y lib. que dice: *que si marido y muger hicieron hermandad de bienes despues de el año de casados, valga la hermandad, no teniendo hijos*; afirman que si hicieron pacto de sucederse los conyuges muriendo sin legitimos descendientes, valdrá el pacto, y no podrán anularlo, ni reclamarlo el padre, ni la madre del difunto, no me parece acertada sin embargo esta opinion. Lo primero, porque el nombre de heredero es un honor (1), y los hijos deben dar este y otros honores á sus padres, como se lo manda Dios en muchos lugares de la Escritura. Si les privasen por este medio de la herencia, lejos de honrarlos, se les exheredaba, é injuriaba sin causa. Lo segundo, porque se graduaria como donacion entre marido y muger, ó de pacto *ad idvicem succedendo*, que por derecho están reprobados. Esta hermandad, y comunicacion de bienes sola valen en dos casos que explicaré en su lugar. Y lo tercero, porque las leyes de los Fueros tienen fuerza de tales solamente en donde son usadas, y guardadas, como lo ordena la 1. de Toro.

66 De esta legal disposicion nacen dos dudas: una si los gastos del funeral, y entierro del Testador se han de sacar del tercio ó del cuerpo de bienes: y otra, si el hijo que está baxo de la patria potestad, puede disponer del usufruto del tercio de sus bienes adventicios, al modo que de la propiedad, ó ha de quedar reservado para su padre durante su vida. Acerca de la primera dicen unos que deben deducirse del tercio por las mismas razones que del quinto, habiendo descendientes, y que solo se deben entregar las otras dos partes á los ascendientes como legitima suya sin descuento, ni gravamen; de cuya opinion son Castillo, Gutierrez, Angulo, Matienzo, y otros varios (2). Otros defienden que se han de bajar del cuerpo de caudal, porque el entierro, y lo anexo á él es deuda que el hombre contrae por el mismo hecho de nacer, á cuya solucion están sujetos, y responsables todos sus bienes

(1) Ley Filium, §. Si legata, ff. de Legat. præstand. Montalv. en la ley 1. tit. 6. lib. 3. del Fuero Real, verb. Padre, ni madre. (2) Cast. en la ley 6. de Toro, verb. Por su alma. Gut. repet. Leg. Nemo potest, n. 93. y lib. 2. pract. quæst. 71. Angulo de Mejor. en la ley 13. tit. 6. lib. 5. R. glos. 3. n. 2. Mat. en la 1. tit. 8. lib. 5. R. glos. 8. n. 2.

sin distincion, y que el residuo debe dividirse entre el ascendiente, y el legatario del tercio: de este dictámen es Garcia de expensis cap. 8. n. 49. y 50. y añade que Castillo se retrata del suyo.

67 Para saber qual de las dos opiniones debe seguirse, es preciso explicar qué se entiende por funeral, ó qué gastos de los que ocasiona la muerte de los hombres, se comprehenden en él; y digo que por funeral se entiende el hábito en que se amortaja el cadáver; la cera que se gasta en la casa del difunto mientras está de cuerpo presente, y en la Iglesia interin se canta la Vigilia y Misa; la limosna de éstas, y su responso; los clamores, la sepultura, el atahud, la conduccion del cadáver á la Iglesia, el velarlo, y amortajarlo, y algunas otras cosas necesarias, sin las cuales no puede hacerse el entierro. Estos gastos son privilegiados á qualesquiera deudas del Testador, mas siendo excesivos, se han de moderar por el Juez de su domicilio, atendida su calidad, y haberes (1); pero no se incluyen en el nombre de funeral los lutos, y asi cada heredero pagará el suyo de su parte de herencia; porque cede en su privativa utilidad, y no en la de el legatario, del quinto ni tercio (2). Tampoco se incluyen las expensas de la última enfermedad hechas en medicinas, Médico, Cirujano, alimento, &c. porque quando el enfermo murió, ya las tenia hechas, y no se contraxeron con motivo de su muerte, por lo que se deducirán del cuerpo de bienes como otros qualesquiera débitos contrahidos por el Testador durante su vida; bien que aunque no son funerarias, se graduarán despues de las que lo sean, y los interesados en ellas se preferirán á todos los demas acreedores sin embargo de su anterioridad, y privilegio (3); de lo qual trataré mas latamente en el lib. 3. de mi segunda parte.

68 Esto supuesto, los gastos del funeral y entierro deben deducirse del cuerpo de bienes, porque no hablando la ley 30 de Toro sino del quinto, debe estarse á lo literal de sus palabras. Si la ley hubiera querido gravar el tercio con semejan-

(1) Leyes Et si quis 14. §. 3. 4. y 6. y Funeris sumptus 37. ff. de Religios. & sumptib. funer. 12. tit. 13. Part. 1. y 30. al fin. tit. 13. Part. 5. (2) Ayora de Partit. part. 2. quæst. 12. Tello Fernand. en la ley 30. de Toro. (3) Acosta de Privileg. cred. reg. 2. ampliati. 1. n. 20. y 21. Ayora de Partit. part. 2. quæst. 12.

tes gastos, lo hubiera expresado. Por otra parte merece mucha consideracion la diferencia que hay entre la legítima de los descendientes, y la de los ascendientes. La primera es de derecho de naturaleza, y la segunda de derecho positivo. Las relaciones que median entre unos y otros son tambien muy diversas. Los ascendientes no gozan del derecho de representacion porque repugna á la naturaleza, ni entre ellos ha lugar la colacion, ni otras cosas que pertenecen propiamente á los descendientes (1). De aquí se infiere, que siendo la legítima de éstos mas privilegiada que la de aquellos, debe quedar siempre libre, quando la otra que no es de derecho natural puede ser gravada con un gasto que la ley, segun se reconoce por su silencio, no quiso cargar sobre la parte de bienes de que permitió disponer á los descendientes que estuvieren baxo la patria potestad. Fuera de esto, los referidos gastos son una deuda natural, que de justicia se paga á la Iglesia por dar sepultura al cadáver; y como no se llama herencia sino lo que queda despues de satisfechas las deudas, de aquí se sigue, que asi como no puede negarse que los bienes del difunto son responsables á los gastos de su entierro, asi tambien es indubitable que no habrá herencia hasta que esten satisfechos todos los que en él ocurran.

69 Hay otra razon bastante poderosa, en que se funda mi modo de pensar, y es el mayor derecho que tiene la Iglesia á percibir los gastos del entierro, respecto de los acreedores convencionales; y como los créditos de éstos se pagan del cuerpo de bienes, y no del tercio, síguese que tambien aquellos gastos deben salir del mismo cuerpo, y no del tercio, fuera de que la Iglesia tiene por derecho (2) la preferencia sobre todos los acreedores de qualquier naturaleza que sean para ser pagada. Pero las Misas, legados, y todo lo demas que el Testador disponga, se han de deducir del tercio, porque estos gastos son voluntarios, y los del entierro forzosos, y de derecho público: y asi aunque el Testador prohiba que se le

(1) Leyes Scripto 7. versic. fin. ff. Unde liberi. y Nam & si parentib. 15. ff. de Inofficis. Testam. Mat. en la ley 1. tit. 8. lib. 5. R. glos. 3. n. 11. al 15. (2) Leyes 12. tit. 13. Part. 1. 30. al fin. tit. 13. Part. 5. penult. ff. de Religios. & sumptib. funer. y fin §. In computatione 9. Cod. de Jure de liberandi, y §. fin. Institut. de lege Falcidia.

entier re, ó se paguen, no será obedecido. La ley 6. de Toro le permite disponer del tercio por su alma, ó en lo que quisiere, y respecto que usa de ella, debe observarse su disposicion, aunque mande lo contrario. De no hacerse asi se infringiria la ley, se daria al Testador mas potestad que la que ésta le concede, y se equipararian los gastos del entierro, de que la ley no trata, con los de las Misas y legados, en que le da facultad para invertir el tercio expresamente.

70 En quanto á la segunda duda estan discordes tambien los pareceres de los AA. Unos fundados en estas palabras de la ley 6 de Toro: *En la tercera parte de sus bienes puedan disponer los dichos descendientes*, afirman que el descendiente puede disponer en propiedad y usufruto de sus bienes adventicios, porque el Testamento no adquiere fuerza hasta que se verifica la muerte del Testador, y entonces se consolida el usufruto con la propiedad, sale el hijo de la patria potestad, que es la que le da al padre el usufruto de sus bienes con obligacion de alimentarlo, y educarlo. Cesando ésta, debe cesar el usufruto, pues teniendo para testar la edad que prescribe el derecho (1), no necesita de la licencia paterna, que por el mismo hecho le confiera la ley, y el padre no podrá disponer del usufruto si fallece antes que su hijo, á causa de no tener dominio en él. De esta opinion son Gomez y Colon (2), y en práctica lo he visto asi.

71 Los que siguen la contraria, dicen que el usufruto ha de quedar reservado al padre durante su vida, que sin su licencia no puede el hijo disponer de él; y para que pueda, es buena advertencia, que se la conceda amplia para todos; y qualesquier Testamentos, porque de lo contrario no podrá revocar el primero, ni ordenar otro, y si lo hace, será nulo, y el primero firme. Las razones en que se fundan son las siguientes. Que aquella comision, y facultad se entiende únicamente para el primer acto: Que la ley 6. de Toro no favorece tanto á los hijos, mayormente no habiéndose expresado como no se expresó en ella, y que supuesto este silencio, debe ceñirse á la disposicion del derecho comun, que dice: *que el*

(1) Ley 4. tit. 18. lib. 10. N. R. (2) Gom. en la ley 6. de Toro, n. 12. Colon en su instruc. jurid. lib. 2. cap. 8. n. 3.

padre goce el usufruto por los dias de su vida: De este dictamen es Sigüenza (1), citando en su apoyo diferentes AA. de la mayor nota.

72 Lo cierto es, que el hijo estando baxo de la patria potestad, no tiene dominio en el usufruto, segun la ley 5. tit. 17. Part. 4.:: *Ca de las ganancias*, dice, que ficiese el fi-jo por qualquier de estas maneras, que non saliesen de los bienes del padre nin de su abuelo, debe ser la propiedad del fi-jo que las ganó, é el usufruto del padre en su vida, por razon del poderío que ha sobre el fi-jo. Infierese pues de estas palabras, que si no es dueño de él, no podrá disponer ni aun por Testamento á beneficio de otro en perjuicio de su padre, pues si no vale la enagenacion que hace por contrato entre vivos, aunque sea únicamente por la vida del cesionario, tampoco debe valer por Testamento, ni entenderse incluido en el tercio de sus bienes, de que habla la ley 6. de Toro. Dicese que el hijo por su muerte sale de la patria potestad. Este es un error, porque ya no existe. Para decir propiamente que sale un hijo de la patria potestad, es indispensable que exista y que pase á otro estado, ó bien por emancipacion, por casamiento, ó por tener la edad que ha fixado la ley para hacerlo libre. Entónces adquiere en la Sociedad una consideracion que no tenia. Es un Ciudadano independiente de su padre, que se ha hecho capaz como él de usar de su persona y de sus bienes de la manera que mas le convengan, excepto en aquellos casos en que la ley ha querido conservar el dominio paternal, á fin de que los hijos no se hagan tan suyos que desconozcan la autoridad de la persona á quien deben su existencia. En vista de estas razones, parece no queda duda en que el hijo está incapaz, é inhábil de disponer del usufruto.

73 Sin embargo, atendiendo á que la ley 5. de Toro, (que es la 4. t. 18. l. 10. N. R. posterior á la de Partida) hace al hijo *sui juris*, para que pueda testar teniendo la respectiva edad de 12, ó 14 años, aunque esté baxo de la patria potestad, del mismo modo que si estuviera fuera de ella, como se prueba de su contexto:: *El hijo, ó hija que está en poder de su padre, seyendo de edad legitima para hacer Testamento, pue-*

(1) Sigüenza de Clausulas lib. 2. cap. 1. n. 17. 18. y 19.

da hacer Testamento, como si estuviese fuera de su poder, á que la de Partida fue establecida en tiempo que los hijos no se eximian del poder de sus padres, aun estando casados y velados, y que de consiguiente no podian testar; soy de sentir que puede disponer en propiedad y usufructo del tercio de todos sus bienes, pues lo acesorio sigue lo principal, y así se practica.

74 Por lo que hace á los bienes *castrenses*, que son los que adquiere en la Corte sirviendo al Rey, ó en la guerra; y á los *quasi castrenses*, que son los que ganan los Maestros de qualquiera ciencia, los Jueces, Abogados, Escribanos del Rey, y otros semejantes, por razon de sus oficios, como tambien toda donacion de heredad, ú otra cosa que el Rey, ú otro gran Señor les hace, podia disponer libremente en propiedad y usufructo, segun la ley 6. tit. 17. Partid. 4. Estas son sus palabras:: *E aún porque tales ganancias como estas facen los omes con gran trabajo, é con gran peligro, é porque las facen en tan nobles lugares, por ende son quitamente de los que las ganaron, é son mas franquezadas que las otras ganancias: cá los dueños de ellas pueden facer de estos bienes á tales lo que quisieren, é non han derecho en ellas, nin gelas pueden embargar padre, nin hermano, nin otro pariente que hayan.* La ley 7. siguiente que habla de los *quasi castrenses*, dice al fin:: *Cá tales ganancias como estas son quitamente de aquellos que las hicieron, así como de suso diximos.* Pero despues estableciéndose por la ley 6 de Toro el orden de sucesion de los ascendientes legítimos á sus descendientes, se declaró debian sucederles en todos sus bienes de qualquier naturaleza que fuesen, y permitia á los descendientes que pudiesen disponer de la tercera parte por su alma, ó en otra cosa qual quisieren. De consiguiente no teniendo hijos descendientes legítimos que hayan derecho de les heredar, no pueden testar ni disponer hoy mas que en el tercio. Esto mismo se confirmó en el art. 17. trat. 8. tit. 11. de las Ordenanzas Militares impresas en 1768. *Todo Militar, dice, podrá testar sin licencia de su padre de los bienes castrenses, no solo estando en campaña, sino fuera de ella, y aun en la casa de su propio padre al tiempo de otorgar el Testamento; con advertencia de que nunca pueda perjudicar al heredero forzoso, dexando á otro los bienes castrenses, excepto el tercio de ellos, de que puede disponer á favor de quien quisiere en perjuicio de sus*

padres y demas ascendientes, ó el quinto en perjuicio de sus hijos y otros descendientes. Vease acerca de este punto á Greg. Lop. en la citada ley 6. tit. 17. Part. 4. glosa 8. versic. *Hodie* hasta el fin.

75 Si los descendientes legan el tercio de sus bienes á alguno de sus ascendientes, pueden consignarlo en cosa cierta y determinada. *Antonio Gomez*, en la ley 19. de Toro, n. 3. No así legandolo á estraños, para no gravar la legítima de los ascendientes, consistente en las dos terceras partes en que suceden, como se gravaria si tuviesen libertad de escoger una parte de sus bienes en favor de la persona á quien legasen el tercio.

76 Están persuadidos algunos Escribanos que el Legatario del tercio, aunque sea extraño, es heredero del descendiente igualmente que su ascendiente, y baxo este concepto ordenan la cláusula de institucion, nombrando á ambos por sus herederos en su respectivo haber en esta forma: *Instituyo por mis herederos á Pedro mi padre en las dos terceras partes, y á Juan mi criado en la otra tercera de todos mis bienes, para que los hayan y hereden, &c.* pero no solo es un error hacer la institucion en estos términos, sino llamarle heredero al Legatario. Lo primero, porque con los ascendientes y descendientes legítimos ningun extraño puede ser establecido por heredero, como lo dice la ley 7. tit. 1. Part. 6. la qual aunque no habla sino de descendientes, se debe estender á los ascendientes, porque la 6. de Toro manda que sean sus herederos legítimos, y les sucedan igualmente *ex testamento y ab intestato*. Lo segundo, porque si el ascendiente repudiára la herencia, la percibiria íntegra por derecho de acrecer el Legatario como heredero particular, quando segun la ley debe pasar á los demas herederos *ab intestato* del descendiente, estimandose por no hecho el Testamento en el efecto. Y lo tercero, porque si entre Legatarios no hay derecho de acrecer, á menos que el Testador legue á dos ó mas juntos una misma cosa, que entonces si alguno de ellos renuncia su parte, ó muere ántes que el Testador, ó acaece otro motivo que le obste su percibo, se acrecerá á los demas (1); con mucha me-

(1) Ley 23. tit. 9. Part. 6.

nor razon podrá haberlo entre heredero legítimo, y Legatario extraño. De consiguiente es impropio el nombre de heredero, y muy propio y adecuado el de Legatario. El tercio en este caso es legado, y mejora entre herederos forzosos instituidos. Con este conocimiento tendrá el Escribano particular cuidado de poner los legados en cláusula separada, no comprendiendo por ningun caso á los Legatarios baxo el nombre de herederos.

77 Hijos ilegítimos son los que no nacen de matrimonio, celebrado segun las disposiciones del derecho civil y canónico, y por lo mismo no goza (regularmente hablando) de las honras y bienes de sus padres y demas ascendientes (1). Se dividen en dos clases, á saber: *naturales*, y *espurios*. Los naturales son de condicion menos mala que todos, y por tales son reputados aquellos que nacen de hombre y muger libres; esto es, que al tiempo de su concepcion ó nacimiento podian casarse sin dispensacion, por no estar ligados con impedimento canónico (2), en qualquiera de los dos tiempos. A estos hijos deben criar y dar alimentos no solo sus padres y madres, sino sus abuelos y demas ascendientes por ambas líneas (3).

78 Para que en el legal concepto se estimen por hijos naturales, debe su padre reconocerlos por tales, en caso que no haya tenido en su casa, ni sido una sola la muger en quien los hubo, porque si la tuvo en ella, ó fué sola, y reconoció uno de ellos, no necesitan los demas ser reconocidos, como se prueba de la ley 11. de Toro, que es la 1. t. 5. l. 10. y dice: *Ordenamos y mandamos que entonces se digan ser los hijos naturales, quando al tiempo que nacieron, ó fueron concebidos, sus padres podian casar con sus madres justamente sin dispensacion, con tanto que el padre lo reconozca por su hijo, puesto que no haya tenido la muger de quien lo hubo en su casa, ni sea una sola; cá concurriendo en el hijo las qualidades susodichas, mandamos que sea hijo natural.* Estos hijos gozan de la

(1) *Præem.* y leyes 1. y 3. tit. 15. Part. 4. (2) Greg. Lop. en la ley 1. tit. 15. Part. 4. glos. 2. Covar. de Sponsalib. part. 2. cap. 8. §. 5. n. 18. Matienz. en la ley 9. tit. 8. lib. 5. R. glos. 2. n. 5. (3) Leyes 1. y 2. tit. 15. y 5. tit. 19. Part. 4. y 11. al fin, tit. 13. Partid. 6. Ferraris Biblioth. verb. Filius.

hidalgua de sus padres, aunque su madre no la tenga (1); pero en quanto á si se tendrán, ó no por tales, no interviniendo reconocimiento de su padre, si prueban que éste los alimentaba; tenía y llamaba así, y otras cosas, véase á Matienzo en la ley inserta, glos. 3. y 4. (a)

79 Careciendo los ascendientes de descendientes legítimos, pueden instituir por sus herederos, y dexar todo lo que quieran de sus bienes (aunque tengan legítimos ascendientes), á sus hijos naturales, como expresamente lo ordena la ley 10. de Toro, que es la 6. t. 20. l. 10. N. R. en su segunda parte: *Però si el tal hijo fuere natural, y el padre no tuviere hijos ó descendientes legítimos, mandamos que el padre le pueda mandar justamente de sus bienes todo lo que quisiere, aunque tenga ascendientes legítimos.* No haciendo mencion de ellos su padre en su Testamento, deben sus herederos darles lo necesario para sus alimentos, regulado por alvedrio de hombres buenos (2). Lo propio sucederá quando muere intestado, y así no dexando descendientes legítimos, le sucedian segun el derecho de las Partidas en la sexta parte de la herencia, que son dos onzas de doce, ó en lo necesario para alimentarse, que por derecho natural, y equidad canónica se les debe; pero hoy segun la ley 10. de Toro le suceden en el quinto, que es lo que los padres pueden dar en vida, ó dexar en muerte á sus hijos ilegítimos por razon de alimentos en caso que estén obligados á dárselos. *Mandamos, dice la primera parte de esta ley, que en caso que el padre, ó la madre sea obligado á dar alimentos á alguno de sus hijos ilegítimos en su vida, ó al tiempo de su muerte, que por virtud de la tal obligacion no*

(1) Ley 1. tit. 11. Partid. 7.

(a) "El hijo natural, nacido de la amiga que el padre tenía dentro de su casa, se supone ser su hijo, aunque lo niegue *ex cap. per tuas de prob. et ex mente leg. 11. Tauri Gom. in l. 9. Tauri num. 2.* Y lo contrario sería si la amiga habitaba en otra casa fuera de la del padre, aunque fuese su pública manceba, que en tal caso, no reconociéndole el padre por tal hijo, ni valdrán las presunciones de serlo para suceder en sus bienes, ni en parte alguna de ellos contra su voluntad, *ut ex de l. 11. Tauri notat ibi Gom. num. 1. in fin. Villadiego forma de liberar. num. 88.*

(2) Ley 8. tit. 13. Part. 6. Auth. Licet patri. Cod. de Naturalib. liber. Mat., en la ley 8. tit. 8. lib. 5. R. glos. 1.

le pueda mandar mas que la quinta parte de sus bienes, de la que podía disponer por su ánima, y por virtud de los dichos alimentos no sea mas capaz el tal hijo ilegítimo; de la qual parte despues que la tuviere el tal hijo, pueda en su vida, ó en su muerte hacer lo que quisiere. Aunque no dexa su padre descendientes legítimos, si los tiene legitimados por el Príncipe, ó adoptivos, le sucederán estos muriendo intestado, y no los naturales, como afirma Matienzo en la ley 9. tit. 8. lib. 5. R. glos. 1., á quien en quanto á lo que deberán haber de sus padres los legitimados por el Príncipe, se podrá ver en la 10. del mismo tit.

80 Si la madre no tiene descendientes legítimos, debe heredarla *ex testamento*, y *ab intestato* su hijo natural, aunque tenga legítimos ascendientes, como lo manda la ley 9. de Toro, que es la 5. t. 20. l. 10. N. R. y dice: *T en caso que no tenga la muger hijos, ó descendientes legítimos, aunque tenga padre, ó madre, ó ascendientes legítimos, mandamos que el hijo, ó hijos, ó descendientes que tuviere naturales ó expurios, por su orden y grado le sean herederos legítimos ex testamento, y ab intestato.* Si los hijos naturales son preferidos, ó exheredados por sus padres, se duda si deberán, ó no heredarlas, por no haber decision legal que de ello trate: el que quisiere instruirse, vea á Gomez en la ley inserta, num. 12. Y por lo respectivo á si tienen derecho contra el Testamento de su padre natural, y son herederos de sus hijos naturales, y éstos de ellos, y los nietos naturales de sus abuelos legítimos ó naturales, en los num. 4. 7. 9. 10. y 11. á Matienzo en dicha ley 9. glos. 1. n. 3. hasta el fin, y lo que diré en mi segunda parte adicionada, lib. 2.

81 Por ser mútua é igual entre padres é hijos la obligacion de alimentarse, heredarán aquellos de éstos, muriendo intestados sin legítimos descendientes, lo mismo que estos pueden heredarlos sin diferencia, porque tienen derecho idéntico contra los bienes de sus hijos ilegítimos, como se prueba de la ley 8. tit. 13. Part. 6. que dice: *Otrosí decimos que en aquella misma manera que el fijo natural puede, é debe heredar á su padre en los bienes de el, é aprovecharse de ellos, así como sobredicho es, que en esa misma manera puede heredar el padre en los bienes de tal fijo, é ayudarse de ellos. Cu-*

ya ley no está derogada ni corregida.

82 Los espurios (que generalmente llaman así á todos los demas ilegítimos, porque nacen y son procreados contra la pureza del derecho natural y divino, y contra razon natural) se dividen en varias clases: unos se llaman *Adulterinos*, ó *Notos*, y son los que nacen de hombre casado, y muger viuda ó soltera (que por otro nombre se llama *Barragana*) ó de ambos respectivamente casados con otros, pues aunque despues se casen, por haber cesado el impedimento que tenian, no se legitiman: ó los de Frayle y Monja profesos, ya sea por coito entre ambos, ó por cada uno con otra persona: ó los de Clérigos ordenados *in Sacris*, que igualmente se nombran *Sacrilegos*, todos los quales son tenidos y reputados por hijos de dañado ayuntamiento, y los de muger casada por de *dañado y punible*, porque por él incurre en pena de muerte; ó de parientes dentro del quarto grado canonico sabiendo ambos el impedimento; y á estos dan el nombre de *incestuosos*. A otros llaman *Manceres* ó *mancillados*, los quales son de peor condicion que todos los referidos, porque nacen de mugeres rameras nobles, ó pleveyas prostitutas á todo hombre, por cuya causa se ignora quién es su padre; y á todos está obligada su madre como conocida á dar alimentos, pudiendo, y necesitándolos (1). Tambien son ilegítimos los que nacen de padres, entre quienes hay impedimento, aunque ambos lo ignoren, si contraxeron matrimonio clandestino prohibido por la Iglesia: y lo mismo sucede aun en el caso que no tengan impedimento, porque el matrimonio clandestino es nulo, y por tal lo declaró el Concilio de Trento. (2)

83 Sin embargo de que por el derecho de los Romanos no estaban obligados los padres á dar alimentos á sus hijos expurios nacidos de dañado ayuntamiento (3), no obstante, por el canónico, y por el nuestro, en todo conformes con el natural, deben alimentarlos, aunque sean incestuosos y nefarios (4). Lo primero, porque su educacion es de derecho

(1) Leyes 1. tit. 15. y 5. tit. 19. Part. 4. (2) Leyes 3. tit. 3. y 2. tit. 15. Part. 4. Cap. Cum inhibitio 3. §. Si quis: de Clandest. desponsat. Concil. Trident. Ses. 24. cap. 1. de Reformat. matrimonii. Matienzo, en la ley 1. tit. 1. lib. 5. R. glos. 1. n. fin. (3) Authent. Ex complexu, Cod. de incest. nupt. Authent. Licet, al fin, Cod. de natural. liber. y Authent. Quibus modis naturales efficiunt sui. §. penult. collat. 7. (4) Cap. Cum haberet, De eo, qui duxit in matrimon. quam polluit per adulter. y leyes 1. y 2. tit. 19. Part. 4.

natural (1). Lo segundo, porque la naturaleza es tan comun á ellos como á los legítimos (2). Lo tercero, porque el amor de su padre á ellos es natural (3). Y lo quarto, porque por derecho natural, y antes del escrito ninguna diferencia habia entre los legítimos y naturales (4). Por cuyas razones conformándose el nuestro, y tambien el canónico con el natural, impusieron á los padres la precision y obligacion de darles alimentos (5). La misma obligacion compete por equidad canónica á los abuelos y demas ascendientes paternos, en defecto de padres, ó estando indigentes estos, y ricos aquellos (6); bien que el derecho Real los exime de ella, mas no á los de la madre si pueden, porque es conocida, y el padre no (7).

84 Procede en tanto grado la obligacion referida, que no se puede privar á los hijos expurios del derecho de percibir los alimentos por pacto, costumbre, ley municipal, ni por expresa prohibicion del Testador; bien que si el pacto es jurado, y le renuncian, se les deberán dar en el solo caso de que no puedan vivir de otra suerte, y perezcan de necesidad sino se les contribuye con ellos; en cuyo único caso podrán reclamar la renuncia y transacion (8). Este derecho tiene dos limitaciones: primera, quando concurren de parte de los hijos las causas que para exheredar á los legítimos prescriben las leyes, pues entonces podrá su padre denegar los alimentos á los ilegítimos, y mucho mas si su ingratitude para con él los constituye reos de muerte (9). Segunda, quando los hijos tienen de que vivir, ó se pueden mantener con su arte, oficio ó industria sin desdoro de sus personas, en cuyo caso no está obligado su padre á darselos (10), porque falta la in-

(1) Ley 1. §. Jus naturale, ff. de Justit. & jur. ley 2. tit. 1. Part. 1. y Cap. Jus naturale, distinct. 1. (2) Ley Hos accusare, §. Omnibus, ff. de Accusat. y ley Quisquis, Cod. ad leg. Jul. Majest. (3) Abb. in cap. Cum haberet, cit. n. 5. (4) Auth. Quibus modis naturales efficiunt legitimi, §. Si quis vero, vers. Liceas, collat. 6. y Auth. Quibus modis naturales efficiunt sui, vers. Natura. (5) Hostiens. in fin. Botr. n. 11. in cap. Cum haberet, cit. Covar. de Sponsal. part. 2. cap. 8. §. 6. n. 2. Matienz. en la ley 8. tit. 8. lib. 5. R. glos. 1. n. 1. al 4. (6) Matienz. ibi. n. 23. (7) Ley 5. tit. 19. Part. 4. (8) Matienz. ibi. n. 24. al 27. y otros que cita. (9) Ley 2. tit. 19. Part. 4. Acurs. in leg. Si quis à liberis, §. Idem judex, ff. de Liber. agnoscend. Matienz. ibi. n. 28. y 29. Covar. de Sponsal. dicho §. 6. al fin. (10) Ley Si quis à liberis, cit. §. Sed si filius: y ley

digencia, que es la causa impulsiva de su concesión.

85 No se circunscribe, ni es peculiar, y privativa del padre solamente la obligación de alimentar á sus hijos expurios, antes bien se amplía y estiende á los herederos de éste (1). Lo mismo procede quando los alimentos se deben por disposición de alguno, ya sea en contrato, ó en última voluntad; pues la carga de alimentar pasa á los herederos de aquel que se obligó (2), aunque lo sea el Fisco por tácito fideicomiso, ó por otra causa, ó el donatario de todos los bienes; mas no al comprador privado, ni al que obtuvo los bienes de aquel por otro qualquiera contrato (3).

86 Si los hijos expurios no lo son de Clérigo de Orden Sacro, ó de Frayle, Freyle ó Monja profesos, les compete *ex testamento* y *ab intestato* el derecho al quinto de los bienes de su padre, ó madre que los tienen legítimos, con el qual satisfacen la obligación de alimentarlos que les impuso naturaleza. De este quinto una vez que lo perciban, tienen facultad de disponer á su arbitrio, segun lo ordena la ley 10. de Toro, que es la 6. tit. 20. lib. 10. N. R. excepto en tres casos. El primero, quando de la tácita ó expresa voluntad del Testador se colige que no quiso que el quinto pasase á los herederos de su hijo expurio. El segundo, quando le hace algun legado annuo que con su vida espira. Y el tercero, quando le obliga á que despues de su muerte restituya á otro los bienes que le dexa por via de alimentos, pues en este caso debe restituírle el exceso á estós, y no mas (4). Si el expurio no dispone del quinto que le dexan por razon de alimentos, pasará á sus herederos, y no volverá á los de su padre (5). En quanto á si éste deberá darles mas del quinto, quando no es suficiente para su decente manutención, ó todo él, quando con menos se pueden mantener: vease á Matienzo en la ley 8. tit. 8. lib. 5. Recop. glos. 1. ex n. 6. al 15. y á los que cita.

fin. §. *Ipsium autem filium*, Cod. de Bonis, que liberis. Matienz. ibi. n. 16. y 17.

(1) Gom. en la ley 9.ª de Toro, n. 39. Covar. ibi. n. 14. (2) Ley Libertatis quos, §. 1. ff. de Aliment. & cibarij. legat. Gom. ibi. fin. (3) Matienz. ibi. n. 19. al 22. Covar. dicho n. 14. (4) Matienz. en dicha ley 8. glos. 2. n. 4. y 5. (5) Matienz. ibi. n. 6.

87 Pero si son procreados por Clérigo de Orden sacro, ó por Frayle, Freyle ó Monja profesos, nada pueden haber en los bienes de sus padres; como se prueba de las leyes 4. y 5. tit. 20. lib. 10. N. R. Ley 4. Ordenamos y mandamos que los tales hijos de Clérigos no hayan, ni hereden, ni puedan haber, ni heredar los bienes de sus padres Clérigos, ni de otros parientes de parte del padre; ni hayan, ni puedan gozar de qualquier manda, donacion, ó vendida que les sea hecha por los susodichos agora, ni de aqui adelante, y qualesquier privilegios, ó cartas que tengan ganados, ó ganaren de aqui adelante en su ayuda contra lo que Nos así ordenamos, mandamos que les no valan, ni se puedan de ellas aprovechar, ni ayudar, cá Nos las revocamos, y damos por ningunas. Ley 5. que es la 9. de Toro: Los hijos bastardos, ó ilegítimos de qualquier calidad que sean, no puedan heredar á sus madres *ex testamento*, ni *ab intestato*, en caso que tengan sus madres hijo, ó hijos, ó descendientes legítimos; pero bien permitimos que les puedan en vida, ó muerte mandar hasta la quinta parte de sus bienes, de la qual podrian disponer por su anima, y no mas, ni allende; y en caso que no tenga la muger hijos ó descendientes legítimos, aunque tenga padre, ó madre, ó ascendientes legítimos, mandamos que el hijo, ó hijos, ó descendientes que tuviere naturales, ó expurios, por su orden y grado le sean herederos legítimos *ex testamento*, y *ab intestato*; salvo si los tales hijos fueren de dañado, y punible ayuntamiento de parte de la madre, que en tal caso mandamos que no puedan heredar á sus madres *ex testamento*, ni *ab intestato*; pero bien permitimos que les puedan en vida, ó en muerte mandar hasta la quinta parte de sus bienes, y no mas, de la qual podian disponer por su anima, y de la tal parte despues que la tuvieren, puedan disponer en su vida, ó al tiempo de su muerte los dichos hijos ilegítimos como quisieren; y queremos y mandamos que entonces se entienda, y diga dañado, y punible ayuntamiento, quando la madre por el tal ayuntamiento incurriere en pena de muerte natural; salvo si fueren los hijos de Clérigos, ó Frayles, ó de Monjas profesas, que en tal caso aunque por el tal ayuntamiento no incurra la madre en pena de muerte, mandamos que se guarde lo contenido en la ley que hizo el Señor Don Juan el I. en la ciudad de Soria, que habla sobre la sucesión de los hijos de los Clérigos supra

proxima. Pruébese de estas leyes, que los hijos expurios solo pueden heredar de sus padres, no siendo Clérigos ó Frayles profesos, el quinto de sus bienes, y si lo son, nada; y que de sus madres son herederos forzosos en todos casos, excepto en tres. El primero, quando tienen hijos legítimos. El segundo, quando la madre por haberlos tenido incurre en pena de muerte. Y el tercero, quando es Monja profesa. En los dos primeros casos les puede dexar su madre el quinto, y en el tercero nada. Pero se duda si los legítimos ó naturales de dichos hijos expurios podrán ser instituidos herederos por sus abuelos ilegítimos, respecto hablar la ley de sus padres, y no de ellos: sobre lo qual hay varias opiniones, que pueden verse en *Gutierr. lib. 2. Pract. quest. 110. Lugo, de Just. & jure disp. 24. n. 116.* y otros que citan. Pero acerca de este punto debo prevenir lo primero, que aunque el padre diga en su Testamento que les debe algunos frutos, dinero ú otra cosa, no están obligados sus herederos á entregarsela, á menos que por otro medio lo prueben, porque se presume que lo hace por beneficiarlos, y perjudicar á los legítimos herederos (1). Y lo segundo, que por Real-Cédula expedida á consulta del Consejo en el Real-Sitio de San Ildefonso á 2 de Septiembre de 1784, (ley 9. tit. 23. lib. 8. N. R.) se declara, que la ilegitimidad de que tratan las leyes, no sirve de impedimento á los hijos ilegítimos para exercer qualesquiera artes y oficios indistintamente, y que mas se dirigen las leyes á privarlos de las gracias de legitimidad como la sucesion de herencias, y otras, que á inhabilitarlos y hacerlos inútiles para todo exercicio, por lo que en esta parte se derogan las leyes y las sentencias, estatutos, usos, costumbres, y quanto sea contrario á esta declaracion; excepto para exercer los empleos de Juez y Escribano, pues para con estos queda en su fuerza y vigor lo dispuesto en las leyes. En quanto á si el Clérigo puede dotar á su hija expuria, y dar el exceso del quinto á su marido, ó á sus nietos, véase á *Parlado, lib. 1. Rer. cap. 16.* y á otros que cita.

88 Subdividense los herederos en *usufructuarios, fideicomisarios y substitutos*. Los usufructuarios son los que durante

(1) Ley 3. tit. 14. P. 3.

su vida, ó por tiempo determinado instituye el Testador, para que gocen del producto de sus bienes, y los usen, y pasado este se consolida el usufruto con la propiedad, y entran á la herencia los otros nombrados, que se llaman propietarios. Los fideicomisarios, ó por mejor decir *fiduciarios* son los que el Testador dexa por sus herederos, con tal que incontinenti, ó al tiempo que les prefine, entreguen precisamente la herencia á la persona que les manda. Tambien suele nombrarlos por herederos con el titulo de fideicomiso, dexar á su alma por heredera, sin que suene en el Testamento, y encargar al fideicomisario baxo de sigilo natural el modo de descargar su conciencia, y distribuir sus bienes, prohibiendo á qualesquiera Jueces y personas que le pidan cuenta de su inversion, y mandando que en caso de que alguno se entremeta ó quiera entremeterse no haya fideicomiso, sino que el fideicomisario herede enteramente. Y los substitutos son aquellos, á quienes pasa la herencia, porque los principales herederos la repudian ó mueren sin entrar en ella, ó en edad, y estado de no poder testar; y respecto haber entre estos algunas diferencias, y ser bastante ardua y sutil la materia de substituciones, paso á tratar de ella para instruccion del Escribano.

§. III.

De las substituciones de herederos.

89 Substituir heredero es *hacer segunda institucion, ó nombramiento de heredero, para que á falta del primero instituido entre en la herencia, y la goce*. La substitucion de heredero fué introducida por derecho de gentes, para que no caducasen las disposiciones de los Testadores (1): y rigorosamente entendida es de dos maneras, que son: *directa y obliqua, ó indirecta*. La directa es la que da la herencia al substituto sin intervencion ni restitucion de otro; y la obliqua la que se le da por medio y mano de un tercero. Divi-

(1) Ley unic. Cod. de Caduc. tollend. Begnudel. Bibliot. verb. Substitutio n. 1.

proxima. Pruébese de estas leyes, que los hijos expurios solo pueden heredar de sus padres, no siendo Clérigos ó Frayles profesos, el quinto de sus bienes, y si lo son, nada; y que de sus madres son herederos forzosos en todos casos, excepto en tres. El primero, quando tienen hijos legítimos. El segundo, quando la madre por haberlos tenido incurre en pena de muerte. Y el tercero, quando es Monja profesa. En los dos primeros casos les puede dexar su madre el quinto, y en el tercero nada. Pero se duda si los legítimos ó naturales de dichos hijos expurios podrán ser instituidos herederos por sus abuelos ilegítimos, respecto hablar la ley de sus padres, y no de ellos: sobre lo qual hay varias opiniones, que pueden verse en *Gutierr. lib. 2. Pract. quest. 110. Lugo, de Just. & jure disp. 24. n. 116.* y otros que citan. Pero acerca de este punto debo prevenir lo primero, que aunque el padre diga en su Testamento que les debe algunos frutos, dinero ú otra cosa, no están obligados sus herederos á entregarsela, á menos que por otro medio lo prueben, porque se presume que lo hace por beneficiarlos, y perjudicar á los legítimos herederos (1). Y lo segundo, que por Real-Cédula expedida á consulta del Consejo en el Real-Sitio de San Ildefonso á 2 de Septiembre de 1784, (ley 9. tit. 23. lib. 8. N. R.) se declara, que la ilegitimidad de que tratan las leyes, no sirve de impedimento á los hijos ilegítimos para exercer qualesquiera artes y oficios indistintamente, y que mas se dirigen las leyes á privarlos de las gracias de legitimidad como la sucesion de herencias, y otras, que á inhabilitarlos y hacerlos inútiles para todo exercicio, por lo que en esta parte se derogan las leyes y las sentencias, estatutos, usos, costumbres, y quanto sea contrario á esta declaracion; excepto para exercer los empleos de Juez y Escribano, pues para con estos queda en su fuerza y vigor lo dispuesto en las leyes. En quanto á si el Clérigo puede dotar á su hija expuria, y dar el exceso del quinto á su marido, ó á sus nietos, véase á *Parlado, lib. 1. Rer. cap. 16.* y á otros que cita.

88 Subdividense los herederos en *usufructuarios, fideicomisarios y substitutos*. Los usufructuarios son los que durante

(1) Ley 3. tit. 14. P. 3.

su vida, ó por tiempo determinado instituye el Testador, para que gocen del producto de sus bienes, y los usen, y pasado este se consolida el usufruto con la propiedad, y entran á la herencia los otros nombrados, que se llaman propietarios. Los fideicomisarios, ó por mejor decir *fiduciarios* son los que el Testador dexa por sus herederos, con tal que incontinenti, ó al tiempo que les prefine, entreguen precisamente la herencia á la persona que les manda. Tambien suele nombrarlos por herederos con el titulo de fideicomiso, dexar á su alma por heredera, sin que suene en el Testamento, y encargar al fideicomisario baxo de sigilo natural el modo de descargar su conciencia, y distribuir sus bienes, prohibiendo á qualesquiera Jueces y personas que le pidan cuenta de su inversion, y mandando que en caso de que alguno se entremeta ó quiera entremeterse no haya fideicomiso, sino que el fideicomisario herede enteramente. Y los substitutos son aquellos, á quienes pasa la herencia, porque los principales herederos la repudian ó mueren sin entrar en ella, ó en edad, y estado de no poder testar; y respecto haber entre estos algunas diferencias, y ser bastante ardua y sutil la materia de substituciones, paso á tratar de ella para instruccion del Escribano.

§. III.

De las substituciones de herederos.

89 Substituir heredero es *hacer segunda institucion, ó nombramiento de heredero, para que á falta del primero instituido entre en la herencia, y la goce*. La substitucion de heredero fué introducida por derecho de gentes, para que no caducasen las disposiciones de los Testadores (1): y rigorosamente entendida es de dos maneras, que son: *directa y obliqua, ó indirecta*. La directa es la que da la herencia al substituto sin intervencion ni restitucion de otro; y la obliqua la que se le da por medio y mano de un tercero. Divi-

(1) Ley unic. Cod. de Caduc. tollend. Begnudel. Bibliot. verb. Substitutio n. 1.

dese en seis clases que son: *Vulgar, Pupilar, Exemplar, Compendiosa, Breuiloqua, y Fideicomisaria* (1). En la primera, segunda, cuarta, y quinta, sucede el substituto representando al heredero, y no al Testador, por lo que debe ser nombrado primeramente por heredero el hijo, y en su lugar el substituto; y en la tercera, y sexta representando al Testador. Todas deben hacerse en Testamento, y no en Codicilo.

90 La substitucion vulgar es cierta substitucion directa, que qualquiera Testador hace al heredero que instituye. O una substitucion directa, que puede ser hecha á todos, y por todos (2). Se llama vulgar, porque el padre, madre, abuelos, y qualquiera otra persona pueden hacerla al que no tenga prohibicion de ser heredero (3). Se hace de dos maneras, *manifiesta y tácitamente*: manifiestamente, v. gr. *Establezco á Pedro por mi heredero, y si no lo fuere á Antonio*; pues si el primero muere antes de entrar en la herencia, ó no quiere admitirla, la llevará el segundo, y lo mismo sucederá, respecto de los demas instituidos por su orden; por manera, que si los primeros no la aceptan, ó fallecen antes de entrar en ella, la llevará el que quede, y asi para poder obtenerla el último instituido, han de morir antes de su aceptacion, ó repudiarla los que primero lo fueron (4). Tácitamente, v. gr. *Nombro por mis herederos á Pedro, Antonio y Juan, para que el que me sobreviva, sea mi heredero*. Si á la sazón viven todos, llevarán con igualdad la herencia, y si uno solo está vivo, la percibirá íntegramente (5).

91 Si el Testador instituye por sus herederos, v. gr. á tres: á uno en la quinta, á otro en la sexta, y á otro en la octava parte de sus bienes, y alguno de ellos muere, ó no quiere la suya, le heredarán los otros, no con igualdad, sino segun la quantía en que el Testador los estableció primeramente por sus herederos (6); y la razon es, porque la substitucion debe juzgarse por el mismo derecho, y reglas

(1) Ley 1. tit. 5. P. 6. (2) Leyes 1. y 2. tit. 5. P. 6. (3) Ley Si posthumos, § Quod vulgo, ff. de Liber, & posthum. Vinn. in §. de Vulgar. Gom. lib. 1. Var. cap. 3. n. 10. vers. Septimo infero. (4) Covar. de Testam. cap. Raynutius, §. 4. Gom. lib. 1. Var. cap. 5. n. 14. (5) Ley 2. tit. 5. P. 6. (6) Ley 3. tit. 5. P. 6. Gom. lib. 1. Var. cap. 3. dicho, & ibi. Aill.

que la institucion. Esto se limita en dos casos. El primero, quando el Testador manda lo contrario. El segundo, quando del gravámen impuesto igualmente á los herederos se colige otra cosa (1). Fallece la substitucion vulgar luego que el primero instituido entra en la herencia, ó la acepta (2). Para mejor instruccion de ella véase á *Gom. lib. 1. Var. cap. 3. y á Aillon*.

92 La substitucion Pupilar es una substitucion directa y simple hecha por el Testador á sus hijos legítimos impuberos que están en su poder, y por su muerte no han de recaer en el de otro (3). Nadie puede hacerla sino el padre á los hijos de legítimo matrimonio, que tiene baxo de su dominio, ya sean varones, ó hembras, con tal que el varon sea menor de 14 años, y la hembra de 12, pues en cumpliéndolos, está privado de substituirlos pupilarmente, porque tienen facultad legal de testar, sin embargo de que estén baxo de la patria potestad (4); y asi no deben ser apremiados á recibir Curadores sino quisieren (5); antes bien pueden nombrarlos por sí siendo capaces, como se practica. Aunque el padre no tiene potestad en el póstumo (que es el que está en el vientre de su madre) hasta que nace (6): ni hasta entonces se le llama su heredero, ni se le debe la legítima (7), puede no obstante substituirlo pupilarmente (8), porque realmente existe, y en todo lo propicio se le contempla nacido, por lo qual puede ser nombrado substituto del heredero instituido (9). Para que la substitucion pupilar sea válida, han de concurrir como forma de ella seis circunstancias. La primera, que el pupilo sea descendiente legítimo del substituyente. La segunda, que esté en su poder, y no fuera de él, excepto que sea póstumo.

(1) Ley Quoties 23. ff. ad Trebellian. y ley Utrum 7. §. fin. ff. de Rebus dub. Greg. Lop. en dicha ley 3. glos. fin. (2) Ley 4. tit. 5. P. 6. (3) Instit. de pupillar. Subst. y ley 1. §. 2. ff. de Vulg. & pupil. substitut. (4) Leyes 5. tit. 5. P. 6. y 5. de Toro, que es la 4. tit. 18. lib. 10. N. R. Mat. en la 1. tit. 4. lib. 5. R. glos. 17. n. 1. y 2. Covar. de Testament. cap. Raynutius, §. 4. n. 1. y 2. (5) Ley 13. tit. 16. P. 6. y §. Item in-viti adolescentes, Instit. de Curator. (6) Ley fin. ff. de Collation. bonor. Avendañ. res. 28. n. 2. (7) Ley 2. Cod. de Bonor. posses. contra tabul. y ley 1. §. Toties, ff. de Ventre in posses. mittend. (8) Ley ult. al fin. Cod. de Institut. & Substitution. (9) Ley Substitui 17. ff. de Vulgar. Lara de Vita homin. c. 6. n. 21.

La tercera, que sea impúbero. La quarta, que sea instituido ó legitimamente desheredado, bien que la substitucion valdrá aunque haya sido preterido, ó desheredado sin causa. La quinta, que despues de la muerte del Testador se haga *sui juris*, quiero decir, que no recaiga en el dominio ó potestad de otro. Y la sexta, que entre efectivamente en la herencia paterna (1); pues si muere antes que su padre, caduca la substitucion, y éste se hace dueño de sus bienes, y no el substituto. Pero advierto, que aunque esta substitucion se haga en una sola cosa, ó fundo, se estiende á todos los bienes del pupilo, siendo hecha directamente (2), al modo que la institucion directa en una cosa, se estiende tambien á la universalidad de la herencia (3).

93 Esta substitucion puede hacerse *manifiesta*, y *tácitamente*. Es substitucion manifiesta la siguiente: *Instituyo por mi heredero á Pedro mi hijo legitimo menor de 14 años, y si llega á heredarme, y muere antes de cumplirlos, nombro á Juan por su heredero. Tácita es ésta: Instituyo por mi heredero á Pedro mi hijo legitimo menor de 14 años, y á Juan, y Francisco mis amigos, y mando que el que de estos fuere mi heredero, lo sea de mi hijo.* Tambien puede hacerse tácitamente en esta forma. *Instituyo por mi heredero á Pedro mi hijo legitimo, que está en la edad pupilar, y si no fuere mi heredero, establezco por tal á Francisco en su lugar.* En cuyos casos falleciendo el hijo en la edad pupilar, heredará el substituto no solo los bienes del Testador, sino los que por otra qualquier razon le toquen, y entrará en ellos por la substitucion pupilar tácita, ó manifiesta (4).

94 Pero esto no procede quando el Testador tiene dos hijos, uno mayor de 14 años y el otro menor, y los nombra por sus herederos, diciendo: *Que si alguno de ellos muere antes de entrar la herencia, ó no quiere ser su heredero, lo sea el otro en su lugar.* Pues si el menor quisiere serlo, y entrase en la herencia, y muriese antes de la pubertad, no puede el mayor entrar en ella por la substitucion pupilar tácita, sino por la proximidad de parentesco, la razon es, porque debe guar-

(1) Gom. lib. 1. Variar. c. 4. n. 2. al 4. & ibi. Aillon n. 5. y 6.
 (2) Ley Cohæredi, §. fin. ff. de Vulgar. & pupillar. substitut. Gom. ibi. n. 13. (3) Leyes 1. §. Si ex fundo, ff. de Hæred. instituend. y 14. tit. 3. P. 6. (4) Ley 5. tit. 5. P. 6.

darse igualdad entre ellos, y respecto no poder concurrir en el hermano mayor las dos substituciones pupilar y vulgar, es arreglado que en el menor se observe la pupilar, y en su consecuencia que el mayor le herede *ab intestato* como pariente mas cercano, al modo que el menor le heredará, si entra en la herencia paterna, y su hermano muere intestado sin legitima sucesion, porque cesa la substitucion vulgar, por haber sido heredero. Lo propio se ha de observar, quando algun extraño es instituido por heredero substituto junto con el hijo menor del Testador (1).

95 Por derecho comun, y de las Partidas (2) está concedida al abuelo la facultad de substituir pupilarmente á su nieto legitimo; pero actualmente carece de ella, y es la razon, porque como su hijo por el mismo hecho de casarse y velarse sale de su poder, y se estima por emancipado segun la ley de Toro (3), y el nieto jamás entró en él, antes bien con la muerte de su padre se hace *sui juris* (4); por eso carece de facultad para substituirlo pupilarmente, como que ésta es un efecto de la patria potestad. Por esta razon tampoco puede substituir pupilarmente al extraño, que instituye heredero, pero sí vulgarmente. Mas si el hijo no está velado, no saldrá del paternal dominio, y por consiguiente tendrá su fuerza y vigor lo dispuesto por derecho comun, y de las Partidas, entrará el nieto en la potestad de su abuelo, y no en la de su padre, á causa de faltarle la velacion, por cuyo defecto no salió de ella, y aunque se vele despues de nacido su hijo, solo su abuelo tendrá el derecho sobre el de patria potestad. Si éste fallece, entra el padre á exercer sus derechos; pero si muriese tambien, entonces el hijo se hará suyo para todos los actos civiles (5); todo lo qual tendrá presente el Escribano, pues lo ignoran muchos que deben saberlo, y se precian de hábiles.

96 Llega á tanto la patria potestad, prescindiendo de otras facultades á ellas anexas, que aunque el padre desherede á sus hijos pupilos por alguna de las causas que el dere-

(1) Ley 5. tit. 5. P. 6. (2) Leyes 2. ff. de Vulg. & pupil. substit. y 5. tit. 5. P. 6. (3) Ley 47. de Toro, que es la 3. tit. 5. lib. 10. N. R. (4) Ley 1. tit. 18. P. 4. (5) Gutier. lib. 2. Pract. q. 10. n. 3. Gom. lib. 1. Variar. c. 4. n. 2. & ibi Aillon.

cho prefine, puede substituirlos pupilarmente en sus bienes, y en los que hereden de sus madres, y de otros parientes, y tambien gravar al substituto en los que adquieran por qualquier razon, con tal que no sea en los de su madre, pues en estos le está prohibido gravarle con manda que dexé á otro, por lo que el substituto no está obligado á obedecer al substituyente, ni por consiguiente á entregar la manda al Legatario (1). Pero para desheredarlos han de tener á lo menos 10 años y medio cumplidos, de suerte que estén próximos á entrar en la pubertad, que empieza desde los 12 y 14 años respectivamente, porque no presume el derecho que de menor edad cometan delitos, que los hagan dignos de la desheredacion, á causa de faltarles el discernimiento y uso de la razon (2).

97 Si alguno prohijase un hijo de otro menor de 14 años en aquella manera, que es llamada en latin *arrogatio*, y despues le dexase substituto en su Testamento otro alguno en lugar de este menor, en aquella manera que es dicha *substitucion pupilar*; tal substituto como éste no heredará en los bienes del menor, á excepcion de aquella parte que éste debia heredar de derecho en los bienes del que lo prohijó, que es la quarta parte de lo que tenga, ó aquello que le hubiese dado algun amigo del que lo prohijó. Pero en quanto á los otros bienes que viniesen al menor de su padre natural ó legítimo, ó de otra parte, los heredarán los parientes mas cercanos, si su padre natural no hubiese ordenado alguna cosa en razon de ellos en su Testamento (3).

98 Queda tan dueño de los bienes del pupilo el substituto que sucede en ellos por virtud de la substitucion pupilar, como si el mismo pupilo siendo mayor de 25 años, capaz de testar, y sin herederos legitimos, le instituyera por su heredero en Testamento perfecto. Esto se entiende, no teniendo prohibicion de serlo, pues si la tiene, no gozará la herencia, antes bien pasará á los que deben heredar *ab intestato* al pupilo (4). El substituto muriendo éste, ha de aceptar

(1) Leyes 6. tit. 5. y 3. al fin, tit. 9. P. 6. (2) Ley 6. tit. 5. P. 6. Gom. lib. 1. Variar. cap. 4. n. 3. (3) Ley 9. tit. 5. P. 6. (4) Ley 1. tit. 5. P. 6.

no solo los bienes que le tocan por la parte de su padre, sino los que le correspondan de la parte de su madre, ó le dexen sus parientes ú otro extraño; pero esto solo tiene lugar quando el substituto fue establecido por heredero, juntamente con el menor. Entonces como que le ha de representar en el todo, no se le permite eleccion, ni aceptacion parcial (1). Quando el Testador diese substituto al menor solo en la manera pupilar, y no lo estableciese por heredero juntamente con él, si éste vive, y quiere ser heredero en los bienes de su padre, y entra en ellos, conviene que el substituto sea heredero tambien en la heredad del Testador, como en los otros bienes del menor si muriese antes que sea de edad. Tendrá muy presente el Escribano esta doctrina, y extenderá la cláusula de esta suerte: *Instituyo por heredero de todos mis bienes á Pedro mi hijo legítimo menor de 14 años, y si falleciere antes de cumplirlos, nombro por su heredero á Juan, á quien substituyo, para que le suceda no solo en los míos, sino en los demás, que durante su pupilar edad adquiriere y recayeren en él, así por parte materna como por sus consanguíneos, y por otra qualquier persona, y título universal y particular, aceptándolos todos, y no en otros términos.*

99 Puede el padre del pupilo segun el derecho Comun, y el de las Partidas, excluir á la madre de éste de la sucesion de sus bienes por medio de la substitucion pupilar, pero ha de ser expresa, y no tácita (2). Esto al parecer repugna á la ley 6 de Toro, en la qual ordenando: *Que los ascendientes sean herederos de sus descendientes legítimos ex testamento y ab intestato*, solo se permita al hijo que fallece baxo de Testamento, disponer de la tercera parte de sus bienes. Sin embargo, bien meditada la materia, hay bastantes razones para salvar esta contradiccion, que en la realidad no existe, porque son distintas personas de las que hablan unas y otras leyes. La ley Comun, y la de Partida tratan de si el padre dando substituto á su hijo menor, podrá excluir á la madre de los bienes que debian pertenecerla por su falta; y la de Toro se dirige á decir, en que cantidad puede disponer de sus

(1) Ley 8. tit. 5. P. 6. (2) Ley 12. tit. 5. P. 6. Gom. lib. 1. Variar. cap. 4. n. 8.

bienes el hijo que tiene edad y poder para testar. Aun prescindiendo de las personas, y contrayéndose á las mismas palabras de la ley de Toro, no se halla semejante contradicción. En el caso, dice, que los descendientes no tengan hijos descendientes legítimos, ó que hayan derecho de heredarlos, es quando podran disponer de la tercera parte de sus bienes, aunque tengan ascendientes, y como el substituto pupilar es uno de los que tienen este derecho, se sigue que sólo quando no haya sido el hijo substituido pupilarmente, ó fallece dentro de la pubertad, entrarán á heredarle los ascendientes que tengan este derecho. Por lo dicho podrá reconocerse qual es el espíritu de la ley de Toro, y que quando el padre da substituto á su hijo, ha excluido á la madre de éste de lo que de otra manera pudiera pertenecerla. Por otra parte el padre no tiene obligación á dexar heredera á la muger, ni ésta como que no se la debe la legítima por derecho natural, puede decir de inoficioso el Testamento por la preterición. Lo mismo debe entenderse con respecto á los abuelos maternos. Pero como si el hijo fallece antes, le heredan sus padres, igualmente haciendo el padre Testamento por él, no puede privar á la madre de mas que de la tercera parte de sus bienes, que es de lo que el mismo hijo puede disponer en uso de la permission de la ley 6. citada; y si muere despues que su padre, quieren muchos se entienda fallecer intestado, en cuyo caso le hereda su madre en el todo. Sin embargo, como hoy se hallan tan limitados los derechos de la patria potestad, y varían mucho los AA. en quanto á si el padre testa en su nombre, ó lo hace en el de su hijo, de quien son los bienes (a);

(a) Dice Febrero, y dice bien, que seria conveniente que el Soberano para evitar dudas y pleytos hiciese una declaracion acerca de los casos en que por la substitucion pupilar queda excluida la madre y los demas ascendientes del derecho de heredar. Esta es una materia muy controvertida entre los AA. por una cierta implicacion que al parecer se encuentra entre la ley de Partida que se cita, y la 6. de Toro. Sin embargo quando bien se medita ésta, no solo no puede sacarse de ella un argumento en favor de la madre, sino que por el contrario se reconoce que su espíritu es idéntico con la de Partida, como se infiere de sus mismas palabras, *en caso, dice, que los dichos descendientes no tengan hijos descendientes legítimos ó otras personas que hayan derecho de les heredar.* Los AA. de mejor nota tratando de las personas que tienen este derecho, señalan en primer lugar á los hijos naturales, y á

convendría para evitar dudas y pleytos que el Soberano declarase lo que se debia practicar. Mientras llega este caso, si el padre quiere que el substituto no quede privado de todo, puede añadir á la clausula de substitucion lo siguiente: *Y en caso que esta substitucion no se verifique en el todo, quiero que valga á lo menos en la tercera parte de los bienes de dicho mi hijo, la que lego al citado F. en propiedad y usufruto para desde el dia siguiente al de su fallecimiento.* Con esta adición no se le privará de la tercera parte, como no conteniéndola he visto privarle por faltar la voluntad expresa del hijo; circunstancia esencial para que sea válido el legado.

100 Fallece, y queda ineficaz la substitucion pupilar por siete causas. La primera, quando los pupilos llegan á la pubertad. La segunda, quando pierden la libertad, v. gr. siendo cautivos; ó la Ciudad, v. gr. siendo desterrados para siempre fuera de su patria; ó la familia, v. gr. siendo emancipa-

los espurios legitimados por el subseguente matrimonio, ó por el rescritto del Príncipe, y en segundo al substituto pupilar. No es de este dictamen el Autor de las notas del Febrero Reformado, antes bien afirma que solo deben entenderse los hijos legitimados con exclusion absoluta del substituto. Funda este juicio en interpretaciones gramaticales, que para este caso son unas puras sutilezas. Dicen que no merecen confutacion las razones que se alegan por los AA. en favor del substituto, quando son en sí mismas de mucha gravedad, y despues sigue así: "¿es mas justa la ley que prefere el substituto pupilar á la madre, y ascendientes legítimos, que la que prefere éstos al primero, para que á fuerza de vanas sutilezas tomadas del derecho civil, y de las partidas que muchas veces le adoptaron ciegamente por el bárbaro siglo en que se dictaron, hayamos de apoyarla y sostenerla?," Luego hay dos leyes que en su sentir son contradictorias. Luego no habiéndose anulado expresamente la primera por la segunda, debe el legislador declarar la duda que resulta de la contradicción. Pero no es esto así. La ley de Partida declara expresa y terminantemente los derechos del substituto preferentes á los de la madre y demas ascendientes, y la de Toro, dando á éstos un derecho de suceder igual en todo al que tienen respecto de ellos los ascendientes, no hace mencion de los substitutos. Segun esto podremos decir que el silencio de esta ley, prueba la subsistencia de la otra, y que el derecho de los ascendientes á suceder, es para aquellos casos en que no esté prescrita por otras leyes la sucesion de los descendientes á sus descendientes, ó de otras personas que tengan el derecho de heredarles. Como quiera que sea, todo esto no es mas que una interpretacion de la ley de Toro que realmente esta obscura y diminuta en su contexto, y por lo mismo no podemos menos de concluir con Febrero, que seria conveniente una declaracion del Soberano.

dos ó prohiados, y pasando á poder del prohiador; ó saliendo por otro motivo del dominio de su padre natural; pero si éste fuere cautivo, no espirará la substitucion hecha antes de serlo. La tercera, quando pierden la Ciudad, y la familia, mas no la libertad. La quarta, quando el Testamento en que se hizo la substitucion, se rompe y anula por alguna causa legal. La quinta, quando el Testador hace otro perfecto con revocacion de los precedentes. La sexta, por la supernascencia de algun hijo ó hija de quienes su padre no hizo mencion especifica ni genérica en dicho Testamento. Y la septima, por no aceptar el pupilo la herencia paterna; pero si despues se arrepiente, se le debe restituir, y entónces revive la substitucion (1); bien que hoy no se verifica esta causa, porque los Tutores de los pupilos aceptan la herencia con beneficio de inventario, y estos en nada se mezclan. Para la perfecta inteligencia de esta materia, conviene saber lo primero, que la edad pupilar en los varones llega hasta los 14 años, y en las hembras hasta los 12 en todos los casos, excepto en quanto á los alimentos; por lo que si se dexan estos á algun menor hasta que llegue á la pubertud, se entiende en el varon hasta los 18 años, y en la hembra hasta los 14, lo qual se estableció así por razon de piedad á beneficio de los menores, y porque hasta esta respectiva edad no se les considere en aptitud de poder mantenerse con su trabajo ó industria (2): lo segundo, que si el substituto muere antes que el instituido, no transmite en otro el derecho que tenía á suceder por la substitucion pupilar; excepto en algunos casos que pueden verse en los AA.

101 Substitucion exemplar tanto quiere decir como establecimiento otro de heredero, que es fecho á semejanza del que es fecho al huérano. E puedenlo facer los padres é los abuelos á los que descien den de ellos quando son locos ó desmemoriados, estableciendoles otros por herederos si muriesen en la locura. Pueden hacerla el padre, madre y abuelos á sus hijos legítimos de ámbos sexós, ya esten en su poder, ó casados, ó

(1) Ley 10. tit. 5. P. 6. (2) Ley Mela, §. Certe, ff. de Aliment. & cibar. legat. Gom., lib. 1. Var. c. 4. n. 1. Menoch. lib. 4. præsumpt. 157. n. 37. Escobar, comput. 4.

emancipados: y tambien la madre á los naturales, quando se les debe su legítima; pero no á los expurios: y á los legítimos si se conserva viuda, pues pasando á segundo, ó tercero matrimonio, es opinable si podrá, ó no; acerca de lo qual véase á Gomez, lib. 1. Var. cap. 6. num. 9. & ibi. Ayllon num. 10. El padre no puede substituir exemplarmente á sus hijos expurios, ni á los naturales, porque no son sus herederos forzosos. Se llama *exemplar*, porque se hace á imitacion y exemplo de la pupilar, y se ordena en estos términos: *Instituto por mi heredero á Pedro mi hijo legítimo, y si falleciere en la locura, ó fatuidad que padece, establezco por su heredero á Juan su hermano*: en cuyo caso muriendo el hijo en la demencia ó fatuidad, heredará el substituto todos sus bienes (1).

102 Pero en esta substitucion se ha de observar precisamente este orden: primero, nombrar por substitutos á los hijos del loco, fatuo, ó desmemoriado; pues aunque los tenga, puede ser substituido exemplarmente: á falta de ellos á los nietos, y demas descendientes por su orden y grado: no teniendolos, á sus hermanos enteros, ó medios, con tal que sean de la línea del ascendiente que los substituye, y á los hijos que los muertos hayan dexado, pues entran en su lugar, y los representan: y en defecto de todos á los estraños, como lo dice la ley 11. tit. 5. Part. 6. *Pero si este loco, á quien dan el substituto, oviere fijo, ó nieto, ó alguno de los otros, que descendiesen por derecha línea de él, debenlos substituir en su lugar, é non otros: é si alguno de estos non oviere, estonce le pueden dar por substituto á su hermano, si lo oviere; é si non oviere hermano, pueden le dar por su substituto otro estraño* (2). De esta ley se colige, que por medio de esta substitucion tiene facultad un ascendiente de excluir al otro de la sucesion de los bienes del loco, ó fatuo, sobre lo qual hay variedad de opiniones. Yo soy de dictámen que no puede hacerlo, porque en esta substitucion no tiene su vigor la patria potestad, como en la pupilar, sino solo la legal determinacion, y concesion: que por lo mismo debe observarse la de la sexta de Toro, que es posterior, y ser llamados á la he-

(1) Leyes 1. y 11. tit. 5. P. 6. lib. 1. Var. c. 6. n. 6. & ibi Ayllon n. 7. (2) Gom., lib. 1. Var. c. 6. n. 7.

rencia los ascendientes antes que los hermanos del loco, y que el extraño. El que quisiere instruirse de los fundamentos de estas opiniones, lea los AA. que se citan (1), pues por evitar prolijidad, omito esplicarlos.

103 Pueden tambien el padre, y la madre substituir exemplarmente, observando el orden expresado, á sus hijos mudos, y totalmente sordos por naturaleza ó por enfermedad, que no saben leer, ni escribir, y que están incapaces de testar; pero no, si lo son por enfermedad, y saben leer y escribir, porque tienen aptitud para manifestar su voluntad por escrito, del mismo modo que si no lo fueran (2).

104 Espira y acaba la substitucion exemplar por una de tres causas. La primera, quando el loco, fatuo, ó desmemoriado recobra su juicio y memoria, y no vuelve despues á su locura, pues si vuelve, convalece la substitucion, porque es visto no haberse extinguido, sino cesado por algun tiempo. La segunda, quando le nace despues hijo ó hija. Y la tercera, quando el que la hizo, la revoca por Testamento posterior (3). Y se advierte, que los descendientes no pueden substituir exemplarmente á sus ascendientes, sin embargo de que pueden ser sus Curadores, porque ningun derecho les concede esta facultad, como afirman Gom. lib. 1. Variar. cap. 6. n. 10. y otros.

105 La substitucion compendiosa es un establecimiento de heredero que es fecho en breves palabras, ó para explicarme con los AA., es una substitucion directa que comprehende, y puede comprehender á todos los herederos instituidos en todos tiempos, edades, y bienes que el Testadar les dexa. O una substitucion, que baxo del compendio de palabras contiene diferentes substituciones por los varios tiempos en que pueden verificarse (4). El padre puede hacerla á sus hijos impuberos, que están en su poder, y se ordena en esta forma: *Instituyo por mi heredero*

(1) Greg. Lop. en la ley 11. tit. 5. P. 6. verb. Otro extraño. Covarr. de Testam. c. Raynutius, §. 6. n. penul. Gom. lib. 1. Variar. c. 6. n. 7. y 9. (2) Gom., lib. 1. Var. cap. 6. n. 3. 4. y 10. (3) Ley 11. al fin. tit. 5. P. 6. ley Humanitat. Cod. de Impuber. & aliis Substit. vers. Ita tamen: y ley penult. §. fin. Cod. de Curator. furios. Gom. cap. 6. n. 11. verb. Dubium tamen:: (4) Covar. de Testam. cap. Raynut. §. 9. n. 2. Gom., lib. 1. Var. cap. 7. n. 1.

á Pedro mi hijo legitimo, y en qualquier tiempo que muera, sea su heredero Juan. En este caso si el Testador es Caballero; ó Soldado, y el hijo tiene madre, y muere dentro de la edad pupilar, heredará el substituto todos los bienes de éste por virtud de la substitucion pupilar, que se verifica en ésta, y su madre nada. Si fallece sin Testamento estando en la pubertad, llevará su madre únicamente la tercera parte de la herencia de su hijo adquirida por qualquier título, y las sepulturas que le pertenecieren por linea paterna, y los demas bienes serán para el substituto; mas si el Testador Caballero nombra por su heredero á alguno que no fuese de los que descenden de él, y lo substituye, llevará el substituto la herencia en qualquier tiempo que éste muera.

106 Si el Testador no es Caballero, y el hijo á quien substituye muere en la edad pupilar, llevará tambien el substituto toda la herencia, y la madre del pupilo nada: y si fallece dentro de la pubertad, todo será para su madre, y en su defecto para sus parientes mas cercanos. Pero si el Testador dice: *Instituyo por mi heredero á Pedro mi hijo legitimo menor de 14 años, y en qualquier tiempo que muera, substituyo en su lugar á Juan, ó quiero que Juan sea su heredero*: en este caso muriendo dentro de la pubertad sin sucesion legitima, llevará su madre las sepulturas que le tocarén por la linea paterna, y la tercera parte de sus bienes, y el substituto las otras dos: todo lo qual es conforme á una ley de Partida que de ello trata (1).

107 Pero en mi concepto no debe seguirse hoy en quanto á no heredar la madre enteramente á su hijo, que muere intestado sin legitima sucesion dentro de la pubertad, porque la ley 6. de Toro manda indistintamente sin excepcion de personas, que los ascendientes sean legitimos herederos *ex testamento*, y *ab intestato* de sus descendientes legitimos. El padre no puede substituir pupilarmente á su hijo capaz de testar, pues entrando en la pubertad, cesa la substitucion, y una vez que el padre muere, espira tambien la patria potestad, y de tal modo que jamas revive (2). Si se observase la

(1) Ley 12. tit. 5. P. 6. (2) Leyes 1. tit. 18. P. 4. y Qui liberatus 12. ff. de Adoptionib.

disposicion de la ley de Partida, quedaria en esta parte sin efecto la de Toro, que es posterior. Véanse sobre este punto á Gomez y á los AA. que cita.

108. La substitucion brevilouqua, ó recíproca es una substitucion directa, que se hace mutuamente á algunos herederos instituidos ó exheredados por defecto de otros. Llámase brevilouqua, porque se hace brevemente, ó con pocas palabras. Solo el padre tiene potestad de hacerla á sus hijos pupilos, y la cláusula se ordena de esta suerte: *Instituyo por mis herederos á Pedro y Juan, mis dos hijos legítimos menores de 14 años, y los hago mutuamente substitutos uno del otro.* Y de ésta: *Instituyo por mis herederos á Pedro y Juan, mis dos hijos legítimos, que están en la edad pupilar, y los substituyo de forma que el uno sea heredero del otro.* En esta substitucion se incluyen quatro, dos vulgares, y dos pupilares, pues si alguno de ellos muere dentro de la edad pupilar, ó de la pubertad, y no quiere aceptar la herencia, la percibirá el otro instituido (1).

109. Substitucion fideicomisaria tanto quiere decir, como establecimiento de heredero, que es puesto en fe de alguno que la herencia dexa en su mano, que la dé á otro. Esta substitucion es obliqua, porque el verdadero heredero no percibe directa é inmediatamente la herencia del Testador, sino por medio de otro instituido con el gravámen de restituirla. Se llama fideicomisaria, porque es puesta en la fe de alguno. Puede hacerla todo aquel que tiene potestad para testar, y es en esta forma. *Instituyo por mi heredero á Pedro, y le ruego, ó quiero, ó mando que esta mi herencia que yo le dexo, que la tenga tanto tiempo, é que despues que la dé, é entregue á Juan.*

110. Las substituciones fideicomisarias se tomaron entre nosotros del derecho comun. En Roma no se consideraron obligatorias hasta tiempos muy posteriores al establecimiento de la República. Todo dependia en un principio de la buena fe y la probidad. Fixado por las leyes el orden de las sucesiones y Testamentos, los Testadores buscaban un arbitrio para dexar sus bienes á los proscriptos, á los desterrados, á los celibatarios, y á otras personas que no podian heredar. Instituyendo herederos legales en sus Testamentos, les daban el

(1) Ley 13. tit. 5. P. 6. Gom. lib. 1. Variar. c. 8.

encargó de restituir, ó entregar sus bienes á estas personas. Pero sucedia que muchas veces los herederos fiduciarios se los apropiaban, ó los retenian por mas tiempo del que el Testador habia ordenado, y que otras no querian aceptar ni entrar en la herencia para librarse de una responsabilidad que no les traia utilidad alguna; y de aquí resultaba que se invalidaban los fideicomisos, y todas las demas disposiciones que contenia el Testamento, con perjuicio de los verdaderos herederos, y de los legatarios. Augusto en estas circunstancias ordenó que los Cónsules tomasen en consideracion los fideicomisos. Se creó un Pretor para que juzgase los pleitos que se suscitaban. Se hicieron varios Senados Consultos para contener y remediar los abusos que se habian introducido, y como no causasen el efecto que se deseaba, se creyó conveniente dar algun interés á los fiduciarios. Para esto se hizo el Senado Consulto Trebeliano, llamado así de su autor Trebelio Cónsul, por el qual podia el fiduciario retener la quarta parte de la herencia, pero dividiendo las acciones y las cargas con el heredero fideicomisario en proporcion á su importe. Despues en tiempo de Vespasiano se hizo otro Senado Consulto, llamado Pegasiano, del Cónsul Pegasio su autor, en virtud del qual podia el fiduciario retener la quarta parte de la herencia, pero con la obligacion de responder á todas las cargas de ella. Este Senado Consulto quedó sin efecto en tiempo de Justiniano, y se renovó el Trebeliano.

111. Nuestras leyes han dicho muy poco acerca de esta materia de substituciones fideicomisarias. Unicamente tenemos la 14. tit. 5. Partida 6. que la define y establece, que el que es rogado de esta manera, debe dar la herencia al otro como el testador mandó, sacando para sí la quarta parte de toda la herencia: la 8. tit. 11. de la misma Partida, en que se explica cómo, y en qué casos debe hacerse esta retencion, y la 1. t. 18. l. 10. N. R. en que se dice, que si alguno dexare á otro en su postrimera voluntad por heredero, ó le legare ó mandare alguna cosa para que la dé á otro alguno, á quien substituyere en la herencia ó manda, si el tal heredero ó legatario no quisiere aceptar, ó renunciare la herencia ó el legado, el substituto ó substitutos lo puedan haber todo. Esta ley ha corregido en este punto las del derecho comun que invalidaban los fi-

deicomisos por la falta de aceptación del heredero, y lo dispuesto en la 14. tit. 5. Part. 6. en quanto á que si el heredero no quisiese recibir la herencia, le pudiese apremiar á ello el Juez del lugar.

112 Nuestros AA. han hablado largamente acerca de la materia, distinguiendo los casos en que puede tener lugar esta substitucion, y los derechos de los herederos fiduciarios, y de los fideicomisarios, á quienes podrá ver el lector, y especialmente á Gomez y Aillon en el tom. 1. Variar. cap. 5. Solo diré aquí para inteligencia y gobierno del Escribano, que la substitucion fideicomisaria tiene lugar unicamente entre herederos estraños, pues á los legítimos no se puede gravar con fideicomiso.

§. IV.

De las mejoras.

113 Mejorar segun mi propósito es: *mandar el Testador á alguno de sus herederos mas bienes, ó herencia que á los demas instituidos.* El que tiene potestad de testar, puede como dueño de su hacienda, testando entre estraños, repartirla del modo que mejor le parezca, mejorar en la parte que quisiere á alguno, ó algunos de sus herederos, gravarlos, y poner condiciones á su arbitrio. Pero si testa entre descendientes legítimos, solo se le permite hacerlo en estos términos: el padre, la madre, abuelos y demas ascendientes pueden mejorar por una vez, y no mas en vida y muerte á alguno, ó algunos de sus hijos, nietos y descendientes legítimos, aunque los tales hijos padres de los referidos nietos, y descendientes sean vivos, en el tercio, y remanente del quinto de sus bienes libres por Testamento, ú otra última disposicion, ó por contrato entre vivos, y vincularlos, imponerles para siempre, ó por el tiempo de su voluntad en el tercio el gravamen de restitucion, incompatibilidad y fideicomiso (a);

(a) Nuestras leyes no solo permitieron las vinculaciones directas de todos los bienes en favor de un hijo único, sino que habiéndose concedido á los padres la facultad de mejorar entre sus hijos á aquel que les fuese mas predilecto, quisieron tambien que por via de esta mejora pudiesen aumen-

pero no otro alguno, porque el tercio es legítima, y como tal no puede ser gravada, ni condicionada en propiedad ni usufructo en cosa ni cantidad alguna, y hacer en el tercio y quinto, ó en qualquiera de ellos los vínculos, sumisiones y substituciones que les parezca, sin distinguir de quarta, ni quinta generacion; anteponiendo, ó posponiendo entre las personas de cada grado las que quisieren, con tal que no excluyan á ninguna hábil, y capaz de suceder en él, ya sea varon ó hembra, ni por consiguiente constituyan agnaticia la vinculacion, y que el gravamen y condicion que impongan en el tercio, sea entre sus legítimos descendientes; á falta de ellos, entre los ilegítimos que hayan derecho de poder heredarles; no habiéndolos, entre sus ascendientes; en su defecto, entre sus parientes, y despues de extinguidos todos, entre estraños, pues de otra suerte no valdrá el gravamen y condicion que impongan (1), y se reducirá al orden expuesto. Pero la mejora del tercio entre descendientes legítimos, se entiende no solo en quanto á la propiedad de los bienes que lo componen, sino á su usufructo; lo primero, porque las leyes hablan indistintamente, y quando no distinguen, no debemos distinguir, debiendose inferir de su silen-

tar y recrecer las primeras vinculaciones en favor del primogénito, ó hacer otras nuevas en cabeza de qualquiera otro hijo mejorado. De esta suerte crecieron en España hasta lo infinito, y se creó esa numerosa clase de ociosos engréidos á titulo de un pequeño vínculo ó Mayorazgo, que consumiendo esterilmente sus rentas, dieron lugar en gran parte al abandono de la industria y la agricultura. Acaso influyeron las circunstancias para estas leyes; acaso se dictaron por las opiniones del tiempo; pero realmente ni las opiniones ni las circunstancias debian ser bastante poderosas para esterilizar los campos, violando así las leyes de la naturaleza. Se prescinde de si atendida la constitucion del gobierno, són necesarios los grandes mayorazgos: esta es una question que no nos toca decidir; pero por lo que hace á los cortos, muchos de los quales se hacian por medio de mejoras, ya los ha declarado perjudiciales é inútiles la Real cédula de 14 de Mayo de 1789, donde expresamente se manda que en adelante no se puedan fundar mayorazgos aunque sea por via de agregacion ó de mejora de tercio y quinto, á no ser que lleguen ó excedan de tres mil ducados de renta, y que se califiquen para fundarlos otras circunstancias y motivos que se expresan. De esta suerte han quedado derogadas las leyes que ilimitadamente concedian esta facultad. Véase esta Real cédula en el tom. 3. c. 11. pag. 134 donde se inestá á la letra.

(1) Leyes 18. y 27. de Toro, que son las 2. y 11. tit. 6. lib. 10. N. R. Rox. Almansa de Incompat. disp. 2. quæst. 3. n. 8. hasta el 23.

deicomisos por la falta de aceptación del heredero, y lo dispuesto en la 14. tit. 5. Part. 6. en quanto á que si el heredero no quisiese recibir la herencia, le pudiese apremiar á ello el Juez del lugar.

112 Nuestros AA. han hablado largamente acerca de la materia, distinguiendo los casos en que puede tener lugar esta substitucion, y los derechos de los herederos fiduciarios, y de los fideicomisarios, á quienes podrá ver el lector, y especialmente á Gomez y Aillon en el tom. 1. Variar. cap. 5. Solo diré aquí para inteligencia y gobierno del Escribano, que la substitucion fideicomisaria tiene lugar unicamente entre herederos estraños, pues á los legítimos no se puede gravar con fideicomiso.

§. IV.

De las mejoras.

113 Mejorar segun mi propósito es: *mandar el Testador á alguno de sus herederos mas bienes, ó herencia que á los demas instituidos.* El que tiene potestad de testar, puede como dueño de su hacienda, testando entre estraños, repartirla del modo que mejor le parezca, mejorar en la parte que quisiere á alguno, ó algunos de sus herederos, gravarlos, y poner condiciones á su arbitrio. Pero si testa entre descendientes legítimos, solo se le permite hacerlo en estos términos: el padre, la madre, abuelos y demas ascendientes pueden mejorar por una vez, y no mas en vida y muerte á alguno, ó algunos de sus hijos, nietos y descendientes legítimos, aunque los tales hijos padres de los referidos nietos, y descendientes sean vivos, en el tercio, y remanente del quinto de sus bienes libres por Testamento, ú otra última disposicion, ó por contrato entre vivos, y vincularlos, imponerles para siempre, ó por el tiempo de su voluntad en el tercio el gravamen de restitucion, incompatibilidad y fideicomiso (a);

(a) Nuestras leyes no solo permitieron las vinculaciones directas de todos los bienes en favor de un hijo único, sino que habiéndose concedido á los padres la facultad de mejorar entre sus hijos á aquel que les fuese mas predilecto, quisieron tambien que por via de esta mejora pudiesen aumen-

pero no otro alguno, porque el tercio es legítima, y como tal no puede ser gravada, ni condicionada en propiedad ni usufructo en cosa ni cantidad alguna, y hacer en el tercio y quinto, ó en qualquiera de ellos los vínculos, sumisiones y substituciones que les parezca, sin distinguir de quarta, ni quinta generacion; anteponiendo, ó posponiendo entre las personas de cada grado las que quisieren, con tal que no excluyan á ninguna hábil, y capaz de suceder en él, ya sea varon ó hembra, ni por consiguiente constituyan agnaticia la vinculacion, y que el gravamen y condicion que impongan en el tercio, sea entre sus legítimos descendientes; á falta de ellos, entre los ilegítimos que hayan derecho de poder heredarles; no habiéndolos, entre sus ascendientes; en su defecto, entre sus parientes, y despues de extinguidos todos, entre estraños, pues de otra suerte no valdrá el gravamen y condicion que impongan (1), y se reducirá al orden expuesto. Pero la mejora del tercio entre descendientes legítimos, se entiende no solo en quanto á la propiedad de los bienes que lo componen, sino á su usufructo; lo primero, porque las leyes hablan indistintamente, y quando no distinguen, no debemos distinguir, debiendose inferir de su silen-

tar y recrecer las primeras vinculaciones en favor del primogénito, ó hacer otras nuevas en cabeza de qualquiera otro hijo mejorado. De esta suerte crecieron en España hasta lo infinito, y se creó esa numerosa clase de ociosos engréidos á titulo de un pequeño vínculo ó Mayorazgo, que consumiendo esterilmente sus rentas, dieron lugar en gran parte al abandono de la industria y la agricultura. Acaso influyeron las circunstancias para estas leyes; acaso se dictaron por las opiniones del tiempo; pero realmente ni las opiniones ni las circunstancias debian ser bastante poderosas para esterilizar los campos, violando así las leyes de la naturaleza. Se prescinde de si atendida la constitucion del gobierno, són necesarios los grandes mayorazgos: esta es una question que no nos toca decidir; pero por lo que hace á los cortos, muchos de los quales se hacian por medio de mejoras, ya los ha declarado perjudiciales é inútiles la Real cédula de 14 de Mayo de 1789, donde expresamente se manda que en adelante no se puedan fundar mayorazgos aunque sea por via de agregacion ó de mejora de tercio y quinto, á no ser que lleguen ó excedan de tres mil ducados de renta, y que se califiquen para fundarlos otras circunstancias y motivos que se expresan. De esta suerte han quedado derogadas las leyes que ilimitadamente concedian esta facultad. Véase esta Real cédula en el tom. 3. c. 11. pag. 134 donde se inestá á la letra.

(1) Leyes 18. y 27. de Toro, que son las 2. y 11. tit. 6. lib. 10. N. R. Rox. Almansa de Incompat. disp. 2. quæst. 3. n. 8. hasta el 23.

cio, que su fin es transferir en el mejorado la propiedad y usufructo; que es el dominio pleno de ellos, y no una cosa solamente; y lo segundo, porque el tercio entre ellos es legítima, la qual en su perjuicio no puede ser gravada á favor del que no sea tambien descendiente, como dexo expuesto; por lo que si el ascendiente mejora á uno, ó mas descendientes suyos en el tercio y quinto de sus bienes, dexando á otro ascendiente, ó á extraño el usufructo de ambos por su vida, ó por cierto tiempo, será ineficaz en el todo el legado del usufructo del tercio, y valdrá el del quinto únicamente. Lo que tendrá presente el Escribano, pues algunos creen con error lo contrario.

114 Pero en el quinto tienen facultad de poner á su arbitrio, ya sea entre ascendientes, descendientes, parientes, ó extraños, no solo el gravamen de restitucion, incompatibilidad y fideicomiso expresados, sino otro qualquiera posible, y honesto, y dexarlo en propiedad y usufructo, ó en una de estas cosas solamente á quien quisieren; y la razon es, porque el quinto es hacienda propia y privativa suya, á la qual ninguno tiene adquirido el mas leve derecho, y por lo mismo pueden hacer de ella lo que les parezca (a).

115 Tambien pueden consignar ó señalar por sí mismos en una ó mas fincas, ó en dinero, ú otras especies la mejora del tercio y quinto, ó de qualquiera de ellos; mas no cometer á otro su consignacion ó señalamiento (1). Pero la prohibicion de cometer la consignacion, y hacerla, se entiende quando la comision fué general para testar, en cuyo caso no podrá hacerla el comisario; lo que no sucederá si fué especial para mejorar á cierto descendiente, ó descendientes en quóta, ó cantidad determinada y consignarla, segun dicen los AA. (2); bien que la ley 19. de Toro habla

(a) Téngase muy presente lo que se dice en la nota anterior. El espíritu de la Real cédula que se cita, se extiende á toda fundacion de corta renta, pero si por via de mejora puede hacerse la que llegue ó exceda de tres mil ducados, concurriendo varias circunstancias de utilidad pública, tambien podrá fundarse un Mayorazgo con el quinto, si las rentas llegan á la quóta que se ha fixado, en beneficio de uno de los hijos, ó de extraños en su caso, con las condiciones y llamamientos que le parecieren útiles y convenientes al fundador.

(1) Ley 19. de Toro, que es la 3. tit. 6. lib. 10. N. R. (2) Tello, Cas-

indistinta y absolutamente. Y porque muchas veces las alhajas consignadas exceden, ó no alcanzan para el pago de la mejora, y por la discordia de los AA. se duda lo que en estos casos se debe practicar entre descendientes legítimos, tendrá presente el Escribano que si la mejora fué del tercio y quinto de los bienes del mejorante, ó de alguno de ellos, y los consignados no alcanzan para su total pago, atendidos los que se encuentra pertenecerle al tiempo de su muerte, v. gr. diciendo: *Mejoro á mi hijo Pedro en el tercio y quinto de todos mis bienes, y para parte de pago de esta mejora le consigno tales fincas*, nombrándolas; entonces se debe suplir lo que falte de los demas de su herencia, porque en este caso la substancia de la mejora consiste en el tercio y quinto de todos los que dexa, y no en las cosas que por razon de demonstracion señala, y destina para pagarla, ó executar lo que ordena; las que no alteran, aumentan ni disminuyen su virtud, ni la del legado, ni fideicomiso, y solo sirve su consignacion ó señalamiento para que ya quieran ó no los no mejorados, no dexen de entregarlas al que lo es, en cuenta y parte de pago de la quóta para que se señalaron (1). Lo qual se entiende, ya el mejorante use de la palabra universal *todos*, ó la omita, y hable solamente *de sus bienes*, porque la indefinida equivale á la universal. Pero si las mismas cosas fueron señaladas por tercio y quinto, v. gr. diciendo: *Mejoro á mi hijo Pedro en tal, y tal finca por razon del tercio, y quinto. O le mejoro en tal y tal cosa*, sin mas expresion, no se debe suplir del residuo de sus bienes lo que falte para completar el de todos los del mejorante, porque la substancia del tercio, y quinto, ó de qualquiera de los dos consiste en las cosas consignadas; por lo que debe el mejorado contentarse con ellas (2). Si exceden al valor del tercio ó quinto, ó de ambos, se revocará la mejora en el exceso, y siendo uno de los herederos el mejorado se le aplicará en cuenta, y parte

tillo y Gom. en la ley 19. de Toro. Angul. de Mellorat. en la 3. tit. 6. lib. 5. glos. 7. Matienz. en ella, glos. fin.

(1) Ley Quidam testamento, ff. de Legat. 1. ley Paula Callinico, §. fin. ff. de Legat. 3. Cifuent. en la 17. de Toro. (2) Ley Si quis servum, §. Si quis ita legaverit, ff. de Legat. 2. y ley Servus legatis, §. Qui quinque, ff. de Legat. 1. Gom. en la 17. de Toro, n. 14.

de su legítima, pero si exceden, restituirá lo que sobre á los coherederos, ya sea en dinero en caso que las cosas señaladas no tengan cómoda division, ó en parte de ellas, si la tienen (1); al modo que quando le hace donacion en vida, y no le cabe en el tercio, quinto, y legítima. Si no fuere heredero, v. gr. el nieto, viviendo los hijos del mejorante, restituirá tambien el sobrante á los que lo sean, porque la legítima de estos no debe ser gravada; lo qual será al contrario entre extraños, pues lo llevará todo, no mandando el Testador que lo restituya, ó no infiriendose ser esta su voluntad. Con esta distincion se concilian las opiniones de los AA. pero para evitar disputas y pleytos será conveniente que el Escribano instruya al Testador para que ordene con claridad lo que se ha de practicar.

116 Si los ascendientes no tienen mas que un descendiente legitimo, no pueden imponerle vínculo, ni gravamen en el tercio, á menos que intervenga para ello facultad real, ó que siendo el descendiente mayor de 25 años, lo consienta, jurando no reclamarlo; y las razones son: la primera, porque el tercio y los demas bienes del padre en este caso son legitima del hijo. La segunda, porque en qualquiera materia, y disposicion se ha de hacer siempre la prelación, y eleccion entre muchos (2). La tercera, porque las leyes que dan facultad para mejorar, y gravar el tercio, no hablan de un hijo, ó descendiente solo, sino de muchos, y la locucion plural, ó de muchos requiere á lo menos dos (3). A estas se agregan otras razones que traen los AA. (4).

117 Pero como muchos padres tienen conducta tan irregular, y desordenada, que si entrasen en su poder los bienes adventicios de sus hijos, se los consumirían, entonces los abuelos maternos de estos podrán privar á sus yernos del dominio, administracion, y manejo de los de la mejora que les

(1) Ley 1. Cod. de Inofficis. donation, ley Sancimus, Cod. de Donat. ley 10. tit. 6. lib. 10. N.R. Angul. en dicha ley 3. glos. 4. n. 5. y glos. 6. (2) Leyes Unum ex familia 64. y Cum pater 67. §. A filia, ff. de Leg. 2. Auth. Novissima, Cod. de Testament. y cap. Raynutius de Testam. Covar. en él. (3) Ley Ubi numerus, ff. de Testib. ley Ubi numerus, ff. de Regul. jur. ley Qui quartum, §. ultim. & ibi. Bart. ff. de Legat. 1. y ley Legato, §. Qui plures, ff. de Legat. 2. (4) Gom. en la ley 17. de Toro, n. 19.

hagan respecto ser administradores legitimos de todos; pero para esto han de hacer constar que los padres son disipadores, porque en este caso están privados por derecho de su administracion, por no convenir á la República que sus individuos sean pródigos, y especialmente de bienes de tercero, en cuyo perjuicio cede su prodigalidad (1); al modo que las mugeres pueden hacer que se quite á sus maridos, que tienen igual conducta, la de su dote, como diré en el cap. 2. lo qual se entiende, aun quando ofrezcan caucion de administrarlos bien (2); pero su usufruto les toca, y deben percibirlo. Asi lo practiqué en el Testamento de una abuela, y se declaró en juicio no obstante la oposicion de su yerno, que queria percibir el importe de la mejora que su suegra habia hecho á un nieto hijo de éste, privandole de su percibo, y manejo por justas causas que para ello tenia, mandando se impusiese, y que el yerno percibiese sus frutos mientras su hijo estuviese en su poder, y encargando al Señor Juez la conciencia sobre el cumplimiento de esta voluntad suya.

118 Aunque todos los bienes de los ascendientes son legitima de sus descendientes, excepto el quinto; no obstante, por no ser rigurosa para todos, se llama propriamente *legítima* la parte de herencia que por igualdad toca á cada hijo; de suerte que ningun descendiente por razon de ella debe llevar mas que el que está en igual grado con él; por lo que si concurren á su division un hijo, y dos nietos del Testador, percibirá el hijo la mitad, y los nietos representando á su difunto padre, la otra mitad, la que partirán entre sí con igualdad, y ninguno de estos llevará tanta parte como su tio, porque están en grado más remoto con el Testador, y así heredarán por representacion de su padre lo que éste heredaría, si viviera.

119 Sin embargo de que cada hijo en el instante que nace, es acreedor legal, y natural á los bienes de su padre en estos Reynos de Castilla, concurriendo en él las demás calidades que previenen las leyes; no obstante, respecto unos de otros no es legítima necesaria de todos el tercio, sino de

(1) Ley Imperator. 50. ff. ad Trebellian. (2) Salg. Labir. cred. part. 4. cap. 15. n. 1. y 2. Molin. de primog. lib. 1. cap. 16.

alguno, ó algunos á arbitrio de sus ascendientes (1); y así se distingue con el nombre de *mejora*, sobre la qual unicamente pueden imponerles gravamen, y condicion, como lo dice la ley 11. tit. 4. Part. 6; pero ha de ser en la forma que de-xo explicado, y no en otra.

120 Las leyes 18. 19. y 27. de Toro permiten á los ascendientes legítimos que mejoren á sus legítimos descendientes por contrato entre vivos, ó ultima voluntad; de las quales se infiere que la madre, y abuela estando casadas, pueden por sí solas mejorarlos inter vivos, y hacer todo lo que en este caso el padre, y abuelo. Sin embargo los AA. que tratan de la materia dudan sino distinguiendo la ley de casos, ni de contratos, ni de hijos, ni de extraños, es necesaria en el de mejora para su validacion la licencia marital. Los que llevan la opinion afirmativa, se fundan en la 55. de Toro que corrobora otras dos del Fuero Real, en la qual se prohíbe á la muger casada hacer contratos, y casi contratos con tercero sin licencia de su marido, segun se prueba de su contexto: *La muger durante el matrimonio, sin licencia de su marido como no puede hacer contrato alguno, asimismo no se pueda apartar, ni desistir de ningún contrato, ni estar en juicio haciendo, ni defendiendo sin la dicha licencia de su marido; y si estuviere por sí, ó por su Procurador, mandamos que no vala lo que ficriere.* El motivo es, no por la imbecilidad, ó fragilidad de la muger, porque si ésta lo fuera, hablaría tambien con la que no es casada, sino porque el marido es legítimo administrador de los bienes de la suya constante matrimonio, está obligado á su responsabilidad, tiene en ellos dominio aunque revocable, y temporal, y le pertenecen sus frutos para ayudar á superar las cargas matrimoniales: y de permitirle que celebre contratos sin su licencia, puede irrogarsele perjuicio.

121 Mi dictamen es que no pueda mejorarlos, ni hacerles donacion inter vivos sin licencia de su marido, ni tampoco donacion por causa de muerte con entrega de los bienes donados: que la permission de las tres leyes de Toro

(1) Gutier. de Joram. confirmat. part. 1. cap. 9. n. 16. Mat. en la ley 2. tit. 6. lib. 5. R. glos. 2. y glos. 3.

debe entenderse en caso que intervenga la licencia, y no en otro, y por consiguiente que la mejora, y donacion serán ineficaces entonces, y despues de la muerte de su marido, á menos que las revalide luego, por defecto de potestad, forma, y solemnidad, por el qual fueron nulas en su principio; porque lo que en este es nulo, no cobra vigor con el tiempo, y esto aun en el caso de que renuncie la ley referida, pues como está establecida en favor del marido, es inutil la renunciacion que de ella haga su muger.

122 Si los padres hacen donacion en Testamento ó en otra qualquier última voluntad, ó por algun otro contrato entre vivos á alguno de sus hijos ó descendientes legítimos, aunque no digan que lo mejoran, se entiende ser mejorado en el tercio, y remanente del quinto, y se ha de contar lo que en estos quepa, para que á él, ni á otro pueda mejorar en mas de su importe; pues si asciende á mas valdrá hasta en la quantia del dicho tercio y quinto, y legítima de lo que debian haber de los bienes de sus padres y abuelos, y no en mas, reintegrando el exceso á los coherederos (1), como queda expuesto. Pero si mandan que lo traiga todo á colacion, y particion en cuenta de su legítima, no se entenderá mejorado, antes bien deberá restituir el sobrante del importe de ésta á los demas interesados en la herencia, porque es visto que no quisieron mejorarle.

123 El mejorado en tercio, y quinto puede repudiar la herencia, y aceptar la mejora, satisfaciendo primero á prorrata las deudas del difunto, y por las que entonces no parezcan queda obligado en igual conformidad, ya sea hecha la mejora en bienes señalados, ó no (2). Pero para deducirla se ha de atender al valor que estos tienen al tiempo del fallecimiento del que la hizo, y no al que tenian quando fue hecha (3), entendiéndose que no debe sacarse de las dotes, y donaciones *propter nuptias*, ni de las demas donaciones que los descendientes traen á colacion, y particion (4), porque son bienes de estos, y no de aquel.

(1) Ley 26. de Toro, que es la 10. tit. 6. lib. 10. N. R. (2) Ley 21. de Toro, que es la 15. tit. 6. lib. 10. N. R. (3) Leyes 19. y 23. de Toro, que son las 3. y 7. tit. 6. lib. 10. N. R. (4) Ley 25. de Toro, que es la 9. tit. 6. lib. 10. N. R. Gom. en ella.

124 Quando hay mejora de tercio, y quinto entre diversos descendientes, debe deducirse primero éste que aquel por favor del alma del ascendiente, segun se dispone en la ley 214 del Estilo, que está en uso. El quinto es la única hacienda que el Testador tiene para disponer á su arbitrio en virtud de la ley 28 de Toro. Si se sacase antes el tercio, se gravaria al ascendiente, y al mejorado ó legatario del quinto, porque entonces importa este la tercera parte menos que si se sacase primero; fuera de que en este caso no se podria decir que disponia del quinto de todos sus bienes como se lo permite la ley. Pero quando es un descendiente solo el mejorado en ambos, y bajando de qualquiera suerte el quinto, caben en él los gastos funerarios, Misas, y Legados, lo propio es deducirlo antes que despues del tercio, porque como el residuo de aquel se agrega á éste, percibe el mejorado lo mismo, y en nada se le perjudica; todo lo qual se observa comunmente en la práctica, y está executoriado repetidissimas veces. Dudan algunos cómo ha de deducirse el tercio quando el Testador mejora en él á un hijo, y lega á otro, ó á un estraño el quinto, porque si se saca primero éste con arreglo á la ley del Estilo, y del resto de sus bienes el tercio, no se verifica ser mejorado en el de todos, sino en el del residuo, ni se cumple la voluntad del Testador, arreglada á la ley de Toro, que le permite disminuir la legítima de algunos de sus descendientes en el tercio íntegro, y aplicarlo á los otros, por lo qual dicen debe deducirse el quinto, y luego sacar de todo el importe del caudal del Testador el tercio, como si el quinto no se hubiera deducido. Esta sutileza se funda en un supuesto falso, porque baxar el quinto, y suponer que no se ha baxado para sacar el tercio íntegro, es una ficcion; y aunque la ley de Toro permite al Testador disminuir la legítima, y mejorar á algunos de sus descendientes en el tercio de todos sus bienes, debe entenderse, no disponiendo del quinto, pues si dispone, la mejora del tercio ha de ser del residuo, que es la legítima que se le permite disminuir: lo demas será sacarlo de caudal que ya no hay existente, y con una ficcion aérea perjudicar á los no mejorados, por lo que, para evitar dudas, y disputas prevendrá el Escribano al Testador que mande deducir el tercio de lo que quede de sus bienes, despues de separado el quin-

to, como se practica, y sino, que se saque antes que éste.

125 Si el Testador manda que se deduzca primero el tercio, se deducirá, porque como el quinto es hacienda suya, puede renunciar, ó no usar de la ley del Estilo que está establecida en su beneficio (1). Si dexa tantas mandas graciosas que no caben en el quinto, se ha de mirar qué parte legó mas que lo que podia, v. gr. si es quarta, quinta, sexta, &c., y luego proratear el resto (baxados previamente los gastos de su funeral, Misas, y legados pios), entre todos los legatarios, y el del quinto, sacando de cada legado la parte que le corresponde, atendida su cantidad, ó importe, y de esta suerte será justa la deduccion; pero esto se limita en los legados específicos, los quales no deben entrar en el prorrateo, sino darse íntegros á los legatarios, porque estos adquieren dominio en ellos, y los hacen suyos al instante que muere el Testador, y como conocidos son de mejor condicion que los genéricos.

126 Las hijas no pueden ser mejoradas por razon de dote, ni casamiento en contrato entre vivos, ni se entiende serlo tácita, ni expresamente; y asi, aunque sus padres las mejoren por esta causa, no vale la mejora (2); ni por consiguiente vale tampoco el pacto ó promesa que por esta razon haga el padre á su hija ó yerno de no mejorar á los demas hijos, porque por este pacto es visto ser mejorada en algun modo, respecto privarse el padre de mejorar á los otros hijos, y recaer precisamente en ella la parte de mejora que entre ellos se habia de partir (3), si su padre los mejorara (a). Pero por Testamento, ú otra última voluntad, pueden ser mejoradas, porque no hay ley que lo prohiba, y lo que por derecho no

(1) Ley Si quis in conscribendo 29. Cod. de Pact. Cifuent. en la 25. de Toro cerca del fin. (2) Ley 6. tit. 3. lib. 10. N. R. y nota 1. Baeza de Non meliorand. filiab. cap. 4. y sig. (3) Aceb. en la ley 6. tit. 6. lib. 5. R. n. 24. Gutier. de Juramento confirmat. part. 1. c. 59. n. 14.

(a) El pacto ó promesa que haga el padre á la hija de no mejorar á los demas hermanos, no puede considerarse como una mejora respecto de ella. La ley solo prohibe una desigualdad á favor de la hija por via de dote, pero no que el padre se obligue á guardar una igualdad dictada por la razon, en que interesa tambien la tranquilidad y armonia de las familias. Es quanto se puede cabilar contra las mugeres, y un enigma indisoluble, el decir que la privacion de mejorar es mejora.

está prohibido, se entiende permitido. Lo propio parece sucederá por contrato entre vivos, con tal que la causa impulsiva y final de la mejora, no sea el casamiento, ó aunque lo sea, no exceda la dote de la renta que señala la *ley 7. t. 3. l. 10. N. R.*, en cuyos casos aunque supere á la legitima que les debe corresponder, atendido el valor de los bienes que dexen sus padres, ó el que las mejoró, parece no tendrán obligación de restituir el exceso, y que se les imputará todo en legitima; mas no obstante, vease sobre ello lo que digo en mi segunda parte, que es lo que se debe seguir como mas cierto en mi concepto. Y sin embargo de que la *ley 29. de Toro*, que es la *5. t. 3. l. 10. N. R.* dice que para llamarse inoficiosas las dotes, se ha de mirar si exceden del tercio, quinto, y legitima, y si caben en los bienes que dexa quando muere el que las dió, ú ofreció, ó en los que tenia quando las mandó, segun quisiere elegir la persona á quien fueron prometidas y mandadas, hoy no tiene lugar esta eleccion, porque las hijas no pueden ser mejoradas por contrato entre vivos, sino en los dos casos propuestos, y en el que explicaré en mi citada segunda parte, en donde trataré de este punto con mas extension, como en su propio lugar.

127 Los descendientes no mejorados deben pagar á los que lo son, el valor del tercio y quinto, ó al estraño el de éste en los mismos bienes que el Testador señaló, y no en dinero, y no habiendolos señalado, en la parte de hacienda que dexó, á menos que esta no pueda dividirse comodamente, que entonces pueden satisfacerse en dinero (1). Se previene que aunque el Testamento se rompa por pretericion, ó exheredacion, valen las mejoras de tercio y quinto, del mismo modo que sino se rompiese (2); pero para que sean válidas, ha de constar de la legal solemnidad.

128 Si los ascendientes se obligan por contrato entre vivos á no mejorar á descendiente alguno, y luego lo mejoran, no valdrá la mejora; pero si en la misma forma prometen mejorarlo por razon de casamiento, ó por otra causa onerosa, deben ser obligados á cumplirlo, y si no lo hicie-

(1) Ley 20. de Toro, que es la 4. tit. 6. lib. 10. N. R. (2) Ley 24. de Toro, que es la 8. tit. 6. lib. 10. N. R.

ren se habrá por hecha la mejora despues de su fallecimiento (1). Si esta mejora fuese perfecta, y hecha simplemente por contrato entre vivos, no se podrá imponer despues condicion, ni gravamen en ella (2).

129 Si el ascendiente mejora en el quinto de sus bienes por donacion pura inter vivos á alguno de sus legítimos descendientes, ó á otro por Testamento, ú otra última voluntad, y no dispone del tercio, valdrán ambas mejoras sin embargo de que la *ley 28. de Toro* prohibe á los ascendientes mandar mas de un quinto en vida y muerte (3). La razon es, porque si tiene potestad para mejorar á alguno, ó algunos de ellos en el tercio, y quinto de sus bienes libres, con mucha mayor razon la tendrá para mejorarlo en el segundo quinto, y en este caso como que su importe es menor que el del tercio, queda el exceso á beneficio de los demas coherederos, aumentandose en esta parte su legitima respectiva.

130 Pero se duda de qual de los dos quintos se deberán sacar los gastos de entierro, funeral y misas. Ayora dice que deben deducirse del quinto legado en el Testamento, porque en la donacion inter vivos irrevocable hecha puramente, no puede el donante imponer despues condicion, ni gravamen alguno al donatario sin su consentimiento: que quando pudo, fue al tiempo de hacerla, por haber tenido para ello libre facultad: que el primer quinto atendida la qualidad de las personas, se entiende haber sido donado en lugar del tercio, no constando expresamente lo contrario de la voluntad del donante, el qual asi como lo donó á su descendiente, pudo haberle donado el tercio, quarto, ó sexto á su arbitrio; y que si esto no se entendiera asi, se gravaba demasiado, porque se privaba de la facultad de testar y legar, la que es visto haberse reservado para el tiempo de ordenar su Testamento, como mas propio, regular, y adecuado, testando en uso de ella del segundo quinto unico patrimonio suyo libre, que teniendo descendientes, le concede la *ley 28. de Toro*. Esta opinion como mas arreglada, que la de otros

(1) Ley 22. de Toro, que es la 6. tit. 6. lib. 10. N. R. (2) Ley Perfecta donatio 4. Cod. de Donat. quæ sub modo, Gom. en la 17. de Toro, n. 22. (3) Mat. en la ley 12. tit. 6. lib. 5. R. glos. 3. y 4. Angulo de Meliorat. glos. 1. n. 3. 4. y 5. Ayora, de Partit. part. 2. quæst. 8.

AA. que estan por la contraria, es la que sigo en el lib. 2. cap. 1. de mi segunda parte. En efecto el primer quinto debe estimarse como parte del tercio, y en cuenta de él, y de consiguiente como una donacion pura é irrevocable, sobre la qual no puede imponerse gravámen ni condicion alguna.

131 Si mejora unicamente en el tercio á alguno, ó algunos de sus descendientes legítimos, no dispone del quinto, y manda que el mejorado en el tercio pague los legados de su Testamento y gastos del entierro y misas del tercio en que le mejora, estará obligado á pagar y cumplir todo esto hasta en la cantidad á que ascienda el quinto de todos los bienes del padre, y no mas; porque el exceso es parte del tercio, y éste legitima de los descendientes, á la qual no se ha de tocar en su detrimento. Si mejora en el tercio de todos sus bienes á uno de sus descendientes, y no hace mejora del quinto á él, ni á otro, se sacarán del quinto los gastos del entierro, misas y legados, y si sobrare algo, se sacará el tercio del sobrante, y el resto se agregará al cuerpo de bienes que haya resultado, deducido el tercio de la mejora, y el quinto, repartiendose todo por iguales partes entre todos los herederos. De lo contrario no se cumple la voluntad del Testador, que quiso mejorar en el tercio íntegro de todos los bienes que quedasen despues de deducidos los gastos y expensas referidas, al descendiente, por cuya razon no dispuso de todo el quinto como podia (1). Lo propio debe practicarse, quando el legatario muere antes que el Testador, porque como aquel no adquirió derecho al legado, recae en los herederos de éste, y no pasa á los del legatario, no constando lo contrario de la disposicion en que se hizo.

132 Si los bienes de la mejora de tercio y quinto están entregados en vida al mejorado, parece que de este quinto no se deben deducir los gastos y legados referidos, sino de el de los demas bienes, porque como el mejorado se hizo dueño de aquellos por la entrega y donacion inter vivos, no se le podrá desmembrar cosa alguna, por no ser ya del Testador; pero lo cierto es que deben deducirse de él los gastos funerarios y misas, y no los legados, porque como habiendo tercio entre

(1) Ayora, de Partit. part. 2. quæst. 5. y 10.

descendientes, no puede haber mas que un quinto, del qual se hizo dueño el mejorado por la entrega, y el Testador usó en vida de toda la potestad legal que tenia, nada tuvo que legar en muerte. Mas esto no procederá quando en la donacion impone el gravamen de satisfacerlos, pues entonces debe pagarlos el mejorado hasta en donde alcance el quinto, y no mas. Se previene que si los mejorados son muchos, y el Testador no señala á cada uno la parte, ó quóta que ha de percibir, se debe dividir igualmente entre todos la mejora, porque no puede ser mas que una.

133 Pueden los ascendientes revocar hasta su muerte la mejora hecha á sus descendientes en contrato entre vivos, ó ultima voluntad, por las causas, porque se permiten revocar las donaciones perfectas, de que trataré en el cap. III. á menos que siendolo por contrato entre vivos, hayan entregado al mejorado, ó á quien le represente, la posesion de los bienes de ella; ó á presencia de Escribano la escritura, ó que en ésta se haya reservado la facultad de revocarla, ó que el contrato se haya celebrado con tercero por causa onerosa, v. gr. por casamiento, remuneracion, ó otra semejante, que en estos quatro casos es irrevocable (1). Y al modo que siendo hecha simplemente, se amplía, y estiende no solo á los bienes presentes, sino á los futuros del mejorante, si éste no lo limitó, y concurrieron las circunstancias referidas; asi tambien su irrevocacion; pero no al quinto, porque es revocable hasta la muerte (2); bien que sobre esto hay variedad de opiniones.

134 Si marido, y muger mejoran de conformidad constante matrimonio á alguno de sus descendientes por Testamento, ú otra ultima voluntad, podrán revocar la mejora, en consecuencia de la ley 17. de Toro que dice: *Salvo si fuere hecha la dicha mejora por contrato entre vivos, oviere entregado la posesion de la cosa, y cosas en el dicho tercio contenidas á la persona á quien la hiciere*, de que se prueba que la irrevocacion se entiende quando la mejora del tercio es hecha por contrato entre vivos, y no en ultima voluntad, y que

(1) Ley 1. tit. 6. lib. 10. N. R. Mat. en ella, glos. 9. 10. y 11.
(2) Gom. en la ley 17. de Toro, n. 10. 11. 12. y 13.

quando se hace en ésta debe seguir su naturaleza; sobre lo qual véase á Gom. en dicha ley n. 24.

§. V.

De los desheredamientos.

135 Queda explicado quiénes pueden y deben ser instituidos por herederos: resta expresar por qué causas pueden ser desheredados, y perder la herencia, aunque en virtud de institucion hayan entrado en ella. *Desheredar es cosa que tuelle á omz el derecho que habia de heredar los bienes de su padre ó de su abuelo, ó de otro qualquier quel tanga por parentesco* (1). El que es capaz de testar, puede desheredar á otro de sus bienes (2). Pero si el Testamento en que fuese desheredado se rompiese por algun motivo legal, ó se desatase porque los herederos instituidos no quisiesen entrar en la herencia del Testador, entonces el que fuese desheredado en tal Testamento no le empecteria. El desheredamiento no tiene lugar propiamente, sino respecto de los descendientes y ascendientes legítimos. Debe hacerse nombrando el Testador al desheredado por su nombre y apellido, ó por otra señal cierta y verbal, que no dexé duda de su persona, ya sea varon ó hembra, que esté ó no en poder del Testador (3). El que fuese desheredado lo ha de ser sin condicion alguna en todos los bienes, y no en una cosa tan solamente (a), y de lo contrario no valdrá, porque ninguno puede ser en parte heredero, y en parte desheredado (4), al modo que tampoco puede representar, y no representar al Testador. Pero el póstu-

(1) Ley 1. tit. 7. P. 6. (2) Ley 2. tit. 7. P. 6. (3) Ley 3. tit. 7. P. 6.

(a) Las leyes de Toro ni otra alguna de las recopiladas han derogado la de Partida, en quanto dispone que la desheredacion no puede hacerse condicionalmente, ni solo de parte de la herencia; antes bien la ley 24 dice que quando el testamento se rompa por pretericion ó desheredacion, valgan las mejoras de tercio y quinto que se hubieren hecho en él, dexando en su fuerza y vigor todas las leyes de Partida que establecen la nulidad del testamento en el caso de desheredamiento.

(4) Leyes Cum Quidam 19. ff. de Liber. & posthum. Si ita quis 74. ff. de Heredib. instituend. y 3. al fin, tit. 7. Part. 6. Molin. de Hisp. primog. lib. 1. cap. 9. n. 20.

mo no puede ser desheredado, porque hoy se requiere causa, y á lo menos la edad de 10 años y medio para serlo (1).

136 En estos Reynos de Castilla tienen facultad los padres de desheredar á sus hijos por muchas causas. La primera, por poner en ellos las manos ayradas para prenderlos ó herirlos, ó maquinár su muerte con yerbas, veneno, ó en otra forma, ó su daño, de suerte que pierdan, ó se les menoscave gran parte de su hacienda, ó acusarlos de delito que tenga la pena de muerte ó de destierro; pero si el crimen es de lesa Magestad, y los hijos lo prueban, no deben ser desheredados por esta razon (2).

137 La segunda, por infamarlos de modo que valgan menos: ó tener acceso carnal con su madrastra, ó con otra muger que tuviese su padre paladinamente por amiga, ó ser hechiceros, ó encantadores, ó vivir con los que lo son (3).

138 La tercera, si estando preso por alguna deuda, no los quisieren fiar en quanto pudieren; pero esta causa no comprende á las mugeres á quienes por derecho está prohibido ser fiadoras: ó por impedirles que testen, pues si luego hacen Testamento, pueden desheredarlos. Si impiden á su padre que dexé algun legado á otro, puede el legatario acusarlos de este delito, y probandoselo, deben perder la parte que debian haber de la herencia del padre, é ser del Rey. En este caso deben los Legatarios haber su legado, si se probáre que el Testador tenia voluntad de mandarselos, si hubiese hecho el Testamento (4).

139 La quarta, por lidiar por dinero con hombre, ó bestia contra la voluntad de su padre, ó hacerse Juglares, no siéndolo éste. La quinta, quando dotando el padre á la hija segun su clase, y sus bienes, resiste casarse contra su voluntad, y despues se hace ramera; pero si quiere, y su padre lo difiere hasta los 25 años, pasados que sean, aunque se prostituya, ó se case contra su voluntad, no puede desheredarla (5) (a).

(1) La misma ley 2. tit. 7. P. 6. (2) Ley 4. tit. 7. P. 6. (3) Dicha ley 4. (4) Ley 4. tit. 7. P. 6. (5) Ley 5. tit. 7. P. 6. Greg. Lop. en ella.

(a) Por la Pragmática-sancion de 23 de Marzo de 1776, se impusieron varias penas á los hijos que se casasen sin la licencia ó consentimiento de sus padres, dirigidas á contener los abusos que se habian introducido en esta

quando se hace en ésta debe seguir su naturaleza; sobre lo qual véase á Gom. en dicha ley n. 24.

§. V.

De los desheredamientos.

135 Queda explicado quiénes pueden y deben ser instituidos por herederos: resta expresar por qué causas pueden ser desheredados, y perder la herencia, aunque en virtud de institucion hayan entrado en ella. *Desheredar es cosa que tuelle á omz el derecho que habia de heredar los bienes de su padre ó de su abuelo, ó de otro qualquier quel tanga por parentesco* (1). El que es capaz de testar, puede desheredar á otro de sus bienes (2). Pero si el Testamento en que fuese desheredado se rompiese por algun motivo legal, ó se desatase porque los herederos instituidos no quisiesen entrar en la herencia del Testador, entonces el que fuese desheredado en tal Testamento no le empecteria. El desheredamiento no tiene lugar propiamente, sino respecto de los descendientes y ascendientes legítimos. Debe hacerse nombrando el Testador al desheredado por su nombre y apellido, ó por otra señal cierta y verbal, que no dexé duda de su persona, ya sea varon ó hembra, que esté ó no en poder del Testador (3). El que fuese desheredado lo ha de ser sin condicion alguna en todos los bienes, y no en una cosa tan solamente (a), y de lo contrario no valdrá, porque ninguno puede ser en parte heredero, y en parte desheredado (4), al modo que tampoco puede representar, y no representar al Testador. Pero el póstu-

(1) Ley 1. tit. 7. P. 6. (2) Ley 2. tit. 7. P. 6. (3) Ley 3. tit. 7. P. 6.

(a) Las leyes de Toro ni otra alguna de las recopiladas han derogado la de Partida, en quanto dispone que la desheredacion no puede hacerse condicionalmente, ni solo de parte de la herencia; antes bien la ley 24 dice que quando el testamento se rompa por pretericion ó desheredacion, valgan las mejoras de tercio y quinto que se hubieren hecho en él, dexando en su fuerza y vigor todas las leyes de Partida que establecen la nulidad del testamento en el caso de desheredamiento.

(4) Leyes Cum Quidam 19. ff. de Liber. & posthum. Si ita quis 74. ff. de Heredib. instituend. y 3. al fin, tit. 7. Part. 6. Molin. de Hisp. primog. lib. 1. cap. 9. n. 20.

mo no puede ser desheredado, porque hoy se requiere causa, y á lo menos la edad de 10 años y medio para serlo (1).

136 En estos Reynos de Castilla tienen facultad los padres de desheredar á sus hijos por muchas causas. La primera, por poner en ellos las manos ayradas para prenderlos ó herirlos, ó maquinár su muerte con yerbas, veneno, ó en otra forma, ó su daño, de suerte que pierdan, ó se les menoscave gran parte de su hacienda, ó acusarlos de delito que tenga la pena de muerte ó de destierro; pero si el crimen es de lesa Magestad, y los hijos lo prueban, no deben ser desheredados por esta razon (2).

137 La segunda, por infamarlos de modo que valgan menos: ó tener acceso carnal con su madrastra, ó con otra muger que tuviese su padre paladinamente por amiga, ó ser hechiceros, ó encantadores, ó vivir con los que lo son (3).

138 La tercera, si estando preso por alguna deuda, no los quisieren fiar en quanto pudieren; pero esta causa no comprende á las mugeres á quienes por derecho está prohibido ser fiadoras: ó por impedirles que testen, pues si luego hacen Testamento, pueden desheredarlos. Si impiden á su padre que dexé algun legado á otro, puede el legatario acusarlos de este delito, y probandoselo, deben perder la parte que debian haber de la herencia del padre, é ser del Rey. En este caso deben los Legatarios haber su legado, si se probáre que el Testador tenia voluntad de mandarselos, si hubiese hecho el Testamento (4).

139 La quarta, por lidiar por dinero con hombre, ó bestia contra la voluntad de su padre, ó hacerse Juglares, no siéndolo éste. La quinta, quando dotando el padre á la hija segun su clase, y sus bienes, resiste casarse contra su voluntad, y despues se hace ramera; pero si quiere, y su padre lo difiere hasta los 25 años, pasados que sean, aunque se prostituya, ó se case contra su voluntad, no puede desheredarla (5) (a).

(1) La misma ley 2. tit. 7. P. 6. (2) Ley 4. tit. 7. P. 6. (3) Dicha ley 4. (4) Ley 4. tit. 7. P. 6. (5) Ley 5. tit. 7. P. 6. Greg. Lop. en ella.

(a) Por la Pragmática-sancion de 23 de Marzo de 1776, se impusieron varias penas á los hijos que se casasen sin la licencia ó consentimiento de sus padres, dirigidas á contener los abusos que se habian introducido en esta

140 La sexta, quando los descendientes no cuidan de recoger, y alimentar á su descendiente, que perdió el juicio, y anda vagando, y un extraño movido de piedad lo recoge, y los avisa y ruega para que lo cuiden, y sin embargo no quieren: si el ascendiente muere intestado, debe llevar el extraño todos sus bienes, y sus descendientes nada, y si recobra su juicio, puede desheredarlos, y aunque antes del frenesí ó demencia tenga hecho Testamento, instituyendolos por herederos, si estando loco, muere en casa del extraño, no vale la institucion de heredero, pero sí las mandas que contengan (1).

parte con notable perjuicio del Estado, y del respeto y subordinacion que deben los hijos á las causas inmediatas de su existencia. Esta falta de licencia ó consentimiento se declaró por justa causa de desheredacion, y por el mero hecho de contraer sin ella el matrimonio, quedaron los contrayentes y sus hijos privados de todos los efectos civiles, como son el derecho de pedir dote ó legitimas, y de suceder como herederos forzosos y necesarios en los bienes libres de sus padres y abuelos, y en los vínculos, Patronatos, y demás derechos perpetuos de familia. Pero como podia acontecer que los padres negasen la licencia por caprichos ó fines particulares, se reservó á los hijos el derecho de pedir las causas en un juicio sumario, y si en efecto se declaraban por el Juez irracionales, se les habilitaba para contraer, y de consiguiente para no perder su estado civil, y los derechos que les son anexos. La experiencia hizo ver que estos juicios produxeron mayores daños que los que se querian evitar, se vió atropellado y desacreditado el pudor de muchas jóvenes, se alegaron defectos personales de aquellos que suelen infamar al hombre, y buscándose el origen de las familias se turbó la buena reputacion en que muchas estaban, se dió lugar á que se tuviesen en menos, y de todos modos no quedó género de baldon con que no se injuriasen unos y otros. Esto dió motivo á varias consultas de los Tribunales, y por último á la Pragmática-sancion de 28 de Abril de 1803. por la qual se declaró, que ni los hijos de familia menores de 25 años, ni las hijas menores de 23, de qualquier clase del estado pudiesen contraer matrimonio sin licencia de su padre, quien en caso de resistir el que sus hijos intentaren, no estaria obligado á dar la razon, ni explicar la causa de su resistencia ó disenso; pero que pasadas estas edades podrian contraerlo á su arbitrio sin necesidad de pedir ni obtener consejo ni consentimiento de su padre. Tambien se establece en esta Pragmática el orden con que deben proceder los de menor edad para poder ó no contraer, pero no señala pena alguna á los Contraventores, y de este silencio debe inferirse que ha dexado subsistentes las de la Pragmática del año de 76. porque en efecto no es presumible que S. M. quisiese dexar impune un delito que ataca esencialmente el respeto filial, y que tanto perjuicio puede traer al buen orden y tranquilidad de las familias.

(1) Ley 5. tit. 7. P. 6.

141 La séptima, por no redimir á sus ascendientes cautivos ó ser en ello negligentes, pues si salen del cautiverio, y hacen Testamento pueden desheredarlos, y si mueren en él, nada deben percibir de sus bienes, antes bien el Obispo de su Diocesi se ha de apoderar de ellos, inventariarlos, y distribuir su producto en la redencion de cautivos; y si antes de ser cautivos hicieron Testamento con institucion de heredero, y mueren en el cautiverio, no queriendolos redimir, es nula la institucion y lo demas válido; pero para incurrir el heredero en esta pena, ha de ser mayor de 18 años, sin que le sirva de disculpa el decir que el cautivo no le dió orden para enagenar, ú obligar sus bienes á fin de redimirlo, porque el derecho (1) le concede esta facultad, sin que sea necesario su precepto. Esto mismo se entiende respecto de los otros parientes del cautivo.

142 La octava, si los descendientes cristianos se pervierten, volviendose Judíos, Moros, ó Hereges, siendo sus ascendientes católicos; pero si estos profesan alguna secta, y aquellos la Religion Católica, deben instituirlos por herederos. Si tienen muchos hijos, unos católicos, y otros no, heredarán aquellos, y no estos á sus padres, y convirtiendose despues, se les debe entregar su legitima entera, mas los católicos pueden quedarse con los frutos que ésta ha producido. Si el padre, y sus hijos son hereges, y sus próximos parientes católicos, éstos solos llevarán la herencia, y si alguno es herege, y Clérigo, y tambien hereges todos sus parientes por línea recta, y transversal hasta el décimo grado, heredará la Iglesia sus bienes, demandándolos dentro del año siguiente al dia en que por tal se le declare; y no pidiéndolos dentro de él, ó siendo lego, los llevará el Rey (2).

143 Y la nona, si el hijo, ó hija contraen matrimonio que la Iglesia tiene por clandestino, pues por este hecho incurren él y los que intervienen como testigos, en perdimiento de todos sus bienes, y destierro perpetuo de estos Reynos, y si despues entran en ellos, en pena de muerte; pero nadie puede acusarlos de este delito si no su padre, y muerto éste, su madre. En el dia como que ya los matrimonios clandesti-

(1) Ley 6. tit. 7. P. 6. (2) Ley 7. tit. 7. P. 6.

nos no son matrimonios, según lo declaró el Santo Concilio de Trento en la Sesión 24, cap. 1. del decreto de reforma del matrimonio, ya no tiene lugar semejante disposición, pues que no existen los motivos que tuvieron presentes los Señores Reyes Católicos para tomarla (1). En quanto á si los padres tienen derecho de desheredar á sus hijos que contraen matrimonio sin su licencia ó consentimiento, véase la nota del num. 139.

144 Para que valga el desheredamiento de los descendientes, no solo han de expresar sus ascendientes la causa, sino probarla, ó el heredero que instituyen, y de otra suerte no vale (2). Pero si el desheredado consiente en el desheredamiento en qualquier manera, no puede reclamarle despues, ni sobre ello debe ser oido en juicio (3). Si el Testamento en que se hizo se rompe, ó lo revoca el Testador, no vale tampoco el desheredamiento hecho en él, porque seria absurdo que éste fuese válido, y aquel nulo, como ya hemos dicho (4).

145 Tambien pueden los descendientes legítimos desheredar á sus ascendientes por ocho causas. La primera, por acusarlos de delito porque deben morir, ó perder algún miembro, excepto que el delito sea de lesa Magestad. La segunda, por maquinár su muerte con yerbas, veneno, ú otra cosa. La tercera, por tener acceso carnal con su muger, ó amiga. La quarta, por impedirles disponer de sus bienes con arreglo á derecho. La quinta, por solicitar su padre la muerte de su madre, ó ésta la de aquel. La sexta, por no querer dar á sus descendientes locos ó desmemoriados lo necesario para su conservacion. La séptima, por no redimirlos de cautiverio pudiendo; y se previene que lo que queda dicho del ascendiente sobre esta causa, se debe entender respecto del descendiente para con él. Y la octava, quando el ascendiente es herege, y el descendiente católico (5). Qualquiera de estas causas debe justificarse en debida forma, para que por ella pueda hacerse el desheredamiento; el qual no tiene lugar por

(1) Ley 5. tit. 2. lib. 10. N. R. (2) Leyes 1. tit. 9. lib. 3. del Fuero Real 10. tit. 7. y 7. tit. 8. P. 6. (3) Ley 6. tit. 8. P. 6. Gom. lib. 1. Var. cap. 11. n. 15. (4) Ley 2. tit. 7. P. 6. y en ella Greg. Lop. glos. 2. (5) Ley 11. tit. 7. P. 6.

alguna otra razón ó causa que no sea de las sobredichas (1). El Escribano las tendrá muy presentes para no autorizar por contemplacion al Testador en Testamento que ha de ser infructuoso, y que no ha de servir sino de pleytos, y gastos entre el desheredado y los herederos instituidos, pues aunque no incurre por ello en pena civil, gravará su conciencia, y será reputado por ignorante.

146 Por seis causas debe el heredero perder la herencia del que le instituyó por tal. La primera, quando éste fue muerto por obra, ó consejo de alguno de su compañía, y el heredero sabiendolo, entra en la herencia antes de quejarse del agresor al Juez, para que lo castigue; pero si otros le mataron, puede entrar en ella, y despues querellarse de ellos dentro de cinco años, y si en este término no se queja, debe perderla, y llevarla el Rey. La segunda, si abre el testamento del Testador antes de acusar á los delinquentes, estando cerciorado de los que son, pero si no lo está, ó es aldeano necio, no la perderá por esta causa. La tercera, si el Testador ha sido muerto por obra, culpa ó consejo de su heredero. La quarta, por haber tenido éste acceso carnal con la muger de aquel. La quinta, si el hijo dice de falsedad del Testamento, ó Escritura en que fué instituido, siguiendo la instancia hasta su final decision, pues si se declara por verídico, pierde la herencia; y lo mismo será si fuere Personero ó Abogado en ella, á menos que lo haga por precepto del Rey, ó que sea curador de algun huérfano. Y la sexta, si á ruego, ó por mandato del Testador entrega la herencia al que por derecho es incapaz de heredar, constándole su incapacidad. Por qualquiera de estas causas debe perder la herencia, y pasará al Rey, y por las mismas los legatarios sus mandados (2).

147 Si todos los descendientes legítimos son desheredados por alguna de las causas expresadas en los números precedentes, ó son Frayles profesos de San Francisco, ó de otras Religiones mendicantes, á quienes nada se les permite poseer en comun, ni en particular, pueden ser instituidos

(1) Ley 8. tit. 7. P. 6. (2) Leyes 13. tit. 7. P. 6. y 11. tit. 20. lib. 10. N. R. véase Greg. Lop. en dicha ley 13. y á Matienz. en la 11. glos. 5. n. 3.

por herederos los hijos naturales, porque á los desheredados legítimamente está prohibido por derecho serlo, y á dichos Religiosos tambien; asi por instituto, como por disposicion del Santo Concilio de Trento en la *Ses. 25. cap. 2. de Regularib. & Monialib.* á causa de no poder poseer bienes, y reputarse unos y otros por difuntos para este efecto; por lo que si un extraño puede ser en dicho caso heredero, con mas razon el hijo natural, pues su padre á falta de legítimos tiene facultad de dexarle todo lo que quisiere, y de la madre es heredero legítimo *ex testamento*, y *ab intestato*, como queda sentado, y viene á ser lo mismo que si no los tuviera (1).

§. VI.

De los herederos extraños.

148 Los que carecen de ascendientes y descendientes legítimos, que son los únicos herederos forzosos, pueden repartir sus bienes entre personas extrañas, no siendo de las que tienen prohibicion legal de heredar (2); dexándoles la parte que quisieren, y gravarles y á la herencia con las condiciones que les parezcan posibles y justas, las que para entrar en ella deben cumplir, ó dar seguridad de cumplirlas, ó hacer para ello las diligencias conducentes (3); sin que sus hermanos, ni otro pariente puedan impedirselo, pues tienen facultad de excluirlos de su sucesion con razon, ó sin ella (4). Respecto de sus descendientes ó ascendientes, quedan los herederos extraños sin sujecion á las leyes generales de herencias y sucesiones, y de consiguiente pueden disponer libremente de los bienes que heredan entre extraños, lo que no podrán hacer respecto de sus bienes propios. Llámanse herederos extraños todos los que no son ascendientes ó descendientes legítimos, con inclusion de los hermanos, porque no traen el ser ó existencia de ellos, ni se derivan unos de otros, como los descendientes de sus ascendientes. Pero á la verdad

(1) Sigüenza, de Claus. lib. 2. cap. 7. n. 17. y sig. (2) Leyes 1. tit. 6. lib. 3. del Fuero Real 1. y 12. tit. 7. P. 6. y 9. y 11. Cod. de Hæredib. instituend. (3) Leyes 7. y 14. tit. 4. y 22. tit. 9. P. 6. (4) Leyes 1. y 12. tit. 7. P. 6. Greg. Lop. en ellas.

los parientes pobres si lo merecen, deben ser preferidos á los extraños en iguales circunstancias, por ser mas cercanos, aunque estos tengan igual, ó mayor indigencia, y el Escribano debe aconsejar al Testador que les dexé sus bienes, pues de lo contrario grava su conciencia, como se infiere de una respuesta que dió San Agustin: *Si alguno teniendo un pariente pobre instituye por heredero á un extraño, busque á otro que le aconseje, y no á Agustino.* Sin embargo, si no se hubieren hecho acreedores por sus buenas costumbres, y no fuese de esperar que hiciesen buen uso de la herencia, no deben ser atendidos: el ingrato y de mala conducta de nadie es pariente. De esto se deduce, que el Testador puede privar al padre del heredero instituido, si es menor, loco ó fatuo, del manejo, intervencion y usufructo de los bienes que le dexa, y nombrar persona de su confianza que los administre y cuide de ellos, y de la persona del heredero, si tiene sospecha ó ciencia de que el padre es de mala conducta.

149 Instituyendo el Testador por su heredero á alguno en cosa señalada, v. gr. tierra, viña, ú otra, si en este Testamento, ó en otro que haga despues no nombra heredero, debe llevar éste enteramente sus bienes; pero deberá cumplir los legados, y lo demas que el Testamento contenga (1). La razon es, porque en este caso representa al Testador en el todo, porque segun un lugar del Derecho comun, el que es instituido heredero en cosas señaladas no habiendo otro instituido, se tiene por heredero universal. Si no fuese asi se podria decir que el Testador moria en parte testado, y en parte intestado (2) (a). Si en Testamento posterior establece nuevo heredero, solo llevará el nombrado en el primero aquella cosa en que fue instituido, y el del segundo el resto de la herencia (3).

150 Siendo instituidos dos en un Testamento por here-

(1) Ley 14. tit. 3. P. 6. (2) Ley Jus nostrum 6. ff. de Reg. jur. §. Hæreditas 5. versic. & si unum: Institut. de Hæredib. instituend. Gom. lib. 1. Var. cap. 10. n. 8. 9. y 10.

(a) Véase la nota 21. en donde se declara con toda extension aquel Principio del derecho comun, que se trasladó á nuestras leyes de Partida, de que nadie puede morir en parte testado y en parte intestado.

(3) Ley 14. tit. 3. P. 6.

por herederos los hijos naturales, porque á los desheredados legítimamente está prohibido por derecho serlo, y á dichos Religiosos tambien; asi por instituto, como por disposicion del Santo Concilio de Trento en la *Ses. 25. cap. 2. de Regularib. & Monialib.* á causa de no poder poseer bienes, y reputarse unos y otros por difuntos para este efecto; por lo que si un extraño puede ser en dicho caso heredero, con mas razon el hijo natural, pues su padre á falta de legítimos tiene facultad de dexarle todo lo que quisiere, y de la madre es heredero legítimo *ex testamento*, y *ab intestato*, como queda sentado, y viene á ser lo mismo que si no los tuviera (1).

§. VI.

De los herederos extraños.

148 Los que carecen de ascendientes y descendientes legítimos, que son los únicos herederos forzosos, pueden repartir sus bienes entre personas extrañas, no siendo de las que tienen prohibicion legal de heredar (2); dexándoles la parte que quisieren, y gravarles y á la herencia con las condiciones que les parezcan posibles y justas, las que para entrar en ella deben cumplir, ó dar seguridad de cumplirlas, ó hacer para ello las diligencias conducentes (3); sin que sus hermanos, ni otro pariente puedan impedirselo, pues tienen facultad de excluirlos de su sucesion con razon, ó sin ella (4). Respecto de sus descendientes ó ascendientes, quedan los herederos extraños sin sujecion á las leyes generales de herencias y sucesiones, y de consiguiente pueden disponer libremente de los bienes que heredan entre extraños, lo que no podrán hacer respecto de sus bienes propios. Llámanse herederos extraños todos los que no son ascendientes ó descendientes legítimos, con inclusion de los hermanos, porque no traen el ser ó existencia de ellos, ni se derivan unos de otros, como los descendientes de sus ascendientes. Pero á la verdad

(1) Sigüenza, de Claus. lib. 2. cap. 7. n. 17. y sig. (2) Leyes 1. tit. 6. lib. 3. del Fuero Real 1. y 12. tit. 7. P. 6. y 9. y 11. Cod. de Hæredib. instituend. (3) Leyes 7. y 14. tit. 4. y 22. tit. 9. P. 6. (4) Leyes 1. y 12. tit. 7. P. 6. Greg. Lop. en ellas.

los parientes pobres si lo merecen, deben ser preferidos á los extraños en iguales circunstancias, por ser mas cercanos, aunque estos tengan igual, ó mayor indigencia, y el Escribano debe aconsejar al Testador que les dexé sus bienes, pues de lo contrario grava su conciencia, como se infiere de una respuesta que dió San Agustin: *Si alguno teniendo un pariente pobre instituye por heredero á un extraño, busque á otro que le aconseje, y no á Agustino.* Sin embargo, si no se hubieren hecho acreedores por sus buenas costumbres, y no fuese de esperar que hiciesen buen uso de la herencia, no deben ser atendidos: el ingrato y de mala conducta de nadie es pariente. De esto se deduce, que el Testador puede privar al padre del heredero instituido, si es menor, loco ó fatuo, del manejo, intervencion y usufructo de los bienes que le dexa, y nombrar persona de su confianza que los administre y cuide de ellos, y de la persona del heredero, si tiene sospecha ó ciencia de que el padre es de mala conducta.

149 Instituyendo el Testador por su heredero á alguno en cosa señalada, v. gr. tierra, viña, ú otra, si en este Testamento, ó en otro que haga despues no nombra heredero, debe llevar éste enteramente sus bienes; pero deberá cumplir los legados, y lo demas que el Testamento contenga (1). La razon es, porque en este caso representa al Testador en el todo, porque segun un lugar del Derecho comun, el que es instituido heredero en cosas señaladas no habiendo otro instituido, se tiene por heredero universal. Si no fuese asi se podria decir que el Testador moria en parte testado, y en parte intestado (2) (a). Si en Testamento posterior establece nuevo heredero, solo llevará el nombrado en el primero aquella cosa en que fue instituido, y el del segundo el resto de la herencia (3).

150 Siendo instituidos dos en un Testamento por here-

(1) Ley 14. tit. 3. P. 6. (2) Ley Jus nostrum 6. ff. de Reg. jur. §. Hæreditas 5. versic. & si unum: Institut. de Hæredib. instituend. Gom. lib. 1. Var. cap. 10. n. 8. 9. y 10.

(a) Véase la nota 21. en donde se declara con toda extension aquel Principio del derecho comun, que se trasladó á nuestras leyes de Partida, de que nadie puede morir en parte testado y en parte intestado.

(3) Ley 14. tit. 3. P. 6.

deros, y cada uno en una cosa determinada, si el Testador no dispone del resto de sus bienes, los heredarán ambos igualmente, percibiendo primero las respectivas alhajas en que fueron nombrados, y luego la herencia por mitad, pagando en esta forma las deudas del Testador. Si éste nombra por su heredero á uno en cosa señalada, y á otros dos en otra, y no dispone del residuo de sus bienes, los partirán todos tres de esta suerte: El heredero único llevará la mitad, y los dos la otra mitad, á menos que el Testador mande que hereden todos con igualdad; pero en ambos casos ha de percibir cada uno ante todas cosas aquella en que le instituyó (1).

151 Si nombra por sus herederos á tres ó quatro juntos, no expresando cuánto ha de llevar cada uno: todos heredarán con igualdad sus bienes. Si instituye á personas determinadas en cosas ciertas, y á otra también, pero sin decir lo que ésta ha de heredar, percibirán aquellas las que les señaló, y la otra á quien nada dexó, el resto de la herencia; y lo mismo sucederá aunque sean dos ó mas los instituidos sin expresion de lo que han de llevar, pues partirán igualmente el resto (2).

152 Si instituye á quatro por sus herederos, prefiniendo á los dos una misma cosa en esta forma: *Instituyo por mis herederos á Juan, Diego, Antonio y Francisco, y mando á Juan la mitad de mis bienes, y á Diego la otra mitad*, y á los otros dos nada; heredarán los primeros la mitad de la herencia, y la otra mitad los otros dos, á quienes nada dexó; de modo que se ha de partir igualmente entre los quatro, ya sean instituidos al principio, medio, ó fin del Testamento. Lo propio se observará, si divide su hacienda en quatro partes iguales, nombrando á tres por herederos de las tres, y no haciendo mencion de la quarta, pues las llevarán integra los tres instituidos. Mas si dexa á alguno de ellos mayor porcion que á los otros, deben partir la quarta á prorata de la institucion (3); y lo mismo se ha de practicar en las mandas (4).

153 Pero si nombra por herederos á tres: á uno de la

(1) Ley 14. tit. 3. P. 6. Mantica, de Conject. ult. volunt. lib. 3. tit. 10. n. 9. lib. 4. tit. 3. n. 17. y lib. 7. tit. 1. n. 39. Gom. lib. 1. Var. cap. 10. (2) Ley 17. tit. 3. P. 6. (3) Dicha ley 17. (4) Ley 33. tit. 9. P. 6. Gom. lib. 1. Var. cap. 2. n. 3. y cap. 12. n. 20. & ibi. Ayllon.

mitad, á otro de la tercera, y á otro de la quarta parte de sus bienes, se ha de proceder en la particion por regla de proporcion, ó de Tres, pues de otro modo saldrá alguno perjudicado, v. gr. importa la herencia doce, cuya mitad son seis, la tercera parte quatro, y la quarta tres, que unidos suman trece, y sobra uno. Para que la division sea justificada debe formarse la cuenta de esta suerte: Si trece me dan seis, ¿doce que me darán? Y así para los demas coherederos, y lo que saliere al quociente, se aplicará á cada uno, que todo unido importará los mismos doce de la herencia; lo que tendrá presente el Escribano por si se le ofrece particion de esta clase, pues las leyes no tocan esta especie, y executandose en los términos expuestos, se cumple la voluntad del Testador, y á ningun heredero se causa perjuicio. De estos herederos trataré con mas extension en el lib. 2. cap. 8. de mi segunda parte.

§. VII.

De los que tienen prohibicion de heredar.

154 No deben heredar, ni ser instituidos por herederos los desterrados para siempre, que llaman *deportados*: los condenados á servir perpetuamente en las minas ó labores del Rey; pero estos pueden ser legatarios (a): el herege declarado por tal en juicio: el que con cierta ciencia se hace bautizar dos veces: los cristianos que apostatan de nuestra Santa Religion: la Cofradía ó Ayuntamiento erigidos contra derecho, ó contra la Real voluntad: el nacido de dañado ayuntamiento, que es de parienta dentro del quarto grado, sabiendo sus padres el impedimento, ó de Clérigo ordenado de orden sacro, Frayle ó Monja profesos, ó de muger casada con otro (1).

(a) Adoptando la opinion de Antonio Gomez, juzgo que los condenados á muerte natural ó civil, esto es, los condenados perpetuamente á los trabajos de minas, ú otros, á destierro perpetuo en islas ó tierras remotas, ó á extrañamiento de estos Reynos, pueden ser instituidos herederos, ó heredar ab intestato, á menos que en la sentencia se les prive de esta capacidad sin embargo de las leyes de Partida.

(1) Leyes 4. tit. 3. P. 6. y 4. y 5. tit. 20. lib. 10. N. R.

155 Tampoco debe serlo el traydor declarado, ni sus hijos varones, y estos no solo están privados de heredar á sus padres, sino á otro qualquiera pariente ó estraño, y de ser legatarios; pero las hijas pueden heredar la quarta parte de los bienes de sus madres (1). En la misma pena incurren los que dan consejo, ó ayudan á hacer la traycion: los bienes de todos estos recaen en el Fisco, excepto que toquen á tercero, v. gr. muger, ú otro acreedor: y sus hijos quedan infamados para siempre (2).

156 Los Religiosos de San Francisco, asi de Observancia como de Reforma, y sus Conventos no pueden ser herederos (3): Pero acerca de esto vease lo que diré en el §. XVII. Asimismo no puede serlo el que vió herir, matar, ó cautivar á su Señor, y no lo socorrió pudiendo, ni tampoco el alevoso (4). El confesor que asiste al Testador en su última enfermedad, no puede heredarle, ni haber manda, fideicomiso, ni otra cosa suya, ni su Iglesia, Convento, ni deudo, ni vale lo que estando en la enfermedad les dexa; y el Escribano que autoriza semejante disposicion incurre por la primera vez en pena de 200 ducados, y suspension de oficio por dos años; y por la segunda en doble multa, y privacion de oficio, y cada uno de los testigos instrumentales en la de 20 ducados (5). A los Eclesiásticos, é Iglesias está prohibido adquirir bienes raices por Testamento, compra, ó en otra manera sin licencia del Rey, y retener sin ella los que llegaren á sus manos por Testamentos, Aniversarios, y Capellanías (6); pero esto no está en observancia. Inferiese de todo lo dicho, que de los que tienen prohibicion de heredar unos se llaman *incapaces*, y otros *indignos*. Los indignos son aquellos, que aunque por derecho no se les prohíbe ser instituidos, se les quita la herencia, y se aplica al Fisco, ó á los parientes *ab intestato*, como son los nacidos de dañado ayuntamiento. Y de los incapaces, unos lo son absolutos, y otros li-

(1) Leyes 2. tit. 2. P. 7. y 1. 2. y 3. tit. 7. lib. 12. N. R. (2) Dichas leyes citadas. (3) Clementin. Exivi: versic. Quia igitur; de Verbor. significat. Concil. Trident. Ses. 25. cap. 3. de Regularib. (4) Ley 11. tit. 5. lib. 3. del Fuero Real. (5) Ley 15. tit. 20. lib. 10. N. R. y nota 1. de la ley 16. d. t. (6) Auto 2. tit. 10. lib. 5. Recop.

mitada, ó respectivamente; los que lo son absolutamente, son los que tienen prohibicion de testar por delito que cometieron; y los otros, los que en ciertos casos no pueden ser instituidos, v. gr. los hijos naturales habiendolos legítimos (1).

§. VIII.

De los herederos *ab intestato*.

157 Dos son los modos de suceder en estos Reynos, por *testamento*, y *ab intestato*. Hemos explicado en los §§. anteriores todo lo concerniente á la materia de testamentos, y á las sucesiones que de ellos se deriban; y para tratar de las herencias *ab intestato* diremos primeramente que el hombre puede morir intestado de quatro maneras. La primera, quando no hace testamento verbalmente, ni por escrito, teniendo potestad para hacerlo. La segunda, quando lo hace; pero no observa en su ordenacion y otorgamiento lo que por derecho está prescripto. La tercera, quando aunque lo haya ordenado como debe, se rompe despues por la supernascencia de algun hijo de quien no hizo mencion específica, ni genérica; pero en parte están derogadas dichas leyes, porque siendo otorgado el testamento con la solemnidad prevenida, se rompe solamente en quanto á la institucion de heredero, como dexo expuesto, y lo dice la ley 1. t. 18. l. 10. N. R. Y mandamos que el testamento que en la forma susodicha fuere ordenado, valga en quanto á las mandas, y otras cosas que en él se contienen, aunque el Testador no haya hecho heredero alguno. Si contiene la cláusula codicilar, valdrá en todo lo que por derecho puede valer, que es en la mejora de tercio y quinto, pues sin embargo de que no haga mencion de ella, la llevarán los herederos instituidos, y el preterido su legítima, y no mas, como dexo dicho; y para obviar este inconveniente y perjuicio, se ordenará la institucion en esta forma: *Instituyo y nombro por mis herederos en partes iguales á Pedro y Juana mis dos hijos legítimos, y á los demas descendientes de legítimo matrimonio, que por su orden y grado de-*

(1) Murillo, lib. 3. tit. 26. de Testam. n. 244.

155 Tampoco debe serlo el traydor declarado, ni sus hijos varones, y estos no solo están privados de heredar á sus padres, sino á otro qualquiera pariente ó estraño, y de ser legatarios; pero las hijas pueden heredar la quarta parte de los bienes de sus madres (1). En la misma pena incurren los que dan consejo, ó ayudan á hacer la traycion: los bienes de todos estos recaen en el Fisco, excepto que toquen á tercero, v. gr. muger, ú otro acreedor: y sus hijos quedan infamados para siempre (2).

156 Los Religiosos de San Francisco, asi de Observancia como de Reforma, y sus Conventos no pueden ser herederos (3): Pero acerca de esto vease lo que diré en el §. XVII. Asimismo no puede serlo el que vió herir, matar, ó cautivar á su Señor, y no lo socorrió pudiendo, ni tampoco el alevoso (4). El confesor que asiste al Testador en su última enfermedad, no puede heredarle, ni haber manda, fideicomiso, ni otra cosa suya, ni su Iglesia, Convento, ni deudo, ni vale lo que estando en la enfermedad les dexa; y el Escribano que autoriza semejante disposicion incurre por la primera vez en pena de 200 ducados, y suspension de oficio por dos años; y por la segunda en doble multa, y privacion de oficio, y cada uno de los testigos instrumentales en la de 20 ducados (5). A los Eclesiásticos, é Iglesias está prohibido adquirir bienes raices por Testamento, compra, ó en otra manera sin licencia del Rey, y retener sin ella los que llegaren á sus manos por Testamentos, Aniversarios, y Capellanías (6); pero esto no está en observancia. Inferese de todo lo dicho, que de los que tienen prohibicion de heredar unos se llaman *incapaces*, y otros *indignos*. Los indignos son aquellos, que aunque por derecho no se les prohíbe ser instituidos, se les quita la herencia, y se aplica al Fisco, ó á los parientes *ab intestato*, como son los nacidos de dañado ayuntamiento. Y de los incapaces, unos lo son absolutos, y otros li-

(1) Leyes 2. tit. 2. P. 7. y 1. 2. y 3. tit. 7. lib. 12. N. R. (2) Dichas leyes citadas. (3) Clementin. Exivi: versic. Quia igitur; de Verbor. significat. Concil. Trident. Ses. 25. cap. 3. de Regularib. (4) Ley 11. tit. 5. lib. 3. del Fuero Real. (5) Ley 15. tit. 20. lib. 10. N. R. y nota 1. de la ley 16. d. t. (6) Auto 2. tit. 10. lib. 5. Recop.

mitada, ó respectivamente; los que lo son absolutamente, son los que tienen prohibicion de testar por delito que cometieron; y los otros, los que en ciertos casos no pueden ser instituidos, v. gr. los hijos naturales habiendolos legítimos (1).

§. VIII.

De los herederos ab intestato.

157 Dos son los modos de suceder en estos Reynos, por *testamento*, y *ab intestato*. Hemos explicado en los §§. anteriores todo lo concerniente á la materia de testamentos, y á las sucesiones que de ellos se deriban; y para tratar de las herencias *ab intestato* diremos primeramente que el hombre puede morir intestado de quatro maneras. La primera, quando no hace testamento verbalmente, ni por escrito, teniendo potestad para hacerlo. La segunda, quando lo hace; pero no observa en su ordenacion y otorgamiento lo que por derecho está prescripto. La tercera, quando aunque lo haya ordenado como debe, se rompe despues por la supernascencia de algun hijo de quien no hizo mencion específica, ni genérica; pero en parte están derogadas dichas leyes, porque siendo otorgado el testamento con la solemnidad prevenida, se rompe solamente en quanto á la institucion de heredero, como dexo expuesto, y lo dice la ley 1. t. 18. l. 10. N. R. Y mandamos que el testamento que en la forma susodicha fuere ordenado, valga en quanto á las mandas, y otras cosas que en él se contienen, aunque el Testador no haya hecho heredero alguno. Si contiene la cláusula codicilar, valdrá en todo lo que por derecho puede valer, que es en la mejora de tercio y quinto, pues sin embargo de que no haga mencion de ella, la llevarán los herederos instituidos, y el preterido su legítima, y no mas, como dexo dicho; y para obviar este inconveniente y perjuicio, se ordenará la institucion en esta forma: *Instituyo y nombro por mis herederos en partes iguales á Pedro y Juana mis dos hijos legítimos, y á los demas descendientes de legítimo matrimonio, que por su orden y grado de-*

(1) Murillo, lib. 3. tit. 26. de Testam. n. 244.

ban heredarne con arreglo á derecho, con cuyo adictamento aunque el Testador se case muchas veces, y tenga descendientes legítimos, no se podrá alegar pretericion aunque no vuelva á testar, porque no la hay, ni por consiguiente habrá *ab intestato*, por ampliarse genéricamente á todos la institucion. Pero se duda si morirá *ab intestato* el que no teniendo al tiempo de testar hijo alguno nacido, ni póstumo, nombra genéricamente por sus herederos ex testamento, ó en poder para testar á los hijos que procreare constante su matrimonio, y fallece baxo de esta disposicion sin haberlos declarado específicamente; como tambien si el comisario podrá llamarlos, ó expresar sus nombres en el testamento que ordene en virtud del poder. En quanto á lo primero soy de parecer que morirá intestado, porque el heredero debe existir, y ser nombrado por su nombre y apellido, ó con señales tan claras, que no se dude de él; y en este concepto se entiende la ley que queda citada, con arreglo á la qual está estendida la inserta cláusula. Y en en quanto á lo segundo diré, que la institucion de heredero es privativa del Testador y no del comisario. Los hijos como que son herederos forzosos del padre no es necesario que sean nombrados específicamente: basta que en general se los instituya, y en este caso las funciones del comisario se reducen á expresar con individualidad sus nombres.

158 La quarta, quando hace testamento perfecto con nombramiento de heredero, y éste no quiere aceptar la herencia; y en quanto á ésta digo lo mismo que de la tercera, pues verificado este caso, sucederá el pariente mas cercano del Testador, y no habiendolo hasta el décimo grado, la llevará el Fisco (1); bien que hoy no pasa del quarto civil, como diré mas adelante. Pero si nombró substituto, la percibirá éste como segundo heredero; y en ambos casos valdrá todo lo demas que el testamento contenga, constando de la solemnidad legal de testigos, y siendo conforme á derecho (2), como queda explicado.

159 Esto supuesto, para que el Escribano se instruya ra-

(1) Ley 1. tit. 22. lib. 10. N. R. (2) Ley 1. tit. 18. lib. 10. N. R. Mat. en ella glos. 14.

dicalmente en esta materia de sucesiones *ab intestato* se advierte que el parentesco es de tres maneras: *espiritual*, *natural* y *legal*. El espiritual es el que proviene del Bautismo y Confirmacion (1). El natural, de que aqui se trata, es el que procede de la consanguinidad, y tiene tres lineas, una de descendientes, como son: hijos, nietos, viznietos, &c. otra de ascendientes, v. gr. padres, abuelos, visabuelos &c. y otra de transversales, ó colaterales, como son: hermanos, primos carnales, primos segundos, tios, sobrinos y demas parientes por consanguinidad (2), de lo qual, y del modo de contar los grados de este parentesco segun derecho Civil y Canónico; formar y entender los árboles genealógicos, y de otras cosas trataré difusamente en el cap. de los Mayorazgos, Patronatos y Capellanías. Y el legal es el que dimana de la adopcion por ministerio y disposiciones Civiles, Reales y Canónicas (3), ya sea la adopcion perfecta, que es quando el adoptado pasa al poder del adoptante, ó imperfecta, que es quando no pasa, de las quales la perfecta tiene tres lineas como la cognacion natural y consanguinea: una recta entre el adoptante, adoptado y descendientes de éste: otra transversal entre el adoptado, é hijos carnales del adoptante; y la otra de afinidad entre el adoptante y la muger del adoptado. Este parentesco de afinidad, que es proximidad de personas proveniente de ayuntamiento carnal, impide el casamiento entre los afines hasta el quarto grado; y si está hecho, lo anula como impedimento dirimente (4); pero sin embargo no nace de él parentesco alguno, como sucede en el de consanguinidad, ni dá derecho á la sucesion de los bienes de los afines (5). Asimismo se advierte que los hermanos tienen diversos nombres: unos se llaman *germanos*, y son los hijos de un mismo padre y madre: otros *consanguineos*, y son los de un padre y de diversas madres; y otros

(1) Cap. 4. §. 6. 7. y fin. de Cognat. Spirituali y el tit. 7. P. 4.

(2) Leyes 1. y 2. tit. 6. P. 4. y 2. tit. 13. P. 6. y el tit. de Consanguinitate. (3) Leyes 7. y 8. tit. 7. y 1. tit. 16. P. 4. y cap. unic. de Cognat. legali. (4) Leyes 12. y 17. tit. 2. y 5. tit. 6. P. 4. Concil. Trident. ses. 24. de Reformat. matrim. Covar. de Matrim. cap. 6. §. 1. y 7. Sanchez lib. 7. de Matrim. disp. 64. y sig. (5) Ley Afinitatis 7. Cod. commun. de Succes. y dicha ley 5. tit. 6. P. 4.

uterinos, y son los de una madre y de distintos padres. Y últimamente se advierte, que así como los descendientes suceden á sus ascendientes hasta lo infinito por derecho natural y positivo, suceden *ab intestato* los transversales hasta el grado que diré, á sus parientes por mera disposición y presunción legal, porque la ley presume que el difunto si hubiera testado, los hubiera instituido, mediante la afición que por la consanguinidad les tendría, como es natural, y por esta sola razón se llaman también *legítimos*, aunque no *forzosos* como los otros.

160 Sentados estos principios como reglas precisas para la inteligencia de la sucesión, digo que si el padre, la madre, abuelos, ó algunos de los demás ascendientes legítimos muere intestado, heredarán sus bienes el hijo, ó nieto suyo legítimo, ó los que sean en mucho, ó poco número sin distinción de agnados ni cognados, que es de varones y hembras, ya estén en su poder, ó fuera de él (1). Si los hijos son muchos, heredarán todos *in capita*, que es con igualdad; y lo propio sucederá si concurren muchos nietos hijos de un hijo muerto, y no hay mas hermanos de éste; pues habiendolos, heredarán *in capita*, y los nietos *in stirpem*: quiero decir, que cada uno de los hermanos llevará tanta legítima como todos los hijos de su difunto hermano, porque éste como su cabeza, á quien representan, no llevaría mas, si viviera. Y si dexa un nieto solo hijo de un hijo muerto, y dos ó mas de otro, le heredará aquel *in capita*, representando á su padre, y estos *in stirpem* en representación del suyo (2).

161 Si el hijo legítimo muere *ab intestato* sin dexar descendientes, deben sus padres como mas inmediatos consanguíneos heredar todos sus bienes, y sus abuelos nada (3), porque entre ascendientes no se sucede por representación como entre descendientes, si no por la proximidad de parentesco; y aunque el muerto dexa hermanos, no han de concurrir con sus padres, ni demás ascendientes á la división de la herencia, según lo manda una ley de Toro Recopilada (4), que

(1) Leyes 3. tit. 13. P. 6. y 6. de Toro, y Meminimus 15. Cod. de Legitim. hered. Auth. In successione Cod. eod. tit. (2) Leyes 3. tit. 13. P. 6. y 2. tit. 20. lib. 10. N. R. (3) Leyes 4. tit. 13. P. 6. y 6. de Toro. (4) Ley 7. de Toro, que es la 2. tit. 20. lib. 10. N. R.

corrige en esta parte otra de Partida, y una Auténtica concordante con ella (1).

162 Si fallece sin dexar descendientes, ni padres, pero sí abuelos, ya sean por línea paterna ó materna, heredarán estos con igualdad sus bienes, y si no hubiere mas que un abuelo por una línea, aunque haya dos por la otra, percibirá aquel tanta parte de herencia como los otros dos juntos, de suerte que llevará la mitad de los bienes de su nieto, y los otros dos la otra mitad, y los hermanos y sobrinos del muerto nada (2); porque con la línea recta no concurre la transversal, por ser de distinta naturaleza, y estar en grado mas remoto. Si dexa un abuelo por una línea, y un visabuelo por la misma, ó por la otra, llevará toda la herencia el abuelo como su mas propinquo pariente, y el visabuelo nada, al modo que quando concurren padres y abuelos, no heredan estos cosa alguna.

163 Si dexa solamente hermanos por qualquiera de las dos líneas paterna ó materna, y un sobrino hijo de otro hermano muerto, le heredarán todos *in capita*: los hermanos por su propio derecho como mas inmediatos consanguíneos, y el sobrino por el de representación de su padre, que se le estima como vivo; pero si los sobrinos son dos, ó mas, heredarán *in stirpem*, quiero decir, que partirán igualmente entre sí la porción que su padre ó madre si vivieran, heredarían de su tío y hermano (3). Lo mismo se deberá practicar *ex testamento*, quando sobreviven al Testador los hermanos que instituyó, y antes de partir sus bienes fallece uno de ellos dexando hijos; y quando el que entra en religion, y no tiene herederos forzosos, hace renuncia á favor de sus hermanos, sin otra prevención ni limitación, y despues que profesa, muere uno de estos con hijos; pues en uno y otro caso como los hermanos adquirieron derecho por su supervivencia, se dividirá su respectiva parte entre sus hijos, y se observarán las reglas del *ab intestato* sin la mas leve diferencia.

164 Pero no sucederá así quando el Testador nombra por herederos v. gr. á tres hermanos que entonces tiene, si al

(1) Leyes 4. tit. 13. P. 6. y Auth. Defuncto, Cod. de Legit. hered. (2) Leyes 4. tit. 13. P. 6. y 7. de Toro. (3) Ley 5. tit. 13. P. 6.

tiempo que fallece no vive mas que uno de ellos; pues éste llevará su herencia íntegra, y los hijos de los otros dos que le premurieron, no entrarán á partir con él *in capita*, ni tampoco *in stirpem*, á pretexto de que sus padres vivian quando testó, y fueron instituidos juntamente con su tío, y de que por su representacion deben heredarle como éste, porque se subrogan en su lugar, y lo ocupan. Lo primero, porque los sobrinos no fueron instituidos específica ni genéricamente, ni tuvieron derecho á serlo, ni el mas leve á los bienes de su tío contra su voluntad. Lo segundo, porque las palabras se deben entender naturalmente segun su propio genuino y verdadero significado, y no impropriamente. En el nombre apelativo de hermanos, vienen y se comprehenden los existentes en segundo grado civil, y no los ulteriores (1); y el derecho no concede representacion *ex testamento* entre los transversales, sino *ab intestato*, y esto en el caso y grado referidos, y no en otros. Lo tercero, porque en la disposicion del Testador se debe considerar como mas natural la mayor aficion y proximidad de grado que la remota (2). Lo quarto, porque si hubiera querido que á falta de sus hermanos le heredasen los hijos de estos, los hubiera llamado y substituido, y prevenido este caso, en el que siendo simple el llamamiento del hermano por su propio nombre, y el de los sobrinos con modo colectivo, heredarían *in stirpem* como en el *ab intestato*; ó los hubiera instituido en disposicion nueva posterior al fallecimiento de sus padres (3), respecto haber tenido tiempo para ordenarla. Y lo quinto, porque del que está vivo no hay herencia, legados, ni herederos. Por la mera institucion no se adquiere derecho á los bienes del que la hace, es indispensable que se confirme con su muerte, hasta la qual por ser revocable, no se puede estimar por tal. Tambien es preciso que le sobrevivan los instituidos, porque si mueren antes, caduca y queda sin efecto la institucion, y de consiguiente como que nada adquieren, no pueden transmitir á sus hijos un

(1) Ley Cum virum 16. Cod. de Fideicommiss. Gom. en la 8. de Toro n. 17. (2) Bart. in leg. Omnia 32. §. fin. ff. de Legat. 2. (3) Leyes Attius 11. Interdum 13. y Liber. homo 59. ff. de Hæredib. instituend. ley Si pater. ff. de Vulgar. & pupillar. substitut. y ley Si quis Titio, ff. de Usufruct. accrescend.

derecho que no han tenido. Por esta causa se acrecen al hermano que queda vivo las porciones que hubieran heredado los otros si viviesen. Acerca del derecho de acrecer vease lo que explico en mi segunda parte.

165 No dexando el difunto ascendientes, descendientes, ni hermanos, y si sobrinos carnales hijos de dos, ó mas hermanos muertos por linea masculina ó femenina, le heredarán *in capita*, repartiendo con igualdad entre sí los bienes de su tío sin distincion de agnacion, ni cognacion; lo qual se prueba de la ley 5. tit. 13. Part. 6. que dice: *Mas si este que muriese sin testamento, non habiendo ascendientes, ni descendientes, hoviese sobrinos de dos hermanos de parte de su padre, ó de su madre, é fuesen los hermanos amos muertos, heredarán los sobrinos los bienes de su tío, é partíroslos han entre sí por cabezas igualmente:* y como esta ley, y otra de Toro recopilada (1), no distinguen, ni dicen si esto se ha de entender ya sean muchos los hijos de un hermano, y los del otro pocos, parece que debia tener lugar la igualdad quando los herederos son iguales en número; y que no siendolo, heredasen los mas *in stirpem*, y los menos *in capita*, representando á sus respectivos padres; mas no obstante, se observa la disposicion legal segun suena, y es la razon, porque aunque los hijos de los hermanos, que son primos carnales, y están en quarto grado por derecho civil, entran por representacion á la herencia de su tío muerto, y en ellos empieza, se verifica y extingue el derecho representativo, esto milita y se entiende quando tienen algun tío carnal vivo, que les sirve de forma y causa para la representacion, pero no quando son solos, porque falta el fomento de ella, y por lo mismo entran á heredar por su propio derecho como parientes mas cercanos, que están en igual grado; y mediante no distinguir la ley, ni estar derogada, ni corregida, debemos arreglarnos á ella, mientras no se establezca otra que disponga lo contrario.

166 Si el difunto dexa medios hermanos, bien sean consanguíneos ó uterinos, y hermanos enteros de padre y madre, nada llevarán los medios hermanos, antes bien los en-

(1) Ley 8. de Toro que es la 2. tit. 20. lib. 10. N. R. Mat. en ésta, y Gom. en las 7. y 8. de Toro n. 11. al 13.

teros partirán entre sí los bienes del difunto de qualquiera suerte adquiridos; y lo propio sucederá aunque los hermanos enteros no vivan, si dexan hijos, pues estos por su representacion los percibirán, y sus medios tios, y los suyos ninguna cosa (1); lo que no procede en el feudo, emphyteusis eclesiástica concedida solo para los agnados, ni en la sucesion por fideicomiso paterno (2).

167 Si dexa solamente medios hermanos, v. gr. uno por la línea paterna, y otro por la materna, heredará el paterno los bienes que por esta línea poseía el difunto, y el materno los que le tocaban por la materna, y ambos partirán igualmente lo que por industria, arte, oficio, ó de otra suerte adquirió. A falta de los referidos ascendientes, descendientes y transversales le sucederá el pariente mas cercano por qualquiera línea sin diferencia de agnacion, ni cognacion; y si fueren dos ó mas de un grado, dividirán entre sí con igualdad la herencia sin respecto á la representacion (3), porque ésta empieza, y se extingue en los hijos de los hermanos, que son primos carnales, y no pasa á los demas parientes, y por lo mismo los que haya al tiempo de la muerte intestada en mucho, ó poco número, entrarán á heredar *in capita* por la proximidad de parentesco, si son iguales en grado, y el que lo tenga mas remoto aunque sea hijo de sobrino carnal muerto antes que su tío, de cuya herencia se trata, nada llevará de ésta; lo uno, por estar en grado mas distante; lo otro, por no haber adquirido derecho su padre, á causa de su previo fallecimiento; y lo otro, porque entre transversales no concede el derecho representacion de representacion como entre los descendientes y ascendientes legítimos, entre los que se estiende hasta lo infinito, por ser herederos forzosos, y derivar y traer el ser aquellos de estos, lo que no sucede á los transversales, como dexo ya sentado.

168 Si hasta el decimo grado no hay parientes del di-

(1) Ley 5. al fin. tit. 13. P. 6. Auth. Itaque mortuo, Cod. Commun. de Succes. y Auth. Cesante, Cod. de Legitim. heredib. (2) Surdo cons. 31. n. 33. y Decis. 219. Menochio cons. 187. Mantica de Conject. lib. 8. tit. 7. n. 3. Matha de Succes. leg. parte 3. quæst. 4. art. 3. n. 2. y 3. Fursar. de Substit. quæst. 79. n. 22. (3) Ley 6. tit. 13. P. 6. Auth. Post. fratres, Cod. de Legit. hered.

funto, y éste dexa muger legítima, ó ella marido, se heredarán recíprocamente; y si son solteros ó viudos sin sucesion, llevará sus bienes el Fisco, segun una ley de Partida (1); pero otra Recopilada y posterior (2) no hace mencion del marido ni muger viudos, sino del Fisco, por lo que recaerán en éste. Asimismo segun parece de otras dos leyes Recopiladas y posteriores (3), faltando parientes transversales dentro del quarto grado civil debe suceder el Fisco en los bienes del difunto. Pero téngase presente que el *ab intestato* no se verifica hasta que el hombre fallece, por lo que aunque toda su vida esté fatuo ó demente, no adquieren derecho á sus bienes sus parientes hasta entonces.

169 Con motivo de entrometerse los Jueces Eclesiásticos y Seculares á inventariar, sacar y distribuir el quinto de los bienes de los que morian *ab intestato*, ya fuese por no haber hecho testamento, ni poder para testar, ó porque el comisario no lo hacia dentro del término legal, ó por otros motivos, sin hacer distincion de herederos legítimos y transversales, siendo asi que la ley 36. de Toro, que es la 13. t. 20. l. 10. N. R. impone solamente á estos la obligacion de distribuirlo, y no á los Jueces, cuya intrusion solo servia de turbar la buena armonía y tranquilidad pública, y cedia en notable detrimento de los herederos; para exterminar y cortar de raíz estos abusos, haciendose cargo su Magestad de la ley citada, estableció cierta Pragmática, su fecha en el Real Sitio del Pardo á 2 de Febrero del año pasado de 1766, que se publicó en esta Corte con la solemnidad acostumbrada en 6 del mismo, y es la ley 14. t. 20. l. 10. N. R. y lo dispositivo de ella dice así: Por quanto los Jueces así Eclesiásticos, como Seculares con abuso de lo dispuesto por la ley 13. t. 20. l. 10. N. R., la estienden á herederos que en ella se exceptuan, y casos de que no habla con perjuicio de mis vasallos: quiero se observe dicha ley en todo lo por ella ordenado, y en la forma y manera que se halla prevenido, citiendose á lo literal y expreso de ella; y mando que los bienes y

(1) Ley 6. tit. 13. P. 6 (2) Ley 1. tit. 22. lib. 10. N. R. (3) Leyes 3. tit. 20. lib. 10. y 1. tit. 11. lib. 2. N. R.

herencias de los que mueren *ab intestato* absolutamente, se entreguen íntegros sin deducción alguna á los parientes que deben heredarlos, según el orden de suceder que disponen las leyes del Reyno, debiendo los referidos herederos hacer el entierro, exequias, funerales y mis sufragios que se acostumbra en el país, con arreglo á la calidad, caudal y circunstancias del difunto, sobre que les encargo las conciencias; y en el caso solo de no cumplir con esta obligación los herederos, se les compela á ello por sus propios Jueces, sin que por dicha omisión, y para el efecto referido se mezcle ninguna Justicia Eclesiástica, ni Secular en hacer inventario de los bienes. Todo lo qual se guarde, y cumpla, sin embargo de qualesquiera estilos, usos y costumbres contrarias, aunque sean inmemoriales, pues en caso necesario las derogo y anulo, como opuestas á razon y derecho, y se recopile esta ley entre las demas del Reyno. Sin embargo si los herederos son menores, y no tienen tutor que pida el inventario, ó están ausentes, podrán los Jueces respectivos nombrarles tutor, ó defensor, y mandar inventariar y depositar con asistencia de estos en persona segura los bienes de los que mueren intestados, mediante no prohibírselo la Pragmática, y convenir esta diligencia para evitar su ocultacion y extravío, y que los interesados en ellos sean perjudicados: mas no deberán sacar quinto de ellos, sino antes bien entregárselos sin desfalco luego que parezcan, ni tampoco asistir al inventario, por no ser precisa su asistencia, como diré en mi segunda parte.

170 Por Real Cédula de 9 de Octubre de 1766, expedida á consulta del Consejo en el Real Sitio de San Lorenzo, se manda que de los bienes que dexan los que mueren *ab intestato* sin parientes conocidos, y de los mostrencos conozcan las Justicias ordinarias con apelacion á las respectivas Chancillerías y Audiencias, y no el Tribunal de Cruzada, ni sus Subdelegados, y que se apliquen al Fisco, fixados Edictos, si no compareciesen interesados dentro de un año; y lo dispositivo de ella dice: *Habiendo oido á mi Fiscal en consulta de doce de junio de este año, me hizo presente quanto se le ofreció sobre este punto: y por resolucion á la citada consulta, conformandome en toda con el parecer del Consejo, he tenido á*

bien declarar por regla general, que para lo sucesivo en conformidad de lo dispuesto en las citadas leyes 1. y 2. tit. 22. lib. 10. N. R. y tambien en la sexta tit. 13. Part. 6. toca el conocimiento de todos los autos de bienes mostrencos, é intestados en que no hubiere herederos conocidos, á las Justicias Reales ordinarias, y en grado de apelacion á las respectivas Chancillerías y Audiencias en sus casos sin mezcla alguna de los Subdelegados de Cruzada: Que verificado ser los bienes vacantes, ó mostrencos, evaquadas las solemnidades necesarias, los adjudiquen á mi Real Cámara, como mandan las citadas leyes, y que lo noticien de oficio al Intendente de la Provincia para el nudo hecho de la percepcion, á fin de que las leyes se observen, y evite que personas Eclesiásticas se mezclen en una Judicatura del todo temporal, ni turbe á título de ellas el conocimiento que de estos negocios toca á las Justicias ordinarias, y á mis Audiencias, y Chancillerías; y encargo á mis Fiscales residentes en ellas cuiden por razon de su oficio que no se perjudique á mi Real Cámara en lo que de derecho le pertenece. Posteriormente se creó la Superintendencia general de bienes Mostrencos y de *ab intestatos*, á cargo del primer Secretario de Estado, con la facultad de nombrar un Subdelegado general y los particulares que fuesen necesarios, los quales en primera instancia conociesen privativamente de todas las causas relativas á dichos bienes, con apelacion al Superintendente general. Y por el cap. 7. de la Instruccion formada en el Real Sitio de San Ildefonso á 27 de Agosto de 1786, á consecuencia de Real Decreto que precedió, se dispone que quando alguno muriere sin hacer testamento, y no dexare parientes conocidos dentro del quarto grado, el Alguacil, ó Alguaciles ordinarios de la subdelegacion, ú otra qualquiera persona á cuya noticia venga, haga denuncia de su muerte ante los Jueces subdelegados para el secuestro de sus bienes, y su aplicacion á los parientes que parezcan, ó á los fines que la Instruccion manda; de modo que hoy solo heredan los parientes dentro del quarto grado civil á los que mueren intestados, en consecuencia de las leyes 3. tit. 20. lib. 10. y 1. tit. 11. lib. 2. N. R. por lo que ya no hay motivo de dudas. En quanto á los bienes de los Peregrinos y Romeros que mueren intestados, véase lo que queda explicado en el §. I.

pues gozan de privilegio, y excepcion, y no recaen en el Fisco, como lo dice Greg. Lop. en la ley 31. tit. 1. Part. 6. que alli se cita.

171 Dexo explicado en los nn. 77. y 78. §. II. cómo, y qué pueden heredar los hijos naturales de sus padres y madres *ex testamento*, y *ab intestato*: resta saber en qué conformidad se heredarán entre sí muriendo intestados, sobre lo qual la ley última del tit. 13. Part. 6. explica en estos términos: *Fijo natural, que non es nacido de legitimo matrimonio, si muriere sin testamento non habiendo fijos, nin nietos, ni madre, estonce sus hermanos que le pertenecen de parte de su madre, deben haber todo lo suyo; é si otros hermanos oviere de su padre tan solamente, non heredarán ende ninguna cosa: é esto es porque los hermanos que le pertenecen de parte de su madre son ciertos, é los de parte del padre son en dubda. Mas si este fijo natural que muriere sin testamento, oviese otros hermanos naturales que le perteneciesen de su padre tan solamente, é non oviese de los otros que fuesen nacidos de su madre como él, estonce estos á tales bien heredarían lo suyo, porque son los mas cercanos parientes; fueras ende si el que asi muriere, oviese hermano natural, é legitimo de parte de su padre, cá estonce éste ha mayor derecho en la herencia que los otros naturales, que son de parte del padre tan solamente. Otrosí decimos que los fijos naturales no han derecho de heredar los bienes de los legitimos, nin de los parientes otros que les pertenecen de parte de su padre; mas de los otros parientes que les pertenecen de parte de su madre, que mueren sin testamento, bien los pueden heredar, seyendo ellos mas propinquos parientes. Esta ley no está corregida, ni derogada.*

§. IX.

De la quarta marital.

172 Quando las mugeres viudas quedan tan pobres, que nada tienen con que alimentarse, y sus hijos ricos por haber heredado de sus padres mucha hacienda, pueden llevar la quarta parte de los bienes paternos que sus hijos deben heredar, con tal que no exceda de cien libras de oro: así

lo dice la ley 7. tit. 13. Part. 6. *Paganse los omes á las vegadas de algunas mugeres, de manera que casan con ellas sin dote, maguer sean pobres, por ende guisada cosa, é derecha es pues que las aman é las honran en su vida, que non finquen desamparadas á su muerte; é por esta razon tuvieron por bien los sabios antiguos, que si el marido non dexase á tal muger en que pudiese bien, é honestamente vivir, nin ella lo oviese de lo suyo, que pueda heredar fasta la quarta parte de los bienes del, maguer haya fijos; pero esta quarta parte non debe montar mas de cien libras de oro, quanto quier que sea grande la herencia del finado. Mas si tal muger como esta oviese de lo suyo con que pudiese vivir honestamente, non ha demanda ninguna en los bienes del finado en razon de esta quarta parte.*

173 Segun el tenor literal de esta ley solo es aplicable su beneficio á la viuda pobre; pero sin embargo los AA. lo han extendido al viudo que se halla en iguales circunstancias, atendiendo al fin que se propuso la misma ley de premiar el amor del conyuge, y honrar su matrimonio. Fundanse ademas en la ley del derecho Comun, que solo usa de la palabra conyuge sin hacer otra distincion que la de ser el uno rico, y pobre el que sobrevive. En efecto, si se consulta la razon en este caso, no parece justo que quando los hijos quedan sobradamente ricos para vivir con abundancia y comodidad, queden los padres constituidos en la miseria, ó á lo menos sin facultades bastantes para mantenerse con el honor y decoro que tuvieron en el matrimonio. Hay tres casos no obstante en que pueden perder este derecho. Primero, si la viuda vive deshonestamente. Segundo, si se casan. Tercero, si quedan usufructuarios (1). Pero á pesar de todas estas razones no he visto un caso en que se haya declarado este derecho al viudo, antes bien habiendolo deducido años pasados uno de Talavera, perdió la instancia en el Tribunal inferior, y despues fué confirmada en apelacion la sentencia por la Chancillería de Valladolid.

(1) Greg. Lop. en la ley 7. inserta. Tello Fernand. en la 9. de Toro. Leon Cent. 8. Molin. de Just. & jur. tract. 2. disput. 164 n. 19. Castell. en la 6. de Toro versic. Ex hoc compilsus: : Gutier. lib. 2. pract. quæ tit. 61. n. 4. Gratian. discept. forens. cap. 120.

pues gozan de privilegio, y excepcion, y no recaen en el Fisco, como lo dice Greg. Lop. en la ley 31. tit. 1. Part. 6. que alli se cita.

171 Dexo explicado en los nn. 77. y 78. §. II. cómo, y qué pueden heredar los hijos naturales de sus padres y madres *ex testamento*, y *ab intestato*: resta saber en qué conformidad se heredarán entre sí muriendo intestados, sobre lo qual la ley última del tit. 13. Part. 6. explica en estos términos: *Fijo natural, que non es nacido de legitimo matrimonio, si muriere sin testamento non habiendo fijos, nin nietos, ni madre, estonce sus hermanos que le pertenecen de parte de su madre, deben haber todo lo suyo; é si otros hermanos oviere de su padre tan solamente, non heredarán ende ninguna cosa: é esto es porque los hermanos que le pertenecen de parte de su madre son ciertos, é los de parte del padre son en dubda. Mas si este fijo natural que muriere sin testamento, oviese otros hermanos naturales que le perteneciesen de su padre tan solamente, é non oviese de los otros que fuesen nacidos de su madre como él, estonce estos á tales bien heredarían lo suyo, porque son los mas cercanos parientes; fueras ende si el que asi muriere, oviese hermano natural, é legitimo de parte de su padre, cá estonce éste ha mayor derecho en la herencia que los otros naturales, que son de parte del padre tan solamente. Otrosí decimos que los fijos naturales no han derecho de heredar los bienes de los legitimos, nin de los parientes otros que les pertenecen de parte de su padre; mas de los otros parientes que les pertenecen de parte de su madre, que mueren sin testamento, bien los pueden heredar, seyendo ellos mas propinquos parientes. Esta ley no está corregida, ni derogada.*

§. IX.

De la quarta marital.

172 Quando las mugeres viudas quedan tan pobres, que nada tienen con que alimentarse, y sus hijos ricos por haber heredado de sus padres mucha hacienda, pueden llevar la quarta parte de los bienes paternos que sus hijos deben heredar, con tal que no exceda de cien libras de oro: así

lo dice la ley 7. tit. 13. Part. 6. *Paganse los omes á las vegadas de algunas mugeres, de manera que casan con ellas sin dote, maguer sean pobres, por ende guisada cosa, é derecha es pues que las aman é las honran en su vida, que non finquen desamparadas á su muerte; é por esta razon tuvieron por bien los sabios antiguos, que si el marido non dexase á tal muger en que pudiese bien, é honestamente vivir, nin ella lo oviese de lo suyo, que pueda heredar fasta la quarta parte de los bienes del, maguer haya fijos; pero esta quarta parte non debe montar mas de cien libras de oro, quanto quier que sea grande la herencia del finado. Mas si tal muger como esta oviese de lo suyo con que pudiese vivir honestamente, non ha demanda ninguna en los bienes del finado en razon de esta quarta parte.*

173 Segun el tenor literal de esta ley solo es aplicable su beneficio á la viuda pobre; pero sin embargo los AA. lo han extendido al viudo que se halla en iguales circunstancias, atendiendo al fin que se propuso la misma ley de premiar el amor del conyuge, y honrar su matrimonio. Fundanse ademas en la ley del derecho Comun, que solo usa de la palabra conyuge sin hacer otra distincion que la de ser el uno rico, y pobre el que sobrevive. En efecto, si se consulta la razon en este caso, no parece justo que quando los hijos quedan sobradamente ricos para vivir con abundancia y comodidad, queden los padres constituidos en la miseria, ó á lo menos sin facultades bastantes para mantenerse con el honor y decoro que tuvieron en el matrimonio. Hay tres casos no obstante en que pueden perder este derecho. Primero, si la viuda vive deshonestamente. Segundo, si se casan. Tercero, si quedan usufructuarios (1). Pero á pesar de todas estas razones no he visto un caso en que se haya declarado este derecho al viudo, antes bien habiendolo deducido años pasados uno de Talavera, perdió la instancia en el Tribunal inferior, y despues fué confirmada en apelacion la sentencia por la Chancillería de Valladolid.

(1) Greg. Lop. en la ley 7. inserta. Tello Fernand. en la 9. de Toro. Leon Cent. 8. Molin. de Just. & jur. tract. 2. disput. 164 n. 19. Castell. en la 6. de Toro versic. Ex hoc compilsus: : Gutier. lib. 2. pract. quæ tit. 61. n. 4. Gratian. discept. forens. cap. 120.

§. X.

De las aceptaciones y repudiaciones de herencias.

174 El que es naturalmente libre, capaz, mayor de 25 años, y no está sujeto á otro, puede aceptar, ó repudiar llanamente por sí, y no por Procurador, ni con condicion (excepto que sea el Rey, ó Concejo) la herencia que alguno le dexó, ó le pertenece *ab intestato* por proximidad de parentesco; y si es menor, loco, ó desmemoriado, lo ha de hacer en su nombre su curador, y siendo siervo, su Señor; pero si el menor de 14 años no está baxo de la patria potestad, debe aceptarla con licencia del Juez Ordinario, y no de otro modo. Si es mayor de 14 años, y menor de 25, y no tiene padre, ni curador, puede por sí mismo aceptarla, y entrar en ella (1): bien que siéndole gravosa, y perjudicial, tiene facultad de reclamarla despues por via de restitucion, y repudiarla con licencia judicial, y audiencia de los acreedores del difunto, volviéndole el Juez al estado que tenia antes de su adiccion ó aceptacion (2). Pero si el dueño de los bienes murió *intestado*, debe su heredero ante todas cosas pretender se le declare por tal, y que le compete su herencia, y luego aceptarla ó dimitirla, y sin que preceda esta declaracion judicial, ó la institucion, no debe ser admitido en juicio; lo que tendrá presente el Escribano para quando le ocurra hacer algun poder á este efecto.

175 El Rey puede conceder un año al heredero *ex testamento*, ó *ab intestato* para la admision ó dimision de la herencia, y el Juez Ordinario del Lugar del difunto, ó de aquel en que está la mayor parte de su hacienda, nueve meses y no mas ó el que menos le parezca que necesita, con tal que no baxe de cien dias, y si son muchos herederos, tiene cada uno igual plazo; por lo que si antes que se cumpla muere alguno, compete á los suyos el resto, y no mas. Si es heredero extraño, y fallece despues de cumplido, y antes de aceptar la herencia, ningun derecho tiene el suyo á

(1) Leyes 1. 2. 13. y 15. tit. 6. P. 6. (2) Ley 7. tit. 19. P. 6.

ella; pero siendo legítimo debe percibirla (1), pues para con estos no hay prescripcion; y asi en qualquiera tiempo puede aceptarla.

176 Para que el heredero, ya sea legítimo, ó extraño, no se perjudique, en caso que el difunto haya dexado contra sí mas deudas que bienes, ni tenga necesidad de pedir el término prefinido, se ha establecido en su utilidad que haga inventario formal de ellos; y asi haciéndolo con la correspondiente legalidad, y dentro del término prescripto por derecho, y aceptando la herencia con este beneficio, está obligado solamente á la satisfaccion de sus deudas en quanto alcancen sus bienes (2). Acerca de lo que es *inventario*, cómo, por quién, y dentro de qué término debe hacerse, véase lo que diré en mi segunda parte lib. y cap. 1.

177 Mas si la acepta llanamente, ó entra en ella, y no hace el inventario en el término legal, y con la competente justificacion, debe pagar enteramente por el mismo caso no solo las deudas, sino los legados que el difunto dexó; á cuya solucion están obligados tácitamente sus propios bienes, si los del difunto no son suficientes.

178 Si es heredero extraño, y hace el inventario maliciosamente, ocultando, ó hurtando algo, debe restituir el duplo de lo que ocultó, ó hurtó (3); pero siendo legítimo, es visto por este hecho haber aceptado la herencia, y quedado obligado á todo, de suerte que despues no puede desecharla. Lo propio milita quando sabiendo que está muy cargada de deudas, compra para sí dolosamente en cabeza de tercero los bienes de su causante (4), de todo lo que trató con mas extension en dicho lib. 1. de mi segunda parte.

179 Dentro de nueve dias siguientes al de la muerte del Testador, ni durante la formacion del inventario de sus bienes no pueden sus acreedores preñar de propia autoridad, ni emplazar á sus herederos por las deudas que dexó, pena de volver lo que han tomado por fuerza, y perder su derecho. Qualquiera fianza, renovacion, ó prenda que sobre ello se diere, ó hiciere, es nula; lo qual se entiende á menos

(1) Leyes 1. y 2. tit. 6. P. 6. Greg. Lop. en la 2. glos. 8. 9. y 10.

(2) Leyes 5. y 7. tit. 6. P. 6. (3) Ley 9. tit. 6. P. 6. (4) Ley 12. tit. 6. P. 6.

que sospechen que estos dispararán, ocultarán, ó se irán con los bienes que dexó; pues en este caso deben dar fianzas de no hacerlo á satisfaccion del Juez (1). Tampoco los legatarios pueden pedir sus legados en el término referido, ni el heredero tiene obligacion á satisfacerlos; hasta que estén pagadas sus deudas, y saque la quarta Falcidia (2), ó lo que por derecho le toque.

180 El heredero puede admitir la herencia paladina, ó tácitamente. Paladinamente es por pedimento, escritura, ó de palabra: y tácitamente entrando en los bienes, vendiéndolos, arrendándolos, y disponiendo de ellos como dueño propietario; pero si manifiesta por escrito al Juez, ó ante testigos, que no lo hace con intencion de ser heredero, sino porque no se menoscaben, ni deterioren, no se presumirá que practica actos de tal; mas omitiendo la manifestacion será responsable al cumplimiento de la disposicion del Testador, aunque no alcancen los bienes de la herencia. (3). Si es instituido baxo de condicion no puede aceptarla, ni admitirla hasta que ésta se verifique (4).

181 Tambien puede repudiarla verbalmente, ó por escrito antes de entrar en ella: pero no demandarla, ni percibirla despues de renunciada, excepto que sea menor, ni desecharla despues de aceptada. Si son dos herederos extraños, y uno acepta su parte, y otro no, debe aquel aceptarla, ó renunciarla enteramente, y no se le debe consentir que entre en la herencia de su parte sola (5); mas siendo descendiente del difunto, puede recuperarla, aunque la haya dimitido, dentro de tres años siguientes, con tal que los bienes no estén enagenados, pues si lo están, no podrá á menos que sea menor (6).

(1) Ley final, tit. 13. P. 1. y 13. tit. 5. P. 7. (2) Leyes 7. tit. 6. P. 6. y fin. §. Donec. Cod. de Jur. delib. Véanse las limitaciones que trae Greg. Lop. en dicha ley 7. glos. 2. verb. *Mandado algo*. (3) Ley 11. tit. 6. P. 6. (4) Ley 14. tit. 6. Part. 6. (5) Ley 18. tit. 6. P. 6. (6) Ley final. tit. 6. P. 6.

§. XI.

De las mandas.

182 La manda ó legado es una manera de donacion que dexa el Testador en su testamento, ó en cobdileo á alguno por amor de Dios, ó de su anima, ó por hacer algo á quien dexa la manda; y legatario es aquel á quien manda el Testador alguna cosa en su testamento. Todo el que es capaz de testar puede hacer legados (1), y el que no tiene prohibicion de ser heredero puede adquirirlos; pero aunque la tenga al tiempo que se le hace el legado, si al del fallecimiento del Testador carece de ella, se le considera en aptitud para poseerlo (2). Generalmente hablando, los delitos que hacen incapaces á los hombres de heredar los inhabilitan tambien para ser legatarios. En el §. de los herederos hemos hecho mencion de las leyes que les imponen esta pena, y por lo mismo las omitiremos en este lugar, pero no tendremos este silencio respecto de otras que hablan terminantemente con los legatarios. Tales son la 2. tit. 2. Part. 7. que impone la pena de perder las mandas á los traydores al Rey y su Reyno, extensiva á sus hijos varones; y la 17. tit. 7. Part. 6. que impone la misma pena al curador que no quiere aceptar este encargo. El condenado para siempre á servir en las minas puede ser legatario, como lo dice la ley 4. tit. 3. de la misma Partida.

183 Las mandas se dividen en forzosas y voluntarias. De las forzosas traté en el núm. 39. Las voluntarias son las que dependen de la voluntad del Testador como efecto de su liberalidad; y de éstas unas son genéricas, y otras específicas. Las genéricas no se conocen determinadamente por su nombre, v. gr. un caballo, una mula, sin mas expresion, ó alguna cosa de las que se cuentan, miden, ó pesan. Las específicas son las que se conocen luego que se nombran, v. gr. tal casa ó heredad, en tal parte, con tales linderos, ó tal alhaja, con señales tan claras é individuales, que no se duda

(1) Ley es 6. tit. 6. y 1. tit. 9. P. 6. (2) Ley 1. tit. 9. P. 6.

que sospechen que estos dispararán, ocultarán, ó se irán con los bienes que dexó; pues en este caso deben dar fianzas de no hacerlo á satisfaccion del Juez (1). Tampoco los legatarios pueden pedir sus legados en el término referido, ni el heredero tiene obligacion á satisfacerlos; hasta que estén pagadas sus deudas, y saque la quarta Falcidia (2), ó lo que por derecho le toque.

180 El heredero puede admitir la herencia paladina, ó tácitamente. Paladinamente es por pedimento, escritura, ó de palabra: y tácitamente entrando en los bienes, vendiéndolos, arrendándolos, y disponiendo de ellos como dueño propietario; pero si manifiesta por escrito al Juez, ó ante testigos, que no lo hace con intencion de ser heredero, sino porque no se menoscaben, ni deterioren, no se presumirá que practica actos de tal; mas omitiendo la manifestacion será responsable al cumplimiento de la disposicion del Testador, aunque no alcancen los bienes de la herencia. (3). Si es instituido baxo de condicion no puede aceptarla, ni admitirla hasta que ésta se verifique (4).

181 Tambien puede repudiarla verbalmente, ó por escrito antes de entrar en ella: pero no demandarla, ni percibirla despues de renunciada, excepto que sea menor, ni desecharla despues de aceptada. Si son dos herederos extraños, y uno acepta su parte, y otro no, debe aquel aceptarla, ó renunciarla enteramente, y no se le debe consentir que entre en la herencia de su parte sola (5); mas siendo descendiente del difunto, puede recuperarla, aunque la haya dimitido, dentro de tres años siguientes, con tal que los bienes no estén enagenados, pues si lo están, no podrá á menos que sea menor (6).

(1) Ley final, tit. 13. P. 1. y 13. tit. 5. P. 7. (2) Leyes 7. tit. 6. P. 6. y fin. §. Donec. Cod. de Jur. delib. Véanse las limitaciones que trae Greg. Lop. en dicha ley 7. glos. 2. verb. *Mandado algo*. (3) Ley 11. tit. 6. P. 6. (4) Ley 14. tit. 6. Part. 6. (5) Ley 18. tit. 6. P. 6. (6) Ley final. tit. 6. P. 6.

§. XI.

De las mandas.

182 La manda ó legado es una manera de donacion que dexa el Testador en su testamento, ó en cobdicio á alguno por amor de Dios, ó de su anima, ó por hacer algo á quien dexa la manda; y legatario es aquel á quien manda el Testador alguna cosa en su testamento. Todo el que es capaz de testar puede hacer legados (1), y el que no tiene prohibicion de ser heredero puede adquirirlos; pero aunque la tenga al tiempo que se le hace el legado, si al del fallecimiento del Testador carece de ella, se le considera en aptitud para poseerlo (2). Generalmente hablando, los delitos que hacen incapaces á los hombres de heredar los inhabilitan tambien para ser legatarios. En el §. de los herederos hemos hecho mencion de las leyes que les imponen esta pena, y por lo mismo las omitiremos en este lugar, pero no tendremos este silencio respecto de otras que hablan terminantemente con los legatarios. Tales son la 2. tit. 2. Part. 7. que impone la pena de perder las mandas á los traydores al Rey y su Reyno, extensiva á sus hijos varones; y la 17. tit. 7. Part. 6. que impone la misma pena al curador que no quiere aceptar este encargo. El condenado para siempre á servir en las minas puede ser legatario, como lo dice la ley 4. tit. 3. de la misma Partida.

183 Las mandas se dividen en forzosas y voluntarias. De las forzosas traté en el núm. 39. Las voluntarias son las que dependen de la voluntad del Testador como efecto de su liberalidad; y de éstas unas son genéricas, y otras específicas. Las genéricas no se conocen determinadamente por su nombre, v. gr. un caballo, una mula, sin mas expresion, ó alguna cosa de las que se cuentan, miden, ó pesan. Las específicas son las que se conocen luego que se nombran, v. gr. tal casa ó heredad, en tal parte, con tales linderos, ó tal alhaja, con señales tan claras é individuales, que no se duda

(1) Ley es 6. tit. 6. y 1. tit. 9. P. 6. (2) Ley 1. tit. 9. P. 6.

la que es. En estas cosas siendo propias del Testador, y puramente legadas, adquiere dominio su legatario inmediatamente que fallece, y puede pedir las á su heredero, y éste debe entregárselas con todo lo que á ellas pertenezca, y se les haya acrecido despues que le fueron legadas, en uno de tres lugares, que son: ó donde habita el mismo heredero, ó donde está la mayor parte de los bienes del Testador, ó donde estuviere la cosa legada; pero si señala el lugar donde se haya de entregar, entonces se observará la voluntad del Testador. Asimismo debe darle los frutos que han producido desde el día en que entró en la herencia, ó la aceptó (1). Si se mueve pleito sobre el legado antes de su entrega, toca pagar las costas que en él se hagan al heredero, y no al legatario: y si despues de entregado, toca á éste, y no á aquel (2). Si fuere quitada en juicio la cosa legada, no puede el legatario usar de la acción de evicción contra el que la vendió al Testador, á menos que el heredero le ceda sus acciones (3), y si el legado dexado con algun gravámen no valiese en el todo, y fuese quitada alguna parte en juicio, se ha de disminuir á prorata el gravámen (4). Si en las cosas legadas hay frutos pendientes, y mostrados al tiempo de la muerte del Testador, y no dispuso de ellos, tocan al legatario, porque son parte del fundo, y se contemplan una misma cosa con él; lo que no sucede estando separados (5); pero esto se entiende, cabiendo todo en el quinto, si el legatario es extraño, y el Testador dexa descendientes legítimos; y en el tercio y remanente del quinto, si es descendiente, porque la legítima de éstos no puede ser gravada en otros términos. Habiendo ascendientes, ha de caber en el tercio; lo que se tendrá presente en las particiones, en cuyo tratado lo explicaré latamente.

184. El Testador puede legar no solo sus bienes, sino los del heredero que instituye, y si mandase alguna cosa sabien-

(1) Leyes 47. ff. de Legat. 1. y 34. 37. y 48. tit. 9. P. 6. Véase á Greg. Lop. en la 34. verb. El Señorío: y en la 37. verb. Los frutos. (2) Ley His verbis 100. ff. De leg. 3. & ibi glos. García de Expens. cap. 17. n. 10. (3) Ley Si res, ff. de Eviction. (4) Ley Ei qui amplius, ff. de Donation. cap. Quanto, de Cens. (5) Ley Fructus pendientes 44. ff. de Rei vindicat. Cast. de Usufruct. lib. 2. cap. 42. (1)

do que no era suya ni de su heredero, está obligado el heredero á comprarla, y entregarla al legatario, ó su estimación en caso que su dueño no quiera venderla; pero si al tiempo de legarla cree que es suya, á nada es responsable su heredero, á menos que sea legado de siervo, que entonces debe su Señor venderlo, y el heredero manumitirlo por favor de la libertad, si el Testador se lo mandó (1). Si lega la escritura de deuda que tiene á su favor, es visto legar la misma deuda, y así podrá demandarla el legatario (2).

185. Puede legar asimismo las cosas que no son corporales, como las servidumbres, las deudas, derechos y acciones, del mismo modo que las corporales (3): y las nacidas, y aun las que pueden nacer despues que las mandare, v. gr. los siervos, animales irracionales, sus hijos póstumos, frutos &c. y vale el legado (4). Igualmente puede legar la alhaja que empeñó, y obligó á otro por mas, ó menos de su valor, y su heredero debe entregarla al legatario (5): como tambien la que está empeñada en su poder al que se la empeñó, y vale la manda; pero su heredero tiene acción para pedir al legatario la cantidad que sobre ella le habia prestado el Testador (6).

186. Si el Testador tiene dinero en cierta parte, y creyendo que hay, v. gr. cien reales, dice: *Mando á Pedro cien reales que tengo en tal gaveta*, vale la manda si en efecto se encontrasen, y si por ventura hubiese menos, vale en la cantidad que se encuentre; pero si hay mas, cumple el heredero con dar el importe legado. Si hubiese los cien reales al tiempo de la muerte del Testador, y despues se menguaban por culpa del heredero, tiene obligación de darselos al legatario (7). La propia obligación tiene si el Testador lega á alguno cierta cantidad que cree estarle debiendo; pues ya sea cierta ó falsa la deuda, está obligado á entregársela, porque es visto que se la quiso dar (8).

(1) Leyes 10. tit. 9. P. 6. y Paulus 30. ff. de Fideicomis libert. Gom. lib. 1. Var. cap. 12. n. 13. (2) Ley 47. ad princip. tit. 9. P. 6. (3) Ley 15. tit. 9. P. 6. (4) Ley 12. tit. 9. P. 6. (5) Ley 11. tit. 9. P. 6. Gom. lib. 1. Var. cap. 12. n. 39. (6) Leyes 16. tit. 9. P. 6. Mulier 3. §. fin. ff. de Legat. 3. y 1. ff. de Liberat. legat. (7) Ley 18. tit. 9. P. 6. (8) Ley 19. tit. 9. P. 6.

187 Quando el Testador lega su plata, oro, trigo, acéyte, vestidos, ó cosas semejantes sin mas expresion, ha de prevenirle el Escribano, que diga si han de ser los que tiene entonces, ó los que se encuentren al tiempo de su muerte, pues segun un texto civil (1) se debe entender que lega los que entonces tiene; y para evitar dudas y pleytos tendrá cuidado de advertirle que declare específicamente su voluntad.

188 Si lega alguna cosa en esta forma: *Mando á Pedro tal alhaja, (nombrandola) para que la haya quando mi heredero quisiere*, y el heredero fallece sin haberla entregado, ni prefinido al suyo dia para su entrega, debe éste darla al legatario inmediatamente que entre en la herencia del Testador. Mas si dice: *Mando á Pedro tal alhaja, para que la haya, si quisiere*, en este caso aunque vale la manda, no obstante, si el legatario muere sin haberla pedido, ni dicho que la queria, no puede su heredero demandarla despues al del Testador (2).

189 Legando el Testador una cosa á dos, ó mas personas juntamente, v. gr. *Mando á Pedro, y á Juan cien reales*, deben partirla con igualdad; y lo mismo han de hacer aunque se la mande separadamente, v. gr. *Mando á Pedro una viña que tengo en tal sitio. Y despues diga en otra cláusula: Que manda á Juan la misma viña. Y si alguno de ellos muere antes que el Testador, ó renuncia su parte, ó sobreviene algun impedimento que le prive de llevarla, se acrecerá á los demas legatarios (3).*

190 Si el Testador manda á alguno de dos cosas la que quiera elegir, y escoge una de ellas, no puede arrepentirse despues. Y si dexa la eleccion á arbitrio de tercero, y éste no la hace dentro de un año contado desde su muerte, tiene facultad de hacerla despues el legatario (4); pero si lega á dos personas una de sus alhajas, diciendoles indistintamente, *que tomen la que quieran*, y discordan en la eleccion, deben echar suertes, y aquella á quien toque, dár á la otra el importe de su parte, regulado segun arbitrio de dos hombres buenos (5).

(1) Ley Si ita esset legatum 7. ff. de Auro, argentó. (2) Ley 30. tit. 9. P. 6. (3) Ley 35. tit. 9. P. 6. (4) Ley 25. tit. 9. P. 6. (5) Ley 26. tit. 9. P. 6.

191 Mandando dos Testadores una misma cosa á alguno, si éste percibe primero su estimacion del heredero de uno de ellos, puede pedir despues al del otro Testador la cosa legada; pero si la recibe antes, y toma posesion de ella, y goza su propiedad, de manera que segun derecho no se la puedan reclamar, no le queda accion para demandar su valor (1) (a).

(1) Ley 44. tit. 9. P. 6.

(a) El Autor de las notas del *Febrero Reformado* combate la regla de derecho adoptada por nuestras leyes como conforme á la voluntad de los testadores, de que el concurso de dos causas en parte de pena es una especie de liberacion. Quiere el Reformador que despues de entregada al legatario la alhaja legada por un testador, le quede accion para repetir el precio de ella del heredero de otro testador que le legó tambien la propia alhaja; pareciéndole que aquella regla era un error que ha corrido impunemente hasta aquí.

La voluntad de cada uno de los dos testadores está ceñida á que se le dé al legatario una cosa sola, esto es tal heredad. El legatario solo es determinadamente acreedor á ella; y los herederos de los dos testadores solo están obligados á darle precisamente la heredad que fue lo que se legó. Si dos están obligados *in solidum* á darme mil reales pagados por uno de ellos, queda libre el otro. Si se me debe una sola cosa por dos deudores entregada por uno, nada me resta que pedir al otro. Ninguno de los dos herederos de los dos testadores tiene obligacion á dar el precio de la heredad, por no ser el precio lo que se legó sino la misma heredad. Si uno de ellos la entregó nada se puede pretender del otro, por tener ya lo que quiso el testador que tuviese; y si demanda la estimacion, se le responderá no habérsele mandado tal cosa, y estar cumplida la última voluntad. Si uno de los herederos le dió anticipadamente el precio de la heredad, porque lo tuviese por mejor, ó porque ignorase estar legada tambien por otro, sin tener obligacion á ello, como todavia está pendiente la voluntad del otro testador, y viva la obligacion del heredero, podrá reconvenirle para que la cumpla á la letra. La alhaja y su estimacion son dos cosas diferentes, y no hay obligacion de dar una por otra al capricho y eleccion del legatario. Si dos amigos me ofrecen con separacion darme de gracia casa donde vivir, y uno de ellos me la dá, no podré pedir al otro el importe de los alquileres. Si otros dos amigos me prometen independientemente el uno del otro, redimirme del cautiverio, y uno de ellos lo cumple, no podré pretender del otro el importe del rescate para mi bolsillo. Si dos Abogados me ofrecen defenderme gratuitamente en un pleyto, y uno lo hace, no podré pedir al otro el honorario de los alegatos que no hizo y ofreció hacer. Si el legatario hiciese constar por otra parte que se le debía dar la estimacion de la cosa legada en la hipótesis de que tratamos, está bien que entonces se le debiese dar, pero no es este el caso en que rige la regla de derecho, sino quando no hay otros argumentos para saber la voluntad del testador, que las palabras, términos y letra de la disposicion misma. Todo es al contrario quando el le-

sa en su testamento, así como casa ó viña, ú otra cosa señalada, no está obligado su heredero á darla al legatario mas que una vez; pero si mandase cierta quantia de maravedís, ú otra cosa qualquiera que se pudiese contar, pesar ó medir, y en aquel mismo testamento le mandase tanta quantia cierta muchas veces, y el legatario pudiese probar que la intencion del Testador fue de legarle aquellas cosas tantas quantas veces las nombró, tiene derecho á todas, pero sino pudiese probarlo, no debe recibir mas que una quantia de ellas. Si el Testador mandase en testamento á uno cierta cantidad de maravedís, y en codicilo le mandase la misma cantidad, debe entenderse que le hizo dos legados, á no ser que el heredero pruebe que la intencion del Testador fue de no hacerle mas que uno (1).

192 En los primeros tiempos no era conocida la esclavitud, pero despues con motivo de las guerras y discordias que entre las gentes se encendieron, se estableció para castigo recíproco que se cautivasen, y no se matasen (2). No me detengo en explicar quantas clases hay de siervos, ni otras cosas concernientes á esta materia, y solo paso á definir la libertad, y expresar cómo puede el Testador darla á los suyos por testamento; y digo que la libertad es un poder ó potestad natural que el hombre tiene para hacer lo que quiere, si por ley, ó fuero no le está prohibido (3).

193 Qualquier Señor tiene facultad de darla á sus esclavos en todos lugares sagrados, y profanos, en presencia, ó ausencia del Juez, por testamento, contrato, ó ante cinco testigos, con tal que se la dé por sí mismo, y no por apoderado; bien que puede mandar á sus ascendientes y descendientes que los manumitan. Si quiere darsela por testamento, ha de tener 14 años, edad precisa para testar (4); pero si tiene muchos siervos y deudas, y carece de otros bienes para la sa-

gatario adquirió la alhaja por su dinero; pues como la intencion del testador que la legó, fué que la tuviese de valde, queda sin cumplir su voluntad, y solamente lo estará, dándole lo que costó. La sabiduría y la justicia, abundan en esta regla del derecho romano, declaratoria del las últimas voluntades; y fueron muy discretos los legisladores y los intérpretes en admitirla.

(1) Ley 45. tit. 9. P. 6. (2) Ley 1. tit. 21. P. 4. (3) Ley 1. tit. 22. P. 4. (4) Dicha ley 1. tit. 22.

tisfaccion de éstas, solo puede manumitir algunos (1). Y por quanto el Señor tiene potestad de volver á su dominio al esclavo que manumitió, por varias causas prefinidas por derecho, y siempre le queda sobre él una raiz de naturaleza ó modo de Señorío, que las leyes llaman Patronazgo, para que nada le quede, ha de remitir, y quitar en la escritura de libertad el derecho de Patronazgo que tiene sobre él, como lo previene una de dichas leyes (2). Pero es de advertir, que si el Testador lega su siervo á alguno para que le sirva, no es visto legarle la propiedad y señorío de él, sino su servicio, por lo que muerto el legatario volverá al heredero del Testador (3).

194 Si el Testador hace algun legado á hombre muerto, creyendo que está vivo; ó aunque entonces lo esté, si fallece, ó es desterrado para siempre antes de la muerte del Testador, no está obligado su heredero á entregarle al del legatario, porque éste no adquirió derecho á él (4).

195 No puede legar lo que es propio de los Reyes sin su real permiso: ni los bienes de las Iglesias: ni las plazas, exidos, ni otras cosas comunes de las Ciudades, Villas y Lugares: ni los marmoles, pilas, puertas, y demas cosas puestas en los edificios para su adorno y seguridad; y si las lega, no vale la manda, ni su heredero está obligado á darlas, ni su estimacion al legatario. Tampoco vale la de siervo Cristiano á Judío, Moro ó Herege, ni la de cosa, que aunque puede ser legada quando se manda, muda despues de estado ó condicion, v. gr. lo laical, que puede ser legado, y pasa luego á poder de la Iglesia, sin culpa del heredero, pues no tiene obligacion de entregarlo, ni su valor (5).

196 Asimismo no puede legar Castillo, Villa, Aldea, ni heredamiento que el Rey le dió por haberle hecho algun servicio militar, al que es inepto para hacerlo; pero si sabiendo su ineptitud, le lega el heredamiento, debe su heredero darle su estimacion: y si ignora si es, ó no idoneo, nada debe entregarle (6). Tampoco puede legar al siervo de su heredero

(1) Ley 25. tit. 9. P. 6. (2) Leyes 90. tit. 18. P. 3. y 5. tit. 16. y 8. 9. y 10. tit. 22. P. 4. (3) Ley 46. tit. 9. P. 6. (4) Ley 35. tit. 9. P. 6. (5) Ley 13. tit. 9. P. 6. (6) Ley 14. tit. 9. P. 6.

ro cosa alguna sino con la condicion de que le manumita, pues solo en este caso valdrá el legado (1).

197 No debe dexar á arbitrio de otro las mandas, sino hacerlas por sí mismo con palabras, y señales tan claras y ciertas, que se conozca claramente su voluntad, y no se dude del legatorio, ni de la cosa legada (2); ni tampoco la elección de la persona del legatario, porque seria voluntad captatoria; pero puede dexar á su heredero, ó á otro la facultad de elegir á personas inciertas, de las ciertas que le señale; en cuyo caso valdrá, porque no se dexa á la voluntad de otro la subsistencia del legado, sino la qualidad, ó elección de la persona, que es una cosa accesoria (3). Para que sean válidas, se han de hacer en testamento, en poder para testar, ó codicilo (4); pero segun la práctica generalmente recibida se hacen tambien en lo que llaman memoria testamentaria no solo legados, sino mejoras, declaraciones, fundaciones, nombramiento de tutores, y todo lo demás, excepto la institucion de heredero, y siendo escrita ó firmada de mano del Testador, y citandose en el testamento, ó en poder para testar, se estima por parte del testamento. El Escribano puede sin auto de Juez protocolar esta memoria por la misma razon que protocoliza el testamento, mediante que se considera como una parte de él: puede insertarla en el que otorgue en virtud de poder para testar, y dar de todo á los verdaderos interesados las copias y testimonios que le pidan. Sin embargo, si el Testador lo previene, deberá preceder el auto de Juez para la protocolizacion; y para que no se presuma que el Escribano suplantó la memoria, pondrá nota en ella de habersela entregado el heredero, ó persona en cuyo poder se halle, y le hará firmarla; y si no sabe, que la presente al Juez para que lo mande, y se eviten dudas. Si el Escribano ha muerto, deberá preceder tambien auto de Juez dado á instancia de quien la presente, para que el sucesor en su oficio y papeles la protocolice, por no ser parte de voluntad manifestada ante él, poniendo nota de su protocolizacion en el registro del testamento, á fin de que se sepa en donde se halla; y quando se saque

(1) Ley 8. tit. 9. P. 6. (2) Leyes 11. tit. 3. y 9. 28. y 29. tit. 9. P. 6. (3) Ley Cum quidam ita 24. ff. de Legat. 2. Gom. en la ley 40. de Toro n. 48. (4) Ley 44. al principio tit. 9. P. 6.

testimonio de ella, se hará relacion del testamento de que es parte, á efecto de que no se crea que es un papel simple, y es lo que se practica en esta Corte por los inteligentes. El que quiera instruirse del concepto que merecen estas memorias ó disposiciones privadas, vea los AA. que se citan (1). Entretanto manifestaré mi opinion acerca de este punto. Dixe que estaba en práctica el admitir estas memorias, y tenerlas por parte de los testamentos una vez que fueren escritas ó firmadas de mano de los Testadores; pero aunque esta práctica sea conforme con la legislacion Romana, nuestras leyes pátrias no la han autorizado. Si la institucion de heredero, que es el acto esencial y constitutivo del testamento, no puede hacerse en memoria, tampoco las demás disposiciones testamentarias. Si la intencion del Testador es que ni el Escribano ni los testigos sepan lo que dispone, la ley en este caso le ha proporcionado un medio para que se mantenga oculta su voluntad hasta despues de su muerte, concediendole facultad de hacer su testamento ó codicilo cerrado, una vez que observe en ellos las formalidades que ha prescripto con el fin de que nunca se dude de la identidad de estas escrituras. Pero el testamento y codicilo que se remiten á memoria, ni son nuncupativos ó abiertos, ni escritos ó cerrados, únicos modos de testar autorizados y reconocidos. La ley 34. tit. 9. Partid. 6. dice: *En acabado testamento puede ser fecha toda manda. Otro si en otra manera de escrito que se face ante cinco testigos, á que llaman en latin codicillum: é la manda que fuese fecha en otra manera qualquier si non en alguna de estas dos sobredichas non valdria.* Antes que se introduxere la práctica de las memorias testamentarias, se hacian comunmente las mandas en los codicilos, que fueron unas escrituras inventadas para que los Testadores supliesen lo que habian dexado de expresar en los restamento, y para ellas la ley 3. de Toro pide las mismas

(1) Card. de Luca tract. de Testam. disc. 1. y 2. n. 2. 3. y 5. disc. 6. n. 6. disc. 14. n. 4. y disc. 15. y 78. Menochio consil. 94. n. 24. Julio Caponio discept. 202. n. penult. Ciriac. contro. 444. n. 7. 23. y 55. versic. In proposito: y n. 82. y 88. Mantic. de Conject. ult. volunt. lib. 1. tit. 7. n. 7. Ant. Fab. de Errorib. Pramm. part. 3. decad. 69. Error. 3. Gracian tom. 5. discept. forens. cap. 973. n. 44. 48 y 49. Cart. lib. 4. Controv. capit. 27. n. 72. Covar. cap. Cum tibi de Testam. n. 6.

solemnidades que para el testamento nuncupativo; es decir, que nuestras leyes en la manifestacion de las últimas voluntades exigen la misma solemnidad para instituir heredero que para dexar mandas, legados y fideicomisos.

198 Algunas veces no pudiendo los Testadores manifestar su voluntad con palabras, quieren executarlas por señas; pero ni la institucion de heredero se puede hacer de esta manera, aunque el Testador haya perdido la facultad de hablar, ni tampoco las mandas, legados, ni qualquiera otra disposicion. Este modo de explicarse no es conciliable con nuestras leyes de Partida, las quales no tuvieron por bien admitir la ley Romana que aprueba para casos semejantes estos signos tan arriesgados y falibles. La ley 3 de Toro que exige para el codicilo las mismas solemnidades que para el testamento nuncupativo, viene tambien en apoyo de este pensamiento. No obstante, si en conformidad de las leyes Romanas que siguen muchos AA., llegase el caso de otorgarse una disposicion de esta clase, hará el Escribano muy particular expresion del estado en que se hallaba el Testador, de las preguntas que se le hicieron, quién se las hizo, y con que señas contextó. Véase acerca de este punto á Gomez en la ley 3. de Toro nn. 112. y 113. á Mat. en la 1. tit. 4. lib. 5. R. glos. 16. y á los que éste cita.

§. XII.

De las condiciones de los legados y herencias.

199. El Testador puede hacer los legados puramente, á dia ó tiempo cierto ó incierto, y con condicion (1); y se deben observar las honestas y posibles condiciones que imponga, porque es dueño y árbitro de sus bienes (2). De los que hace puramente siendo suyo lo que lega, pasa el dominio á su legatario inmediatamente que fallece, y aunque éste muera antes que tome posesion del legado, ó que el heredero del Testador entre en la herencia, ó la acepte, no dexarán por eso de llevarlo los que sean sus herederos, y el del Testador

(1) Ley 31. tit. 9. P. 6. (2) Ley In conditionibus 19. ff. de Conditionib. & demonstrationib. y Authent. De nuptiis, ibi: *Disponat unusquisque de suis, ut dignum est, & erit lex ejus voluntas.*

estará obligado á entregárselo con los frutos que le corresponden, y haya producido la cosa legada desde el dia en que aceptó la herencia, ó entró en ella, segun queda expuesto. Si lo que lega el Testador no es suyo, debe su heredero comprarlo, y entregarlo al legatario, y no queriendo comprarlo, darle su importe con el de los frutos que produjo desde el dia que se le mandó (1); pero si el legado es de usufructo, no le gozará el legatario hasta que el heredero entre en la herencia, y lo mismo debe executarse con el siervo si el Señor le diese libertad, ó le hiciese alguna manda (2).

200 Los que hace á dia cierto, v. gr. *Mando á Pedro cien reales para el dia de la próxima Natividad*, valen y se pueden entregar incontinenti al legatario, y aunque éste fallezca antes que llegue el dia prefijido, los habrá su heredero (3), pero de los que hace con condicion á tiempo incierto, v. gr. *Mando á Pedro cien reales, para quando cumpla 14. años*, no se trasfiere el dominio al legatario hasta que se cumpla el dia señalado, porque puede morir, y no verificarse; y es lo mismo que si el Testador le pusiera la condicion de que habia de cumplir precisamente la edad para poder percibir el legado (4).

201 Y de los que hace con condicion, ya sea de presente v. gr. *Mando á Pedro tanta cantidad, si está haciendo tal cosa que le encargué*. O de preterito, v. gr. *Si la hizo*; ó de futuro, v. gr. *Si la hiciere*, tampoco pasa el dominio al legatario, por lo que hasta que se verifique la condicion no llevará el legado; y si muere antes que se cumpla, no tendrán sus herederos derecho á pedirlo (5). Pero si lo hace á dos juntos, v. gr. *Mando á Pedro, y á Juan cien reales, si hicieren tal cosa*, ó hubiese substituto en ella, no lo llevará el heredero del Testador, sino el compañero ó substituto del legatario, verificandose la condicion despues de la muerte de este (6), pues la que se pone en la institucion, se entiende repetida en la substitution, no constando lo contrario de la voluntad del Testador.

202 Las condiciones unas son *contra derecho*: otras *contra naturaleza*: otras *imposibles de hecho*: otras *dudosas*: otras

(1) Leyes 34. 35. y 37. tit. 9. P. 6. (2) Ley 35. tit. 9. P. 6. (3) Ley 34. tit. 9. P. 6. (4) Ley 31. tit. 9. P. 6. (5) Ley 21. tit. 9. P. 6. (6) Ley 34. tit. 9. P. 6.

solemnidades que para el testamento nuncupativo; es decir, que nuestras leyes en la manifestacion de las últimas voluntades exigen la misma solemnidad para instituir heredero que para dexar mandas, legados y fideicomisos.

198 Algunas veces no pudiendo los Testadores manifestar su voluntad con palabras, quieren executarlas por señas; pero ni la institucion de heredero se puede hacer de esta manera, aunque el Testador haya perdido la facultad de hablar, ni tampoco las mandas, legados, ni qualquiera otra disposicion. Este modo de explicarse no es conciliable con nuestras leyes de Partida, las quales no tuvieron por bien admitir la ley Romana que aprueba para casos semejantes estos signos tan arriesgados y falibles. La ley 3 de Toro que exige para el codicilo las mismas solemnidades que para el testamento nuncupativo, viene tambien en apoyo de este pensamiento. No obstante, si en conformidad de las leyes Romanas que siguen muchos AA., llegase el caso de otorgarse una disposicion de esta clase, hará el Escribano muy particular expresion del estado en que se hallaba el Testador, de las preguntas que se le hicieron, quién se las hizo, y con que señas contextó. Véase acerca de este punto á Gomez en la ley 3. de Toro nn. 112. y 113. á Mat. en la 1. tit. 4. lib. 5. R. glos. 16. y á los que éste cita.

§. XII.

De las condiciones de los legados y herencias.

199. El Testador puede hacer los legados puramente, á dia ó tiempo cierto ó incierto, y con condicion (1); y se deben observar las honestas y posibles condiciones que imponga, porque es dueño y árbitro de sus bienes (2). De los que hace puramente siendo suyo lo que lega, pasa el dominio á su legatario inmediatamente que fallece, y aunque éste muera antes que tome posesion del legado, ó que el heredero del Testador entre en la herencia, ó la acepte, no dexarán por eso de llevarlo los que sean sus herederos, y el del Testador

(1) Ley 31. tit. 9. P. 6. (2) Ley In conditionibus 19. ff. de Conditionibus. & demonstrationibus. y Authent. De nuptiis, ibi: *Disponat unusquisque de suis, ut dignum est, & erit lex ejus voluntas.*

estará obligado á entregárselo con los frutos que le corresponden, y haya producido la cosa legada desde el dia en que aceptó la herencia, ó entró en ella, segun queda expuesto. Si lo que lega el Testador no es suyo, debe su heredero comprarlo, y entregarlo al legatario, y no queriendo comprarlo, darle su importe con el de los frutos que produjo desde el dia que se le mandó (1); pero si el legado es de usufructo, no le gozará el legatario hasta que el heredero entre en la herencia, y lo mismo debe executarse con el siervo si el Señor le diese libertad, ó le hiciese alguna manda (2).

200 Los que hace á dia cierto, v. gr. *Mando á Pedro cien reales para el dia de la próxima Natividad*, valen y se pueden entregar incontinenti al legatario, y aunque éste fallezca antes que llegue el dia prefijido, los habrá su heredero (3), pero de los que hace con condicion á tiempo incierto, v. gr. *Mando á Pedro cien reales, para quando cumpla 14. años*, no se trasfiere el dominio al legatario hasta que se cumpla el dia señalado, porque puede morir, y no verificarse; y es lo mismo que si el Testador le pusiera la condicion de que habia de cumplir precisamente la edad para poder percibir el legado (4).

201 Y de los que hace con condicion, ya sea de presente v. gr. *Mando á Pedro tanta cantidad, si está haciendo tal cosa que le encargué*. O de preterito, v. gr. *Si la hizo*; ó de futuro, v. gr. *Si la hiciere*, tampoco pasa el dominio al legatario, por lo que hasta que se verifique la condicion no llevará el legado; y si muere antes que se cumpla, no tendrán sus herederos derecho á pedirlo (5). Pero si lo hace á dos juntos, v. gr. *Mando á Pedro, y á Juan cien reales, si hiciere tal cosa*, ó hubiese substituto en ella, no lo llevará el heredero del Testador, sino el compañero ó substituto del legatario, verificandose la condicion despues de la muerte de este (6), pues la que se pone en la institucion, se entiende repetida en la substitution, no constando lo contrario de la voluntad del Testador.

202 Las condiciones unas son *contra derecho*: otras *contra naturaleza*: otras *imposibles de hecho*: otras *dudosas*: otras

(1) Leyes 34. 35. y 37. tit. 9. P. 6. (2) Ley 35. tit. 9. P. 6. (3) Ley 34. tit. 9. P. 6. (4) Ley 31. tit. 9. P. 6. (5) Ley 21. tit. 9. P. 6. (6) Ley 34. tit. 9. P. 6.

casuales: otras potestativas: otras mixtas: otras causales: otras modales: otras necesarias; y otras tácitas. Contra derecho v. gr. Mando á Juan mil reales, si no diere de comer á su padre. Contra naturaleza v. gr. Mando á Pedro tanta cantidad si llegáre al cielo con la mano. Estas dos condiciones no valen, y se tienen por no escritas, ni puestas en el testamento. Lo mismo sucede con las que son contra buenas costumbres, obras pias y honestidad de aquel á quien se ponen, pues se reputan por imposibles, y por esta razon no deben cumplirse, y vale el legado (1) (a).

(1) Ley 3. tit. 4. P. 6.

(a) El Autor procedió en la division de las condiciones que pueden ponerse en los legados y herencias con arreglo en un todo á las leyes de Partida, que la tomaron del derecho civil. El anotador del Febrero Reformado en la nota 1 y 2 del cap. 1. dice que esta division es tan defectuosa como otras muchas que hacen nuestros intérpretes, y para probarlo se vale de unos argumentos metafísicos, que nada producen sino obscuridad y cofusion. Los imposibles de hecho asegura que son imposibles por naturaleza, y que asi deben omitirse del todo, diciendo solamente que las condiciones son imposibles por derecho y por naturaleza. No pensaron con tan poco fundamento los AA. de un código tan sabio como las Partidas. Ellos sabian que hay imposibles de hecho, esto es, de cosas que el hombre no puede hacer, como por exemplo un monte de oro; que los hay de derecho, esto es, de cosas que son contra el derecho positivo ó natural, como el no sacar un hijo á un padre de cautiverio, ó no alimentarle, y que los hay por naturaleza esto es, de cosas, que envuelven contradiccion con la naturaleza, cómo sería el llegar un hombre con la mano al cielo. Podráse segun esto decir que no hay imposibles de hecho? Que la division es defectuosa? Dice tambien el anotador que la condicion imposible por derecho ó por naturaleza vicia los contratos, y de este principio deduce esta consecuencia, ¿y por qué no la institucion de heredero ó los legados? Pero para deducirla legitimamente era indispensable que hubiese identidad de razon, ó alguna analogía entre una institucion y un contrato, quando estan muy distantes por su naturaleza misma. Un contrato es un acto por el qual dos hombres se imponen obligaciones reciprocas, y una institucion es un acto puramente gracioso respecto de los extraños, ó por mejor decir una manifestacion del amor, y de la voluntad del hombre hacia otro hombre, y quando es entre hijos, respecto de los quales la sucesion en los bienes nace del orden y conveniencia de la sociedad, es una declaracion de que aquellos que instituye son sus hijos, y de consiguiente sus sucesores ó representantes. Tiene esto alguna analogía, alguna identidad con un contrato? Digase pues, que si los contratos tienen condiciones que no puedan cumplirse, porque no esté en la mano del hombre el hacerlo, ó porque sean contra derecho, ó contra naturaleza, no deben ser subsistentes, pero si las instituciones ó legados donde se pusiesen únicamente por error, porque no es presumible que quando la intencion del testador

203 Las imposibles de hecho son: v. gr. Establezco á Pedro por mi heredero, si diere á Antonio un monte de oro. Este establecimiento no vale.

204 Las dudosas (que por otro nombre llaman *Perplexas*) son, v. gr. *Instituyo á Pedro por mi heredero, si Juan fuere mi heredero.* Esta institucion tampoco vale, porque ninguno de los dos puede empezar á ser heredero antes que el otro, y asi no llevarán la herencia (1). Las casuales, ó contingentes dependen regularmente de la omnipotencia: llamanse casuales, porque pueden suceder, ó no, v. gr. *Instituyo á Juan por mi heredero, si mañana lloviere, ó hiciere sol, y dia claro sin nublar.* Si la condicion se verifica, percibirá la herencia; pero hasta entonces ningun derecho tiene á ella: y lo mismo sucede en los legados (2).

205 Las potestativas son las que dependen de la voluntad humana, v. gr. *Instituyo á Juan por mi heredero, si Diego subiere á la torre.* Si la condicion se cumple, llevará la herencia ó legado, y no de otra suerte. Las mixtas de casuales y potestativas son aquellas, cuyo suceso depende del hombre y de la casualidad, v. gr. *Instituyo á Pedro por mi heredero, si volviere de las Indias.* Depende del hombre, porque puede, ó no volver; y de la casualidad, porque puede, ó no haber navio para venir, y aunque lo haya, naufragar; y asi para que el heredero, ó legatario perciban la herencia ó legado, es preciso que se verifique la condicion (3).

206 Las casuales son las que miran al tiempo pasado, y se llaman asi, porque se expresa la causa ó motivo que impele á hacer el legado, ó institucion de heredero, v. gr. *Mando á Pedro cien reales, porque me hizo tal cosa que le encargué.* En cuyo caso aunque la causa sea falsa, vale el legado, debe haberlo el legatario (4), y el heredero del Testador entregárselo, sin inspeccionar la verdad ó falsedad del motivo porque se hizo (5).

207 Las modales, ó hechas baxo de cierto modo, parecen hacer un bien ú uno, quisiese estorvarselo poniendole semejantes condiciones. Sin duda que nuestros legisladores que lo han determinado asi, han sido mas sabios que nuestro Reformador.

(1) Ley 5. tit. 4. P. 6. (2) Ley 8. tit. 4. P. 6. (3) Ley 9. tit. 4. P. 6. (4) Ley 21. tit. 9. P. 6. (5) Ley 20. tit. 9. P. 6.

cen causales, mas no lo son, porque miran al tiempo futuro, y el por qué de ellas equivale á para, v. gr. *Maando á Juana cien ducados, porque case con Antonio, o porque haga tal cosa.* Esta manda es válida, y debe entregarse al legatario, dando previamente la caucion, (que los Legistas llaman *Muciana*) de cumplir lo que el Testador le mandó, pues cumpliéndolo, gana el señorío de ella; y tambien lo ganará, aunque no lo cumpla si practica las conducentes diligencias para ello, y no de otra suerte (1). En quanto á la diferencia que hay entre la *condicion*, el *modo*, y la *demonstracion*, y cuándo se entenderán hechos los legados, ó contratos con modo ó condicion; vease á *Parlador. different. 147.* que lo explica claramente en los cinco §§. que trae, y da la regla para conocer quando el legado, ó institucion es modal, ó condicional, y lo que digo en el lib. 2. cap. 6. de mi segunda parte.

208 Las necesarias son las que tienen apariencia de causales, y no lo son, pues se han de verificar precisamente, v. gr. *Mando á Pedro mil reales, ó le instituyo por mi heredero, si se muriere*, no señalando hasta qué tiempo, ó *si mañana naciere el sol.* En este caso vale el legado, ó institucion, y puede pedirse aquel, ó la herencia luego que muera el Testador, porque es preciso que Pedro se muera, y el que el sol nazca (2).

209 Y las tácitas son las que se entienden puestas por derecho, aunque no se pongan, v. gr. un padre tiene dos hijos legítimos, y los instituye por sus herederos, mandando que el que sobreviva herede al que primero fallezca; en cuyo caso si el que muere antes, dexa hijo ó descendientes, le heredarán, y no el hermano, pues se entiende que la voluntad del padre fue que heredasen los hijos de su hijo, y que si el hermano de éste llegaba á heredar, fuese en el caso de que el muerto no dexase sucesion; y así aunque el Testamento no contenga expresamente esta condicion, debe cumplirse, porque se entiende tácitamente puesta. Pero si con ella establece á dos estraños por herederos, no heredarán los hijos del muerto, sino los del otro instituido, á quiénes se acrecerá la herencia (3), á menos que lo mande expresamente.

(1) Ley 21. tit. 9. P. 6. (2) Ley 8. tit. 4. P. 6. (3) Ley 10. tit. 4. P. 6.

210 Algunas veces suelen los Testadores poner en sus testamentos muchas condiciones juntas, y otras veces apartadas: *Juntas*, v. gr. *Mando á Pedro tal alhaja, ó le instituyo por mi heredero, si hiciere tal cosa, diere tanto á pobres, y fuere en romería á tal parte.* En este caso para que pueda percibir la herencia, ó legado, es preciso que todas se cumplan. *Apartadas*, v. gr. *Mando á Pedro tales tierras, si diere tanto á pobres, ó fuere á tal romería.* En este caso basta que cumpla qualquiera de ellas para poder percibir el legado, porque están puestas con modo disyuntivo: y las otras con el copulativo (1).

211 Otras veces ponen una condicion que comprende á muchas personas, v. gr. *Establezco por mis herederos á Pedro, Diego y Juan mis siervos, si fueren míos al tiempo de mi muerte.* En este caso, aunque al tiempo de la muerte del Testador no sean todos sus esclavos, llevará la herencia ó legado el que lo sea (2). Y otros ponen condiciones á uno ó mas, y á los restantes no, v. gr. *Instituyo por mis herederos á Pedro y Juan, pero á Pedro con la precisa condicion de que haga tal cosa, y no de otra suerte.* En este caso Juan percibirá inmediatamente su parte de herencia, por haber sido instituido pura ó simplemente; y Pedro no la llevará hasta que cumpla lo que el Testador le ordenó, á menos que su cumplimiento no dependa de culpa suya, pues basta que practique las diligencias correspondientes para conseguirlo (3).

212 Por regla general se previene al Escribano para su instruccion, que los legatarios y herederos estraños para que puedan llevar la herencia ó legado, deben cumplir todas las condiciones posibles y honestas que el Testador les imponga, ó practicar las diligencias concernientes á su consecucion; y de lo contrario nada llevarán, á menos que habiendo hecho de su parte lo que puedan, se frustre por algun acaecimiento, que entonces no por eso dexarán de percibirla. Siendo prohibitivas, v. gr. *Mando á Pedro mil reales, si no hiciere tal cosa, si lo que se prohíbe, puede cumplirse, y no es contra derecho, naturaleza, buenas costumbres, obras pias, ú*

(1) Ley 13. tit. 4. P. 6. (2) Dicha ley 13. (3) Leyes 12. y 14. tit. 4. P. 6.

honestidad del legatario ó heredero, debe hacerla; y en este caso para la percepción del legado ha de dar caucion, y si no quiere darla, no se le debe entregar, ni tampoco la herencia (1).

213 Tambien se le previene que si el Testador hace algun legado ó institucion contra derecho, ó de tal modo, ó cosa que no debe, aunque mande que se cumpla, y que de lo contrario no perciba el heredero ó legatario la herencia ó legado, no valdrá, ni se cumplirá, y no por eso dexará de tener efecto la institucion ó manda. Lo mismo procederá, si manda hacer de su cuerpo, ó de sus huesos, ó en su sepultura alguna cosa que sea contra ley ó costumbre de su tierra, ó contra su fama, ú honor de sus parientes, pues no debe ser obedecido tal precepto, sino antes bien tenerse por no escrito, ni puesto en el testamento (2). El que quisiere mayor instruccion, vea los titulos 4. y 9. de la Part. 6. á Antonio Gom. lib. 1. Var. cap. 12. y especialmente desde el núm. 57. hasta el fin, y á su adicionador Ayllon.

214 El Testador puede revocar siempre que quiera, todas ó parte de las mandas que ha hecho; y aunque no las revoque expresamente, se entienden revocadas quando cancela, ó manda á otro que cancele la escritura en que las hizo; pero no si éste lo hace sin su orden (3); ó si despues da las cosas legadas á otro; mas no si las vende ó empeña: y asi en este caso llevará el legatario su estimacion, á menos que el heredero pruebe que la voluntad del Testador fué revocar las mandas (4). Tambien se entienden revocadas quando despues de hechas se pierden las cosas, en cuyo caso tampoco está obligado el heredero á entregárselas, ni su valor, excepto que haya tenido culpa en su pérdida (5). Lo propio milita si lega lana, madera, ó cosa semejante, y despues hace de la lana paño, y de la madera casa ó nave (6), porque muda su forma, y dexa de ser la cosa legada.

215 Aunque el testamento se rompa por pertericion ó desheredamiento, valen las mandas y libertades de esclavos

(1) Leyes 7. y 14. tit. 4. y 22. tit. 9. P. 6. (2) Leyes 32. tit. 9. P. 6. y Nemo potest 55. ff. de Leg. 1. (3) Ley 39. tit. 9. P. 6. (4) Leyes 17. y 40. tit. 9. P. 6. (5) Ley 41. tit. 9. P. 6. (6) Ley 42. tit. 9. P. 6.

que contenga (1). Lo mismo procede quando el heredero no quiere aceptar la herencia, ó por qualquiera causa no entrar en ella; pero debe constar de la solemnidad prescripta por derecho (2). Se previene que las Religiones de la Santísima Trinidad y Merced no pueden llevar mandas inciertas, ni quintos de los que mueren *ab intestato* (3). En quanto á si el testamento solemne será ó no ejecutivo por la deuda, legado ó fideicomiso, y qué cosas son necesarias para que lo sea, véase lo que explicaré en el cap. 2. lib. 3. de mi segunda parte.

§. XIII.

De la quarta Falcidia.

216 Una ley de las doce tablas permitia á los Testadores que distribuyesen sus bienes en legados: y acontecia que muchas veces nada les quedaba á los herederos, por cuya causa no querian aceptar las herencias. Con este motivo se promulgó la ley *Furia*, que prohibió dexar á cada legatario mas que mil auros; y despues la ley *Voconia*, que tambien prohibió dexar á otro mas que al heredero. Pero como ninguna de estas leyes fuese bastante para obligar á los herederos á admitir las herencias, se estableció la ley *Falcidia*, llamada así de Cayo Falcidio, Tribuno del pueblo Romano, que la propuso, por la qual se ordenó que estando tan gravada la herencia con legados, que nada quedase al heredero que percibir, ó le quedase menos que la quarta parte de ella, pudiese sacar y retener para sí esta quarta parte de cada legado ó fideicomiso (4). Pero aunque la ley Falcidia y el Senado consulto Trebeliano tienen tal relacion y semejanza entre sí, que muchas veces se entiende uno por otro (5); se diferencian no obstante, en que la Falcidia solo tiene lugar respecto de los legados y fideicomisos singulares ó particulares; pero el Senado consulto se extiende á toda ó parte de la

(1) Ley 7. tit. 8. P. 6. (2) Ley 1. tit. 18. lib. 10. N. R. 1. tit. 4. lib. 5. Recop. (3) Ley 3. tit. 20. lib. 10. N. R. (4) Instit. de lege Falcidia, el tit. Cod. ad leg. Falcidiam, cap. Quædam 6. distinct. 2. Ferr. Biblioth. verb. Falcid. n. 1. al 3. (5) Bart in leg. 3. ff. ad legem Falcid.

honestidad del legatario ó heredero, debe hacerla; y en este caso para la percepción del legado ha de dar caucion, y si no quiere darla, no se le debe entregar, ni tampoco la herencia (1).

213 Tambien se le previene que si el Testador hace algun legado ó institucion contra derecho, ó de tal modo, ó cosa que no debe, aunque mande que se cumpla, y que de lo contrario no perciba el heredero ó legatario la herencia ó legado, no valdrá, ni se cumplirá, y no por eso dexará de tener efecto la institucion ó manda. Lo mismo procederá, si manda hacer de su cuerpo, ó de sus huesos, ó en su sepultura alguna cosa que sea contra ley ó costumbre de su tierra, ó contra su fama, ú honor de sus parientes, pues no debe ser obedecido tal precepto, sino antes bien tenerse por no escrito, ni puesto en el testamento (2). El que quisiere mayor instruccion, vea los titulos 4. y 9. de la Part. 6. á Antonio Gom. lib. 1. Var. cap. 12. y especialmente desde el núm. 57. hasta el fin, y á su adicionador Ayllon.

214 El Testador puede revocar siempre que quiera, todas ó parte de las mandas que ha hecho; y aunque no las revoque expresamente, se entienden revocadas quando cancela, ó manda á otro que cancele la escritura en que las hizo; pero no si éste lo hace sin su orden (3); ó si despues da las cosas legadas á otro; mas no si las vende ó empeña: y así en este caso llevará el legatario su estimacion, á menos que el heredero pruebe que la voluntad del Testador fué revocar las mandas (4). Tambien se entienden revocadas quando despues de hechas se pierden las cosas, en cuyo caso tampoco está obligado el heredero á entregárselas, ni su valor, excepto que haya tenido culpa en su pérdida (5). Lo propio milita si lega lana, madera, ó cosa semejante, y despues hace de la lana paño, y de la madera casa ó nave (6), porque muda su forma, y dexa de ser la cosa legada.

215 Aunque el testamento se rompa por pertericion ó desheredamiento, valen las mandas y libertades de esclavos

(1) Leyes 7. y 14. tit. 4. y 22. tit. 9. P. 6. (2) Leyes 32. tit. 9. P. 6. y Nemo potest 55. ff. de Leg. 1. (3) Ley 39. tit. 9. P. 6. (4) Leyes 17. y 40. tit. 9. P. 6. (5) Ley 41. tit. 9. P. 6. (6) Ley 42. tit. 9. P. 6.

que contenga (1). Lo mismo procede quando el heredero no quiere aceptar la herencia, ó por qualquiera causa no entrar en ella; pero debe constar de la solemnidad prescripta por derecho (2). Se previene que las Religiones de la Santísima Trinidad y Merced no pueden llevar mandas inciertas, ni quintos de los que mueren *ab intestato* (3). En quanto á si el testamento solemne será ó no ejecutivo por la deuda, legado ó fideicomiso, y qué cosas son necesarias para que lo sea, véase lo que explicaré en el cap. 2. lib. 3. de mi segunda parte.

§. XIII.

De la quarta Falcidia.

216 Una ley de las doce tablas permitia á los Testadores que distribuyesen sus bienes en legados: y acontecia que muchas veces nada les quedaba á los herederos, por cuya causa no querian aceptar las herencias. Con este motivo se promulgó la ley *Furia*, que prohibió dexar á cada legatario mas que mil auros; y despues la ley *Voconia*, que tambien prohibió dexar á otro mas que al heredero. Pero como ninguna de estas leyes fuese bastante para obligar á los herederos á admitir las herencias, se estableció la ley *Falcidia*, llamada así de Cayo Falcidio, Tribuno del pueblo Romano, que la propuso, por la qual se ordenó que estando tan gravada la herencia con legados, que nada quedase al heredero que percibir, ó le quedase menos que la quarta parte de ella, pudiese sacar y retener para sí esta quarta parte de cada legado ó fideicomiso (4). Pero aunque la ley Falcidia y el Senado consulto Trebeliano tienen tal relacion y semejanza entre sí, que muchas veces se entiende uno por otro (5); se diferencian no obstante, en que la Falcidia solo tiene lugar respecto de los legados y fideicomisos singulares ó particulares; pero el Senado consulto se extiende á toda ó parte de la

(1) Ley 7. tit. 8. P. 6. (2) Ley 1. tit. 18. lib. 10. N. R. 1. tit. 4. lib. 5. Recop. (3) Ley 3. tit. 20. lib. 10. N. R. (4) Instit. de lege Falcidia, el tit. Cod. ad leg. Falcidiam, cap. Quaedam 6. distinct. 2. Ferr. Biblioth. verb. Falcid. n. 1. al 3. (5) Bart in leg. 3. ff. ad legem Falcid.

herencia, y no á cosa determinada de ella (1). Tambien se diferencian en que en la Falcidia no se imputa lo que se recibe por otro derecho que por el hereditario; pero en la Trebellianica sí (2). Presupuesto lo referido, para que el Escribano sepa cómo, y de qué cosas se debe, ó no deducir, digo que si el Testador instituye heredero extraño, y dexa tantas donaciones ó mandas, que nada le queda que heredar, ó le queda menos de lo que por derecho le toca, puede sacar, y retener para sí el heredero la quarta parte de la herencia, que dicha ley *Falcidia* le concede; de suerte que de cada manda ha de sacar la quarta, la qual le compete por solo haber sido nombrado heredero, y puesto su nombre en el testamento (3); pero para deducirla, ha de considerar el valor de bienes del Testador al tiempo de su muerte, porque el aumento, ó deterioro que después haya, es de su cuenta, y no de los legatarios (4). Mas si el Testador tiene herederos forzosos, no hay quarta, porque estos deben llevar su legítima íntegra sin condicion, ni gravamen (5), y solo tendrán lugar los legados en el tercio, ó quinto, segun las relaciones del Testador con sus herederos.

217 La deducion de la quarta Falcidia, que hoy se usa poco en estos Reynos de Castilla por el modo con que se estienden las cláusulas de herederos, debe hacerse en esta forma: primero se ha de separar todo lo que el Testador esté debiendo, aunque sea al mismo heredero, á menos que lo prohiba expresamente, que en tal caso no se separará el débito de éste: después las expensas funerales ocasionadas con motivo de su muerte; y luego el dinero que destine para comprar siervos que mande manumitir; bien entendido, que si lega alguna cantidad á persona determinada para que dé libertad al suyo, puede el heredero sacar de ella la quarta parte; pero si manda que el dinero se entregue á alguno pa-

(1) Leyes 1. y 8. tit. 11. Partid. 6. Spino in specul. Testament. glos. 27. n. 9. Jason in rubr. ff. ad Trebellian. & ibi Accurs. Mol. de Primog. lib. 1. cap. 17. n. 1. Ferrar. ibi. n. 33. (2) Ley In quartam, ff. ad Leg. Falcid. & ibi Rip. n. 3. 6. 24. y 86. (3) Ley 1. tit. 11. P. 6.

(4) Leyes 1. y 3. tit. 11. P. 6. Gom. lib. 1. Variar. cap. 12. n. 26.

(5) Eeyes 17. tit. 1. y 4. tit. 11. P. 6. Auth. Novissima, Cod. de Inofficios. testam.

ra que compre los de otro, y se consume todo en su compra, no debe sacarla de él, mas del sobrante puede hacerlo (1).

218 No puede deducirse segun nuestro derecho, de los legados hechos á Iglesias, Hospitales, ú otro lugar religioso, ó á pobres, ó para redimir cautivos, ó para otra obra pía: ni de lo que lega á alguno el Testador que es soldado, ó Caballero, y está en campaña, aunque nada le quede que heredar; pero no estando en campaña, no goza de este privilegio (2): ni de lo que entrega por mandato del Testador al que tiene prohibicion legal de ser heredero, bien que no está obligado á cumplir su precepto (3); ni de lo que dexa vinculado: ni de la dote que el marido lega á otro para que la entregue y restituya á su muger; ni de lo que mandase á alguna muger de lo suyo por razon de dote: ni si cancela maliciosamente el testamento, ó las mandas, para que no valgan, ó si hurta alguna cosa de las legadas, ó maliciosamente la niega, diciendo que es suya y no del Testador: ni tampoco quando éste le prohíbe expresamente su detraccion, pues no basta la prohibicion tácita (4). Mas si no se la prohíbe expresamente, y la institucion se ordena segun se estila, en estos términos: *T despues de cumplido, y pagado todo lo contenido en este testamento, en el remanente de mis bienes muebles, raices, derechos y acciones nombro por mi heredero á Pedro, &c.* no podrá deducirla, antes bien debe contentarse con lo que quede, segun el sentir de muchos AA.; pero en mi concepto podrá executar lo no constando claramente ser aquella la voluntad del Testador: lo primero, porque la ley se la concede por solo haber sido nombrado, y no debe ser de peor condicion que los legatarios, sino de mejor: lo segundo, porque dicha cláusula se estiende así por estilo, y no por precepto de los Testadores: y lo tercero, porque en el hecho mismo de no haber usado el Testador de la facultad que la ley le concede para prohibir al heredero el sacarla, es visto habérsela concedido para ello. Sin embargo para evitar las dudas que pueden ocurrir, ordenará el Escribano la institucion de herederos extraños en la forma siguiente: *®*

(1) Ley 2. tit. 11. P. 6. (2) Ley 4. tit. 11. P. 6. (3) Ley 5. tit. 11. P. 6. (4) Ley 6. tit. 11. P. 6. y en ella Greg. Lop. Molin. de Hisp. primog. lib. 1. cap. 17. n. 12. y sig.

Nombro por heredero de mis bienes muebles, raíces, derechos y acciones que se hallen al tiempo de mi muerte, á Pedro, &c. sin el adictamento de la cláusula anterior, y así no se fomentarán pleitos sobre si se ha de sacar, ó no la quarta Falcidia. Véase Greg. Lop. en la ley 6. tit. 11. Part. 6. glos. 3. per tot.

219 De todo lo demas puede el heredero sacar la quarta, si la cosa legada tiene comoda division, y si no, se ha de apreciar, y de su importe hacer la deducccion; pero aunque quiera tomar la parte que en una alhaja le corresponde, de la legada á otro, no debe hacerlo sin su permiso, porque la deducccion de la quarta ha de ser respectivamente de cada legado (1). Asimismo si paga por entero algunas mandas, creyendo que en la hacienda restante le queda lo suficiente para sacarla, debe satisfacer en la propia forma las demas, á menos que despues de haber empezado á pagarlas, aparezca alguna deuda grande, de que hasta entonces no habia tenido noticia: que en este caso puede retenerla de las que no esten entregadas. (2).

220 Para la deducccion de la quarta Falcidia debe el heredero hacer previamente en el término legal inventario formal de todos los bienes del Testador. Si no lo hace, no podrá deducirla (3), y ademas estará obligado á pagar enteramente las mandas y deudas que dexó (4): si lo hace, y satisface aquellas antes que estas, deben los acreedores reconvenir primero á los legatarios, y por lo que falte, al heredero (5) (a).

(1) Ley 2. tit. 11. P. 6. (2) Ley 6. tit. 11. P. 6. Olea, de Ces. jur. tit. 4. quæst. 5. (3) Ley 7. tit. 11. P. 6. (4) Ley 10. tit. 6. P. 6. (5) Ley 7. tit. 6. P. 6. Greg. Lop. en ella, verb. Quarta parte, glos. 10. y 11.

(a) El autor del Febrero Reformado ha omitido del todo el §. de la quarta falcidia, pareciéndole que es una cosa impertinente. Sin embargo hemos creído necesario insertarlo, aunque con algunas ligeras correcciones, porque como es una de las materias de que han tratado nuestras leyes de Partida, no debía pasarse en silencio, y mas estando descargado de las cuestiones metafísicas que han promovido varios AA. Fuera de esto puede llegar un caso en que se grave de tal modo la herencia con legados, que nada ó muy poco le quede al heredero, y entonces le será conveniente usar del derecho que tiene para deducir la quarta, derecho solemnemente establecido en nuestra legislacion, y que no está derogado. Es verdad que tiene muy poco lugar por el modo con que hoy se extienden las instituciones de herederos, pero puede tener alguno, y esto basta para no omitirlo.

§. XIV.

De la revocacion del testamento.

221 El testamento se puede revocar ó desatar. Se revoca, quando el Testador manda en otro testamento perfecto posterior que no valga el precedente; y se desata por varias causas, á saber, quando el Testador pierde el estado que gozaba en la sociedad, ó sufre alguna mudanza ó alteracion en él; quando no instituye heredero, quando le nace algun hijo despues que lo hizo, ó despues que muere, y por otras que se refieren en las leyes 18. 19. 20. 21. y 22. tit. 1. Partid. 6. La mudanza de estado que en latin se llama *capitis diminutio*, antiguamente era de tres maneras: *maxima*, *media* y *minima*. *Maxima*, quando alguno se vendia voluntariamente por precio, ó era condenado por delito atroz á ser siervo de pena: ó el siervo que por haber sido ingrato á su Señor, aunque estuviese manumitido, lo volvía á su poder, y todos perdian la ciudad, la libertad y la familia: *media*, quando era desterrado para siempre á alguna Isla, se le privaba del agua y del fuego, y perdía la ciudad y la familia: y *minima* quando se dexaba prohijar, y caía por tanto en poder del que lo prohijava, ó su padre lo emancipaba, pues por la emancipacion salía de su poder, y mudaba el estado que antes tenia (1).

222 Pero procediendo á tratar de la revocacion, que es la materia de este párrafo, digo que así como no hay cosa mas natural que disolverse una cosa del modo que se liga (2), tampoco puede ninguno hacer su testamento con tanta solidez y firmeza, que no tenga arbitrio y facultad de revocarlo por otro hasta su muerte, aunque prometa y se obligue á no hacerlo; y la razon es, porque no puede imponerse él mismo una ley, de la qual no le sea lícito apartarse; siendo como es su voluntad mudable hasta la muerte (3). Por lo mismo debe

(1) §§. 1. 2. y 3. Instit. de Capitis dimint. y ley 18. tit. 1. P. 6. Ferrar. Biblioth. verb. Testam. art. 5. n. 34. al 37. (2) Ley 35. ff. de Regul. jur. (3) Leyes 25. tit. 1. P. 6. Quod si 4. y Transactio 6. ff. de Adimend. legat. y Si quis 22. ff. de Legat. 3. Gutier. de Juram. Confirmat. part. 2. cap. 1. Gom. en la ley 3. de Toro, n. 89. y sig. Ferrar. Biblioth. verb. Tes-

Nombro por heredero de mis bienes muebles, raíces, derechos y acciones que se hallen al tiempo de mi muerte, á Pedro, &c. sin el adictamento de la cláusula anterior, y así no se fomentarán pleitos sobre si se ha de sacar, ó no la quarta Falcidia. Véase Greg. Lop. en la ley 6. tit. 11. Part. 6. glos. 3. per tot.

219 De todo lo demas puede el heredero sacar la quarta, si la cosa legada tiene comoda division, y si no, se ha de apreciar, y de su importe hacer la deducccion; pero aunque quiera tomar la parte que en una alhaja le corresponde, de la legada á otro, no debe hacerlo sin su permiso, porque la deducccion de la quarta ha de ser respectivamente de cada legado (1). Asimismo si paga por entero algunas mandas, creyendo que en la hacienda restante le queda lo suficiente para sacarla, debe satisfacer en la propia forma las demas, á menos que despues de haber empezado á pagarlas, aparezca alguna deuda grande, de que hasta entonces no habia tenido noticia: que en este caso puede retenerla de las que no esten entregadas. (2).

220 Para la deducccion de la quarta Falcidia debe el heredero hacer previamente en el término legal inventario formal de todos los bienes del Testador. Si no lo hace, no podrá deducirla (3), y ademas estará obligado á pagar enteramente las mandas y deudas que dexó (4): si lo hace, y satisface aquellas antes que estas, deben los acreedores reconvenir primero á los legatarios, y por lo que falte, al heredero (5) (a).

(1) Ley 2. tit. 11. P. 6. (2) Ley 6. tit. 11. P. 6. Olea, de Ces. jur. tit. 4. quæst. 5. (3) Ley 7. tit. 11. P. 6. (4) Ley 10. tit. 6. P. 6. (5) Ley 7. tit. 6. P. 6. Greg. Lop. en ella, verb. Quarta parte, glos. 10. y 11.

(a) El autor del Febrero Reformado ha omitido del todo el §. de la quarta falcidia, pareciéndole que es una cosa impertinente. Sin embargo hemos creído necesario insertarlo, aunque con algunas ligeras correcciones, porque como es una de las materias de que han tratado nuestras leyes de Partida, no debía pasarse en silencio, y mas estando descargado de las cuestiones metafísicas que han promovido varios AA. Fuera de esto puede llegar un caso en que se grave de tal modo la herencia con legados, que nada ó muy poco le quede al heredero, y entonces le será conveniente usar del derecho que tiene para deducir la quarta, derecho solemnemente establecido en nuestra legislacion, y que no está derogado. Es verdad que tiene muy poco lugar por el modo con que hoy se extienden las instituciones de herederos, pero puede tener alguno, y esto basta para no omitirlo.

§. XIV.

De la revocacion del testamento.

221 El testamento se puede revocar ó desatar. Se revoca, quando el Testador manda en otro testamento perfecto posterior que no valga el precedente; y se desata por varias causas, á saber, quando el Testador pierde el estado que gozaba en la sociedad, ó sufre alguna mudanza ó alteracion en él; quando no instituye heredero, quando le nace algun hijo despues que lo hizo, ó despues que muere, y por otras que se refieren en las leyes 18. 19. 20. 21. y 22. tit. 1. Partid. 6. La mudanza de estado que en latin se llama *capitis diminutio*, antiguamente era de tres maneras: *maxima*, *media* y *minima*. *Maxima*, quando alguno se vendia voluntariamente por precio, ó era condenado por delito atroz á ser siervo de pena: ó el siervo que por haber sido ingrato á su Señor, aunque estuviese manumitido, lo volvía á su poder, y todos perdian la ciudad, la libertad y la familia: *media*, quando era desterrado para siempre á alguna Isla, se le privaba del agua y del fuego, y perdía la ciudad y la familia: y *minima* quando se dexaba prohijar, y caía por tanto en poder del que lo prohijava, ó su padre lo emancipaba, pues por la emancipacion salía de su poder, y mudaba el estado que antes tenia (1).

222 Pero procediendo á tratar de la revocacion, que es la materia de este párrafo, digo que así como no hay cosa mas natural que disolverse una cosa del modo que se liga (2), tampoco puede ninguno hacer su testamento con tanta solidez y firmeza, que no tenga arbitrio y facultad de revocarlo por otro hasta su muerte, aunque prometa y se obligue á no hacerlo; y la razon es, porque no puede imponerse él mismo una ley, de la qual no le sea lícito apartarse; siendo como es su voluntad mudable hasta la muerte (3). Por lo mismo debe

(1) §§. 1. 2. y 3. Instit. de Capitis dimint. y ley 18. tit. 1. P. 6. Ferrar. Biblioth. verb. Testam. art. 5. n. 34. al 37. (2) Ley 35. ff. de Regul. jur. (3) Leyes 25. tit. 1. P. 6. Quod si 4. y Transactio 6. ff. de Adimend. legat. y Si quis 22. ff. de Legat. 3. Gutier. de Juram. Confirmat. part. 2. cap. 1. Gom. en la ley 3. de Toro, n. 89. y sig. Ferrar. Biblioth. verb. Tes-

cumplirse la última siendo arreglada, pues dos testamentos no pueden subsistir; porque el segundo perfecto revoca el primero (1); lo que no sucede con los codicilos, como explicaré quando trate de ellos. Esto se entiende, no solo quando una persona testa por sí sola, sino quando testan dos de conformidad, v. gr. marido y muger, pues el que sobrevive puede revocar su testamento, como si hubiera testado solo (2). Pero una vez hecho con todas las circunstancias y solemnidades prevenidas por las leyes, no se invalida ni se entiende revocado, aunque haya transcurrido mucho tiempo desde su otorgamiento. Instituyéndose marido y muger en el testamento que otorgan de conformidad por usufructuarios, y á otro por heredero de ambos; si muere antes el marido, y luego revoca la muger su testamento nombrando otro heredero de sus bienes, estará este obligado como tal á restituir el usufructo percibido por la muger de los del marido, al heredero instituido por ambos.

223. Pero aunque el testamento posterior otorgado con la solemnidad prescrita por derecho revoque el primero, será éste firme en dos casos. El uno, si creyendo el Testador haberse muerto el heredero instituido en aquel, nombra á otro en el segundo, expresando la causa de la nueva institucion, pues verificándose que el primero vive, será suya la herencia; bien que las mandas y demas cosas que ambos contengan, valdrán en todo lo que haya lugar (3).

224. El segundo caso es, quando el Testador otorga su testamento con cláusulas derogatorias generales, ó particulares, y en el que hace despues, no se mencionan. Las generales son, v. gr. ésta: *Quiero que este testamento sea válido, y no otro que antes tenga hecho; ni el que haga despues de él, pues los revoco y anulo todos enteramente, excepto el presente.* Las particulares son, v. gr. *Quiero que este testamento, y no otro que antes ó despues haya otorgado, sea válido, excepto que el posterior á este contenga á la letra tales palabras,* (las qua-

tam. art. 5. Murill. dicho lib. 3. tit. 26. n. 250. al fin.

(1) §. Posteriore, Institut. Quibus modis Testamenta infirmant. (2) Suar. in leg. Quoniam in Prioribus, limit. 5. ad leg. Fori. Alociat. in leg. Licet, Cod. de Pact. Burg. de Paz, Consil. 2. Ferrar. ibi n. 8. y sig. (3) Ley 21. tit. 1. P. 6.

les deben individualizarse) *pues si las contuviere, ha de ser subsistente el último, y no éste, ni los precedentes.* Con esta prevencion será ineficaz el último, si carece de las palabras, á menos que en él instituya herederos legítimos, y en el primero un extraño, como se prueba de la ley 22. tit. 1. Partid. 6. que en su segunda parte dice: *La otra es, quando el Testador dice así: este mio testamento que ahora fago, quiero que vala para siempre, é non quiero que vala otro testamento, que fuese fallado que oviese fecho ante de éste, nin despues. Cá si acaeciese que éste á tal mudase su voluntad, é ficiese otro testamento, non quebrantaria por ende el otro, que oviese ante fecho.*

225. Pero como estas disposiciones se presumen cautelosas, y de ellas resultan infaustas conseqüencias, se duda si la revocacion regular del último testamento es suficiente para anular los precedentes, que contengan cláusulas derogatorias, porque muchas personas por miedo, reverencia, y eficaz persuasion y sugestion hacen testamento con ellas, instituyendo por sus herederos á los que no quieren que lo sean. Y para que no haya necesidad de especificar las palabras del primer testamento, á fin de que quede revocado, evitar toda duda, y que el Testador pueda testar libremente, y esplayar su voluntad á su satisfaccion, se ordenará la revocacion en estos términos: *T por el presente revoco, y anulo todos los testamentos y demás disposiciones testamentarias, que antes de ahora haya otorgado por escrito, de palabra, ó en otra forma, para que ninguna valga, aunque haya sido formalizada con solemne juramento de no ser revocada, y contenga los mayores vínculos, firmezas, penas, palabras, oraciones, cláusulas derogatorias por derecho permitidas, y qualesquier pretextos y fundamentos para derogar ésta, (de todo lo qual por no acordarme, ni de su solemnidad y particularidades no hago específica mencion, pero lo doy aquí por inserto, como si literalmente lo fuera), ni haga fe judicial ni extrajudicialmente, excepto este testamento, que por ser ordenado con pleno uso de mi libre alvedrio, y no los demás, como lo juro en solemne forma legal, quiero y mando que se estime y tenga por tal, y por mi última deliberada voluntad en la via y forma que para su mayor estabilidad y validacion mejor lugar haya en derecho. En cuyo testimonio así lo otorgo ante el*

tra él cometieron, pues si fuere de los expresados en el párrafo VII., y se probare, perderán la herencia. Asimismo no puede hacer substitucion mandando que si el heredero nombrado en el testamento muere antes de entrar en la herencia, le suceda en ella el que instituya en el codicilo, porque esto es hacer segunda institucion, lo qual le está prohibido (1); mas no obstante, se le permite nombrar indirectamente heredero universal, que es por fideicomiso, rogando ó mandando al instituido en el testamento que entregue la herencia al que establece en el codicilo: bien que aun quando no se lo mande, ni ruegue, tiene obligacion de entregarsela, quedándose con la quarta Trebelianica si es extraño, y siendo forzoso, con su legitima, y dándole aquello de que el Testador puede disponer, que es del tercio, ó quinto, segun sea (2), pues la institucion directa hecha en el codicilo, ó en testamento imperfecto con la cláusula codicilar, se convierte en fideicomisaria (3). Pero se previene que aunque nombre directamente heredero en el codicilo, no incurrirá en pena el Escribano por autorizarlo, porque ninguna ley se la impone, ni se lo prohíbe. Igualmente puede declarar, y especificar en el codicilo el nombre del que quiere sea su heredero, y señalar en él al nombrado en el testamento la parte y porcion de herencia que ha de percibir, y en qué bienes, si en éste expresó que lo declararia, y se la designaria en aquel, y no de otra suerte, en cuyo caso llevará lo que le designe, y no mas: si nada le señala, heredará todos sus bienes; pero si los herederos instituidos en el testamento son dos, ó mas, partirán igualmente la herencia (4). Lo propio milita en memoria testamentaria citada en el §. II. de los herederos, porque en ella no se altera la substancia de la institucion, solamente se trata del señalamiento de la quota y de la calidad de bienes, lo qual es muy distinto, y no está prohibido. Tambien puede nombrar en el codicilo tutor á sus hijos; pero deberá despues

(1) Leyes 103. tit. 18. P. 3. 7. y 8. tit. 3. y 2. tit. 12. P. 6. y Hereditatem 2. y Si idem Cod. de Codicil. y §. fin. Institut. eod. tit. (2) Leyes 7. y 8. tit. 3. y 2. tit. 12. P. 6. Parlad. different. 14. n. 10. y 11. (3) Ayllon, ad Gom. lib. 1. Var. cap. 4. no 8. vers. Quod directa: y otros que cita (4) Ley 9. tit. 3. P. 6.

confirmarlo el Juez para que pueda usar de la tutela (1), lo que no es preciso siendo nombrado en testamento.

229 Ninguno puede hacer dos testamentos de modo que ambos valgan, porque por el segundo perfecto se revoca el primero (2), como dexo sentado; pero si dos codicilos; ó todos los que quiera, sin que el segundo se revoque por el primero, sino en lo que sean contrarios: ó que la revocacion sea expresa en el todo (3) (a). La razon de disparidad consiste en que en los codicilos se legan, ó dexan solamente cosas singulares, por lo que pueden legarse unas en uno, y otras en otro, y subsistir todas sin repugnancia, ni contrariedad; pero en los testamentos se dexa necesariamente la herencia, que es sucesion en todo el derecho del Testador difunto (4), y por eso se rompe el testamento primero por el segundo, á

(1) Ley Testamento 3. & ibi. Bald. ff. de Testamentar. tutel. Parlad. differ. 14. n. 14. (2) §. Posteriore 2. Institut. Quibus mod. testamenta infirmant. (3) §. Codicillos autem 3. de Codicil. Institut. leyes Cum proponatis 3. Cod. de Codicil. y Divi. §. 1. ff. de Jure Codicil.

(a) Un codicilo posterior no anula otro codicilo que se hizo antes, como no se revoque expresamente l. 3. tit. 12. p. 6. ó en lo que sean contrarios. Lo mismo debe decirse de un testamento en que no hubiese institucion de heredero, el qual no revocará ni el codicilo que se hizo antes, ni otro testamento anterior, en que tampoco hubiese institucion de heredero, á menos que lo revoque expresamente ó en lo que sean contrarios. Un testamento en que no hay institucion de heredero; es un codicilo ó una última voluntad y no es otra cosa. No habiendo institucion de heredero, se entiende que el testador quiso morir intestado, y que gravó á sus parientes inmediatos con el pago de las mandas y el cumplimiento de las demas disposiciones. Pero un testamento propio y verdadero se anula por otro tal posterior, aunque no se haga mencion de él. El testamento posterior con institucion de heredero no anula el codicilo anterior como no le revoque expresamente. Esta es la gran question decidida por la constitucion de los Emperadores Severo y Antonino, pues el Jurisconsulto Papiniano juzgaba ser necesario para la subsistencia de este codicilo, que el testador manifestase en el testamento permanecer en la misma voluntad. No era de poco peso la razon en que se fundaba. Decia que en el codicilo anterior, como que el testador queria morir intestado, gravaba á sus parientes, que de derecho le habian de heredar con la paga ó cumplimiento de sus disposiciones, mas habiendo hecho despues testamento con institucion de heredero, no se debía entender que queria gravarle como á los parientes, quando su intencion era morir intestado. No habiendo en nuestras leyes una que decida esta question, habrá de debatirse forzosamente en juicio quando ocurra este caso.

(4) Ley Hereditas 62. ff. de Reg. jur.

causa de no poder subsistir ambos con la contrariedad de dexarla toda á cada uno, ni por consiguiente verificarse ser integramente heredero de ella. Sin embargo de que despues de hecho el codicilo nazca hijo, ó hija al Testador, no se romperá total, ni parcialmente por esta causa; pero el testamento sí por la preterición, ó supernascencia de alguno (1), excepto que la institucion se ordene en la forma prevenida en el §. VIII.

230 El codicilo puede ser abierto, ó cerrado, y en su otorgamiento se requiere la solemnidad, y calidad de testigos que en el del testamento nuncupativo, como lo dice la ley 2. tit. 18. lib. 10. N. R. ibi :: *T en los codicilos intervenga la misma solemnidad que en el testamento nuncupativo ó abierto, conforme á la dicha ley del Ordenamiento.* Se puede revocar el codicilo como el testamento, interviniendo en su revocacion la solemnidad que en su formacion, y lo propio milita en la donacion por causa de muerte, y en otras últimas voluntades (2). Pero se duda si esta legal disposicion debe entenderse solo para los codicilos abiertos, ó ampliarse á los cerrados, respecto no distinguir la ley, y tratar ésta de su solemnidad á continuacion de la que prefine para el testamento cerrado. Algunos dicen que bastan tres testigos vecinos, y el Escribano, y cinco si no son vecinos; y otros, que son precisos los cinco, y que firmen con éste como en el testamento escrito (3). Pero para quitar dudas, y escrúpulos, haga el Escribano que presencién el otorgamiento los cinco, pudiendo ser habidos, y de esta suerte no se podrá alegar nulidad por defecto de solemnidad, pues por las leyes de Partida (4) se requieren los mismos cinco, los cuales deben firmar con el Escribano encima del quaderno como en el testamento cerrado; y no pudiendo encontrarlos lo expresará en el otorgamiento, para que conste.

(1) Leyes 20. tit. 1. y fin. tit. 12. P. 6. (2) Ley Si quis 22. ff. de Leg. 3. Leyes Quod si 4. y Translatio 6. ff. de Adimend. legat. Ferrar. Biblioth. verb. Testament. art. 5. n. 38. al 40. (3) Mat. en la ley 2. tit. 4. lib. 3. R. glos. 9. n. 3. y sig. Gom. en la ley 3. de Toro, n. 76. versic. Quero tamen:: (4) Leyes 1. 2. y 3. tit. 12. P. 6.

§. XVI.

De la cláusula codicilar.

231 La cláusula *codicilar* es casi desconocida para muchos Escribanos; y otros la ponen solo por estilo, ignorando los efectos que produce. Diré lo muy necesario para instruccion de unos y otros, remitiéndome á los AA. que cito, que tratan de la materia con toda extension. Esta cláusula es de dos maneras: *expresa*, y *tácita*. La expresa se pone de esta suerte. *Si este testamento por falta de alguna solemnidad no pudiere valer como tal, valga como codicilo.* Y la *tácita* es aquella en que se dice: *si este testamento no vale como tal, valga del mejor modo que pueda valer, ó que por derecho haya lugar.* Se entiende puesta en tres casos aunque se omita: el primero, quando el testamento contiene la *tácita* referida (1). El segundo quando se liga con juramento, ya sea jurando el Testador *que quiere se observe todo quanto en él ordena, ó mandando á su heredero que jure cumplirlo, y pagarlo* (2). Y el tercero, quando testa entre hijos, y descendientes legítimos (3). Esta cláusula suple tambien muchos defectos en los testamentos, pues quando que por derecho sean nulos, valdrán si la contienen, en quanto codicilos (4); en los cuales conviene ponerla, y la *de que el testamento hecho antes, valga en todo lo que no fuere contrario á lo dispuesto en el codicilo.* De esta suerte serán firmes uno y otro en lo que no se opongan, como advierte *Parlad. different. 14. n. 15.* y lo practican los inteligentes.

232 Seis son los efectos de esta cláusula. El primero es, que si el testamento escrito carece de la solemnidad prescrita por nuestro derecho Real, y no de la de los codicilos, ni

(1) Ley Codicillis 88. §. Lucius Titius, ff. de Legat. 2. & ibi. D. D. (2) Ley Cum pater, §. Filius matrem, ff. Eod. tit. & ibi Bart. Bald. & D. D. (3) Glos. in leg. Cohæredi, §. Cum filia, ff. de Vulgar. & pupillari substit. Gom. en la ley 3. de Toro n. 62. y 74. Gom. Arias en ella n. 71. y 72. (4) Leyes Sæpissime 1. ff. de Jure codicilor. Ex ea scriptura 29. ff. Qui testam. facere pos. Si jure 11. Cod. de Testamentar. manumis. y fin. §. 1. Cod. de Codicil.

causa de no poder subsistir ambos con la contrariedad de dexarla toda á cada uno, ni por consiguiente verificarse ser integramente heredero de ella. Sin embargo de que despues de hecho el codicilo nazca hijo, ó hija al Testador, no se romperá total, ni parcialmente por esta causa; pero el testamento sí por la preterición, ó supernascencia de alguno (1), excepto que la institucion se ordene en la forma prevenida en el §. VIII.

230 El codicilo puede ser abierto, ó cerrado, y en su otorgamiento se requiere la solemnidad, y calidad de testigos que en el del testamento nuncupativo, como lo dice la ley 2. tit. 18. lib. 10. N. R. ibi :: *T en los codicilos intervenga la misma solemnidad que en el testamento nuncupativo ó abierto, conforme á la dicha ley del Ordenamiento.* Se puede revocar el codicilo como el testamento, interviniendo en su revocacion la solemnidad que en su formacion, y lo propio milita en la donacion por causa de muerte, y en otras últimas voluntades (2). Pero se duda si esta legal disposicion debe entenderse solo para los codicilos abiertos, ó ampliarse á los cerrados, respecto no distinguir la ley, y tratar ésta de su solemnidad á continuacion de la que prefine para el testamento cerrado. Algunos dicen que bastan tres testigos vecinos, y el Escribano, y cinco si no son vecinos; y otros, que son precisos los cinco, y que firmen con éste como en el testamento escrito (3). Pero para quitar dudas, y escrúpulos, haga el Escribano que presencién el otorgamiento los cinco, pudiendo ser habidos, y de esta suerte no se podrá alegar nulidad por defecto de solemnidad, pues por las leyes de Partida (4) se requieren los mismos cinco, los cuales deben firmar con el Escribano encima del quaderno como en el testamento cerrado; y no pudiendo encontrarlos lo expresará en el otorgamiento, para que conste.

(1) Leyes 20. tit. 1. y fin. tit. 12. P. 6. (2) Ley Si quis 22. ff. de Leg. 3. Leyes Quod si 4. y Translatio 6. ff. de Adimend. legat. Ferrar. Biblioth. verb. Testament. art. 5. n. 38. al 40. (3) Mat. en la ley 2. tit. 4. lib. 3. R. glos. 9. n. 3. y sig. Gom. en la ley 3. de Toro, n. 76. versic. Quero tamen:: (4) Leyes 1. 2. y 3. tit. 12. P. 6.

§. XVI.

De la cláusula codicilar.

231 La cláusula *codicilar* es casi desconocida para muchos Escribanos; y otros la ponen solo por estilo, ignorando los efectos que produce. Diré lo muy necesario para instruccion de unos y otros, remitiéndome á los AA. que cito, que tratan de la materia con toda extension. Esta cláusula es de dos maneras: *expresa*, y *tácita*. La expresa se pone de esta suerte. *Si este testamento por falta de alguna solemnidad no pudiere valer como tal, valga como codicilo.* Y la *tácita* es aquella en que se dice: *si este testamento no vale como tal, valga del mejor modo que pueda valer, ó que por derecho haya lugar.* Se entiende puesta en tres casos aunque se omita: el primero, quando el testamento contiene la *tácita* referida (1). El segundo quando se liga con juramento, ya sea jurando el Testador *que quiere se observe todo quanto en él ordena, ó mandando á su heredero que jure cumplirlo, y pagarlo* (2). Y el tercero, quando testa entre hijos, y descendientes legítimos (3). Esta cláusula suple tambien muchos defectos en los testamentos, pues quando que por derecho sean nulos, valdrán si la contienen, en quanto codicilos (4); en los cuales conviene ponerla, y la *de que el testamento hecho antes, valga en todo lo que no fuere contrario á lo dispuesto en el codicilo.* De esta suerte serán firmes uno y otro en lo que no se opongan, como advierte *Parlad. different. 14. n. 15.* y lo practican los inteligentes.

232 Seis son los efectos de esta cláusula. El primero es, que si el testamento escrito carece de la solemnidad prescrita por nuestro derecho Real, y no de la de los codicilos, ni

(1) Ley Codicillis 88. §. Lucius Titius, ff. de Legat. 2. & ibi. D. D. (2) Ley Cum pater, §. Filius matrem, ff. Eod. tit. & ibi Bart. Bald. & D. D. (3) Glos. in leg. Cohæredi, §. Cum filia, ff. de Vulgar & pupillari substit. Gom. en la ley 3. de Toro n. 62. y 74. Gom. Arias en ella n. 71. y 72. (4) Leyes Sæpissime 1. ff. de Jure codicilor. Ex ea scriptura 29. ff. Qui testam. facere pos. Si jure 11. Cod. de Testamentar. manumis. y fin. §. 1. Cod. de Codicil.

de la cláusula referida, valdrán todos los legados que contengan, y los herederos *ab intestato* estarán obligados á darlos á los respectivos legatarios, pero no si no la contiene.

233 El segundo es, que si el Testador por no tener herederos forzosos, instituye á un extraño en testamento cerrado, y éste no consta de la solemnidad de testigos que requiere, pero sí de la de los codicilos, y de la cláusula codicilar, se convertirá la institucion directa en fideicomiso universal, que quiere decir: que los sucesores *ab intestato* del Testador se apoderarán de la herencia, deberán restituirla al extraño instituido, como si á ello los hubiese gravado expresamente por fideicomiso, y retendrán para sí la quarta *Trebelianica*, porque mediante la cláusula codicilar es visto que el Testador grava tácitamente á sus herederos *ab intestato* á restituir por via de fideicomiso todo lo que dispuso por palabras directas en testamento menos solemne. Se previene que estos dos efectos solo pueden verificarse hoy en el testamento escrito, porque segun la ley 3. de Toro, el nuncupativo, y el codicilo requieren igual solemnidad de testigos.

234 El tercero es, que si el padre, ú otro ascendiente no instituyó con cierta ciencia, ó injustamente deshereda á algun descendiente legitimo, é instituye por heredero á un extraño, razon por la qual se irrita, y anula despues su testamento, se convierte la institucion del extraño en fideicomiso; de suerte que el descendiente no instituido ó sin causa legitima desheredado, está obligado á restituir al extraño el remanente del quinto, que es de lo que segun la ley 28. de Toro pudo su padre disponer, y no mas; y si el no instituido ó desheredado fué ascendiente, le restituirá el tercio que en virtud de la sexta de Toro tuvo facultad de dexarle.

235 El quarto es, que si el padre testa entre hijos, ú otros descendientes legitimos, y nombra á uno de ellos, ó á mas por sus universales herederos, no instituyendo ó injustamente desheredando á los restantes, ó instituyendo á todos por tales, pero dexando á algunos menor parte de herencia, que la que por su legitima debe tocarles; aquel hijo, ó hijos instituidos por universales herederos no solo percibirán su legitima, sino que se reputarán, y tendrán por mejorados en el tercio, y remanente del quinto, que es en

lo que la ley 18. de Toro permite á su ascendiente mejorarlos; y los preteridos ya sean los que viven entonces, ó los que viviendo su padre, nacen despues de la institucion, ó los injustamente desheredados, ó perjudicados en su legitima, solo percibirán ésta íntegra, porque su padre no tuvo potestad de desfalcársela, ni gravársela; pero si los preteridos nacen despues de la muerte del Testador, habrá sus dificultades en quanto á ser gravados en el tercio, porque si hubieran nacido antes, y vivieran, puede ser que no los dexase de instituir, ni los gravase, y para evitarlas, conviene ordenar la institucion en los términos que dexo dicho en el §. VIII.

236 El quinto es, que si consta que alguno quiso hacer codicilo, y le hizo efectivamente con la solemnidad competente, y con institucion directa de heredero, no dexará de ser válido, conteniendo la cláusula codicilar, y así los herederos *ab intestato* siendo descendientes, percibirán toda la herencia menos el quinto: si son ascendientes, las dos terceras partes de ella, y siendo parientes, la restituirán al nombrado en el codicilo, reteniendo la quarta *Trebelianica*, porque se reputa por fideicomiso; lo que no sucederá, si el codicilo carece de la citada cláusula, pues el heredero nombrado en él nada llevará.

237 Y el sexto efecto es en quanto á la substitucion pupilar, pues si el padre substituye pupilarmente á su hijo, ó hija en codicilo, mediante ser de solemnidad, y forma de esta substitucion que se haga en testamento, y no en codicilo, pasará la herencia del pupilo á los parientes que deben heredarle *ab intestato*; pero tendrán que restituirla al substituto reteniendo para sí la quarta *Trebelianica*, y entonces se tendrá el substituto por heredero fideicomisario del pupilo, y estimará como si hubiera sido instituido por éste, siendo adulto. Los referidos seis efectos se reducen á dos, el uno acerca de la solemnidad, y el otro acerca de la voluntad. El que quisiere mayor instruccion de esta cláusula, vea los AA. que cito (1), pues para la del Escribano me parece suficiente lo expuesto.

(1) Gom. en la ley 3. de Toro, n. 75. al 88. Ant. Thesaur. decis. Tomo I. X

§. XVII.

Del poder para testar.

238 El poder para testar es un acto y disposición, por el qual da comision el Testador á alguna persona para ordenar, y disponer su voluntad última, declararla, y distribuir á su arbitrio y elección sus bienes. Esta persona se llama apoderado, ó comisario, y se diferencia del testamentario, porque á éste solo se comete la execucion de lo que el Testador dexa mandado (1), (a). El executor, y al mismo tiempo comisario, es el nombrado por el Testador en su testamento, ó en otra última disposición para executar y ordenar su voluntad (2); y así pueden concurrir en un sugeto ambas qualidades y facultades, ó la una solamente, á arbitrio del Testador. Confiere dicho poder los que no pueden, ó no quieren disponer determinadamente todas sus cosas, para no morir intestados; y el que tiene potestad de testar, puede darla al varon, ó hembra que no está privado de ser personero, ó apoderado, para que en su nombre ordene, y formalice su testamento, con arreglo á lo que en el poder mande, y le comunique, y execute lo que el mismo Testador haria por sí mismo (3), pues el poder no es testamento, ni por tal se estima (b); y si es recíproco, solo sirve para el que fallece primero, por lo que el que sobre-

141. Ferrar. Biblioth. verb. Testam., art. 4. n. 20. y sig. Mat. en la ley 2. tit. 4. lib. 5. R. glos. 1. n. 9. Parlad. different. 248. n. 7. y siguientes.

(1) Carpio de Executorib. lib. 1. cap. 1. n. 37. y lib. 3. cap. 1. y 2. al principio.

(a) El comisario para testar es un verdadero testador en la hipótesis de la ley 32. de Toro; todas las funciones de que habla son de tal; lo puede ser tambien en otras muchas ocasiones semejantes segun sea la disposición, sin mas título ni carácter que el de comisario.

(2) Nulli Cod. de Episcop. & Cleric. Carpio dicho cap. 1. n. 44.

(3) Ley 6. tit. 5. lib. 3. del Fuero Real.

(b) Si el testador da poder para instituir heredero nombrándolo, el poder para testar es un verdadero testamento. Sino señala la persona que ha de ser instituida, el poder para testar será una voluntad última: así es que la ley 39. de Toro pide para él las mismas solemnidades que para el testamento.

vive tiene que hacer nueva disposición, si no quiere morir intestado. En quanto á si dexando hijos menores el Testador podrá nombrar personas de su confianza que extrajudicialmente hagan entre ellos inventario, y particion de sus bienes sin necesidad de que intervenga Juez en cosa alguna, véase el lib. 1. cap. 1. n. 16. y la nota sexta puesta en el cap. 10. lib. 2. de mi segunda parte, en donde lo trato latamente.

239 El apoderado, ó comisario para testar debe ceñirse precisamente á las expresas facultades que el Testador le ha conferido, y así no puede hacer legados, fundaciones, mejoras, substituciones vulgar, pupilar, exemplar, ni otra alguna á sus hijos, y descendientes, desheredarlos, ni darles tutor, sin que para cada una de las cosas referidas le conceda facultad específica; previniendo que aunque se la dé genérica, é indistinta para instituir heredero á su arbitrio, tampoco puede elegirlo, ni nombrarlo, porque este acto es privativo, y personalísimo del Testador, y como tal debe hacerlo por sí propio en el poder, y no nombrándolo, no vale la institucion que el comisario haga (1), como queda expuesto en el §. II.

240 Pero no está obligado el Testador á nombrar directa, y determinadamente al mejorado, desheredado, substituido, ó tutor de sus hijos por su nombre, como al heredero, pues basta que conceda facultad genérica al comisario para mejorar, desheredar, substituir, ó dar tutor, eligiendo de personas ciertas qualquiera de ellas, v. gr. si tienen tres, ó quatro hijos, que mejore al que de ellos quisiere, ó que de Pedro, Juan, Diego y Francisco sus amigos pueda nombrar al que le parezca por tutor de sus hijos, (lo qual se llama nombrar persona incierta de ciertas) porque en este caso la substancia de la mejora, desheredacion, substitucion ó tutela, no se dexa á la voluntad de tercero, sino la eleccion de la persona, que es accesoria, como dicen los AA. (2); lo qual se prueba claramente de la ley 5. que abaxo se cita

(1) Ley 31. de Toro, que es la 1. tit. 19. lib. 10. N. R. (2) Matienz. en la ley 5. tit. 4. lib. 5. R. glos. 3. á la 8. Gom. en la 31. de Toro, n. 4. Gutier. lib. 2. Pract. quæst. 42.

y cerca del fin dice:: Salvo si el que le dió el tal poder para hacer testamento, especialmente le dió el poder para hacer alguna cosa de las susodichas en esta manera: el poder para hacer heredero, nombrando el que da el poder por su nombre á quien manda que el comisario haga heredero; y en quanto á las otras cosas, señalando para que le da el poder; y en tal caso el comisario pueda hacer lo que especialmente el que le dió el poder, señaló, y mandó, y no mas. En quanto á si podrá el comisario delegar, ó substituir de propia autoridad su comision en otro, ú otros para practicar lo que el Testador le ordenó, y no pudo, ó no quiso hacer por sí, digo que no, porque es acto de nudo ministerio para el qual eligió su persona. Pero si para delegar le confirió especial facultad, podrá hacerlo, con tal que sea á alguna, ó algunas personas inciertas de las ciertas que el mismo Testador haya nombrado, v. gr. de los Abogados de tal Colegio, al que quisiere, pues en otros términos tampoco puede substituir su comision, no obstante la facultad específica; y lo mismo procede para nombrar executores testamentarios. Si el Testador lo dispone, pasará por muerte del comisario su comision á su heredero; y lo mismo se entiende quando la comision se dió al que obtuviese cierta dignidad, pues no se extingue con la persona, antes bien pasa al sucesor en la misma dignidad, á quien elige y de quien confía (1); y así es diverso este caso de los dos primeros, lo que tendrá presente el Escribano para quando le ocurra.

241 Si el Testador dió solamente facultad genérica al comisario para ordenar su testamento, y no nombró heredero en el poder, no puede por virtud de éste hacer mas que descargar su conciencia pagando sus deudas, y repartiendo el remanente del quinto de su hacienda por su alma; pues el resto se ha de dividir entre los parientes que *ab intestato* deben heredarle, y no teniendo, debe el comisario disponer de él á beneficio de su alma, y no en otra cosa, dexando á su viuda si la tuviere, lo que por derecho la toque (2), y

(1) Tello Fern. en la ley 31. de Toro n. 4. Matienz. en la 5. tit. 4. lib. 5. R. glos. 8. n. 2. al 4. Carpio lib. 3. cap. 7. (2) Ley 32. de Toro, que es la 2. tit. 19. lib. 10. N. R.

aunque el Testador se la conceda para consignar la mejora, no debe hacer la consignacion, porque le está prohibido (1), como en el §. IV. queda sentado.

242 Tampoco puede revocar en todo ni en parte sin poder especial el testamento que el Testador hizo (2), ni el que el mismo comisario otorgó en virtud del poder: ni despues de hecho otorgar codicilo, aunque sea en favor de causas pías y reserve en sí la facultad de revocarlo, ni añadir, disminuir, ó hacer alguna declaracion (3), porque si esto se permitiera, se cometerian muchísimos fraudes; y así debe evaquarlo todo en el testamento que ordenó en uso del poder, si éste carece de dicha circunstancia.

243 Quando el Testador instituyó heredero en el testamento, y en este estado dió poder al comisario para que lo concluyese, no puede éste mandar despues de cumplidas todas las disposiciones de él, mas que el quinto de sus bienes, y si mas mandare, no valdrá, á menos que para ello le haya conferido especial facultad (4). De esta legal disposicion se prueba que el testamento puede principiarse en vida del Testador, y concluirse despues de muerto (5).

244 Para cumplir y executar todo lo expresado, y ordenar el testamento del Testador, no concede el derecho (6) al comisario mas término que el de quatro meses perentorios, contados desde el dia de su muerte, estando en el lugar al tiempo de ella: seis, si está ausente de él, y dentro del Reyno; y un año, si existe fuera de éste. Si el término referido espira sin haber otorgado su testamento, ni practicado lo demas para que le confirió el poder, no puede usar de él, ni hacer el testamento, ni aunque pida mas término alegando que estuvo ausente, y no llegó á su noticia, se le debe prorogar; y los bienes pasarán á los herederos *ab intestato*. Pero si el Testador nombró heredero, ó hizo legados, ó dis-

(1) Ley 19. de Toro, que es la 3. tit. 6. lib. 10. N. R. Matienz. y Gom. en ellas. (2) Ley 34. de Toro, que es la 4. tit. 19. lib. 10. N. R. (3) Ley 35. de Toro, que es la 5. tit. 19. lib. 10. N. R. Matienz. en ella, glos. 3. y 4. (4) Ley 37. de Toro, que es la 6. tit. 19. lib. 10. (5) Cast., lib. 4. Controv. cap. 40. n. 40. Matienz. en dicha ley 11. glos. 1. n. 2. (6) Ley 33. de Toro, que es la 3. tit. 19. lib. 10. N. R.

puso específica y señaladamente otras cosas en el poder, será obligado el comisario á evaquarlo todo, y si no lo hiciere, será habido por hecho (1), y valdrá, constando el poder de la solemnidad legal, y no de otra suerte; de modo que pasado el respectivo término referido, bieu podrá el comisado hacer el testamento cifiéndose á lo literal, y expreso del poder; mas no exceder de lo que éste contenga específica y expresamente, como quando lo ordena dentro del término.

245 Para evitar el perjuicio que se puede causar al heredero, y demás interesados por la negligencia, malicia, ó imposibilidad del comisario, conviene que el Testador le prorogue el término, no solo para cumplir lo que dexa expresado, y ordenado en el poder como si fuera testamentario ó albacea, sino para hacer su testamento, disponer, y declarar en éste en virtud del poder lo que le tiene comunicado, y comunicará, y evaquarlo todo; pues como la ley de Toro no le prohíbe prorogárselo, antes bien fué establecida en su favor, para que su voluntad se cumpla pronta, y exáctamente, puede hacer la prorogacion para uno, y otro, y renunciar todo lo que cede en su privativo beneficio (2); por lo que conteniendo la proroga el poder, no se detendrá el Escribano en ordenar en su virtud el testamento con todo lo que diga el comisario le comunicó el Testador, y mandó declarar, y executar, aunque esté pasado el término legal; pero si carece de ella, no lo autorice, á menos que sea únicamente para evaquar lo que expresa, y señaladamente se disponga en el poder, porque con el término legal espira su potestad para lo demas.

246 Si el Testador nombra dos ó mas comisarios, y no se conforman en el modo de cumplir su voluntad, ni siendo requeridos, quieren, ó no pueden todos usar del poder, ó muere alguno de ellos, por el mismo hecho pasa el poder á los demás, y estando discordes, se ha de observar lo que resuelva la mayor parte; pero si en igual número discordan, deben elegir por tercero al Gobernador, Corregidor, ó Al-

(1) Ley 33. de Toro citada, véase á Carp. lib. 3. cap. 1. per tot.
(2) Leyes Si quis in conscribendo 29. Cod. de Pact. y Ipsis rerum 1. Cod. Ut in posses. legat Gom. en la 33. de Toro, n. 2. Gutier. lib. 2. Pract. quæst. 45.

calde mayor del pueblo, y en su defecto al Alcalde Ordinario, y si hay dos Ordinarios, ó mas; y los comisarios no concuerdan en qual ha de ser, deben echar suertes, juntarse con aquel á quien toque, y executar lo que la mayor parte determine (1). Para precaver este inconveniente, es bueno que el Testador confiera á cada uno *in solidum* la facultad de practicarlo todo, y de esta suerte podrá usar exclusivamente del poder el que haya empezado, y asi se practica.

247 En el otorgamiento del poder para testar ha de intervenir la misma solemnidad, numero, y calidad de testigos que en el del testamento nuncupativo (2): insertarse, y relacionarse el poder en el testamento que en su virtud se ordene, para documentarlo, y el comisario declarará que no le está revocado, suspenso, ni limitado, y que el Testador falleció baxo de él, como por el testamento que extenderé se instruirá el Escribano.

§. XVIII.

De los testamentarios.

248 Testamentario, albacea, cabezalero, ó executor de últimas voluntades, es aquel de quien el Testador hace confianza, ó es instituido por derecho para cumplir lo que en su testamento, ó en otra ultima disposicion dexa ordenado. Puede hacerle este encargo estando presente, ó ausente al tiempo que le nombra (3), ya sea á uno, ó á muchos, á su heredero, ó extraño, Clérigo, ó lego (4). Su oficio es pio y privado: por su muerte no pasa á su heredero, y asi no puede delegarlo sin expresa facultad del Testador, y aun concediendosela, no valdrá en todos casos (5), especialmente si con su mal proceder contraxo el testamentario algunas obligaciones, pues entonces queda obligado á su cumplimiento, aunque haya dele-

(1) Ley 38. de Toro, que es la 7. tit. 19. lib. 10. N. R. (2) Ley 39. de Toro, que es la 8. tit. 19. lib. 10. N. R. (3) Proem. y ley 1. tit. 10. P. 6. Carp. lib. y cap. 1. de Executorib. & commissar. Testam. n. 36.
(4) Ferr. Biblioth. verb. Testamentum, art. 3. n. 50. y otros que cita. Carp. ibi cap. 2. (5) Cap. 2. §. Sane, de Testament. in 6. Carpio dicho lib. 1. c. 19. y 20.

puso específica y señaladamente otras cosas en el poder, será obligado el comisario á evaquarlo todo, y si no lo hiciere, será habido por hecho (1), y valdrá, constando el poder de la solemnidad legal, y no de otra suerte; de modo que pasado el respectivo término referido, bieu podrá el comisado hacer el testamento cifiéndose á lo literal, y expreso del poder; mas no exceder de lo que éste contenga específica y expresamente, como quando lo ordena dentro del término.

245 Para evitar el perjuicio que se puede causar al heredero, y demás interesados por la negligencia, malicia, ó imposibilidad del comisario, conviene que el Testador le prorogue el término, no solo para cumplir lo que dexa expresado, y ordenado en el poder como si fuera testamentario ó albacea, sino para hacer su testamento, disponer, y declarar en éste en virtud del poder lo que le tiene comunicado, y comunicará, y evaquarlo todo; pues como la ley de Toro no le prohíbe prorogárselo, antes bien fué establecida en su favor, para que su voluntad se cumpla pronta, y exáctamente, puede hacer la prorogacion para uno, y otro, y renunciar todo lo que cede en su privativo beneficio (2); por lo que conteniendo la proroga el poder, no se detendrá el Escribano en ordenar en su virtud el testamento con todo lo que diga el comisario le comunicó el Testador, y mandó declarar, y executar, aunque esté pasado el término legal; pero si carece de ella, no lo autorice, á menos que sea únicamente para evaquar lo que expresa, y señaladamente se disponga en el poder, porque con el término legal espira su potestad para lo demas.

246 Si el Testador nombra dos ó mas comisarios, y no se conforman en el modo de cumplir su voluntad, ni siendo requeridos, quieren, ó no pueden todos usar del poder, ó muere alguno de ellos, por el mismo hecho pasa el poder á los demás, y estando discordes, se ha de observar lo que resuelva la mayor parte; pero si en igual número discordan, deben elegir por tercero al Gobernador, Corregidor, ó Al-

(1) Ley 33. de Toro citada, véase á Carp. lib. 3. cap. 1. per tot.
(2) Leyes Si quis in conscribendo 29. Cod. de Pact. y Ipsis rerum 1. Cod. Ut in posses. legat Gom. en la 33. de Toro, n. 2. Gutier. lib. 2. Pract. quæst. 45.

calde mayor del pueblo, y en su defecto al Alcalde Ordinario, y si hay dos Ordinarios, ó mas; y los comisarios no concuerdan en qual ha de ser, deben echar suertes, juntarse con aquel á quien toque, y executar lo que la mayor parte determine (1). Para precaver este inconveniente, es bueno que el Testador confiera á cada uno *in solidum* la facultad de practicarlo todo, y de esta suerte podrá usar exclusivamente del poder el que haya empezado, y asi se practica.

247 En el otorgamiento del poder para testar ha de intervenir la misma solemnidad, numero, y calidad de testigos que en el del testamento nuncupativo (2): insertarse, y relacionarse el poder en el testamento que en su virtud se ordene, para documentarlo, y el comisario declarará que no le está revocado, suspenso, ni limitado, y que el Testador falleció baxo de él, como por el testamento que extenderé se instruirá el Escribano.

§. XVIII.

De los testamentarios.

248 Testamentario, albacea, cabezalero, ó executor de últimas voluntades, es aquel de quien el Testador hace confianza, ó es instituido por derecho para cumplir lo que en su testamento, ó en otra ultima disposicion dexa ordenado. Puede hacerle este encargo estando presente, ó ausente al tiempo que le nombra (3), ya sea á uno, ó á muchos, á su heredero, ó extraño, Clérigo, ó lego (4). Su oficio es pio y privado: por su muerte no pasa á su heredero, y asi no puede delegarlo sin expresa facultad del Testador, y aun concediendosela, no valdrá en todos casos (5), especialmente si con su mal proceder contraxo el testamentario algunas obligaciones, pues entonces queda obligado á su cumplimiento, aunque haya dele-

(1) Ley 38. de Toro, que es la 7. tit. 19. lib. 10. N. R. (2) Ley 39. de Toro, que es la 8. tit. 19. lib. 10. N. R. (3) Proem. y ley 1. tit. 10. P. 6. Carp. lib. y cap. 1. de Executorib. & commissar. Testam. n. 36.
(4) Ferr. Biblioth. verb. Testamentum, art. 3. n. 50. y otros que cita. Carp. ibi cap. 2. (5) Cap. 2. §. Sane, de Testament. in 6. Carpio dicho lib. 1. c. 19. y 20.

gado su encargo (1). En quanto á las cosas en que conviene el oficio del testamentario con el del Juez; vease al Doctor Francisco Carpio en el prefacio del tratado selecto que escribió de *Executorib. & commissar. testamentar.* y por lo tocante á si por incertidumbre se vicia el nombramiento de testamentarios, vease el lib. 1. cap. 16. donde hace varias distinciones.

249 No puede ser albacea (regularmente hablando), el que tiene prohibicion de testar, por lo que están privados de serlo el loco, el sordo mudo por naturaleza, ó por accidente, el ciego, el alevoso, el herege, y traydor declarados, el siervo, y el condenado á muerte civil, ó natural, el judío, el infiel, el Religioso profeso sin licencia expresa de su Prelado, y los de San Francisco aunque la tengan; bien que podrán ser nombrados para dar consejo á los demas albaceas, pues esto no les está prohibido (2). Tampoco pueden serlo la muger, ni el menor (3); pero sin embargo la muger lo es por costumbre inconcusa, y generalmente observada, y por derecho Canónico no se la prohíbe (4). Igualmente puede serlo el mayor de 17 años, porque de esta edad le permite el derecho (5) ser Procurador en qualquier negocio extrajudicial, y asi en cumpliendolos no se le excluye de este encargo, antes bien por costumbre se le tolera como á la muger, no obstante la prohibicion de la ley del fuero Real que se cita, porque estas solo tienen fuerza de tales en donde son usadas, y guardadas, como lo ordena la primera de Toro, vease á Carpio en dicho lib. 1. y cap. 7. y 8. que lo trata lamente con distincion de casos. Asimismo puede serlo el Escribano que autoriza el testamento; porque á mas de no estarle prohibido, no adquiere otra cosa que trabajo, y responsabilidad en cumplir la voluntad del Testador, y tener

(1) Bart. in leg. A filio 15. n. 3. ff. de Alim. & cibar. legat. Anchat. en dicho cap. 21. quæst. 7. Begnudel. Biblioth. verb. Testam. n. 146. (2) Ley 8. tit. 5. lib. 3. del Fuero Real, cap. Religiosus Executor. 2. de Testam. in 6. Clem. Religiosis. de Testam. Clemente Exivi, §. Verum etiam: de Verbor. signific. y §. Verum tamen: al fin. Carpio ibi cap. 5. y 14. (3) Ley 8. tit. 5. lib. 3. del Fuero Real, & ibi glos. (4) Mat. en la ley 5. tit. 4. lib. 5. R. glos. 8. n. 5. Ferrar. ibi n. 51. Carpio lib. 1. cap. 6. (5) Ley 19. al fin. tit. 5. P. 3. cap. Qui generaliter §. fin. de Procuratorib. in 6. Mat. en la ley 14. tit. 4. lib. 5. R. glos. 1. n. 6. Ferrar. Biblioth. verb. Testamentum, art. 3. n. 52. y otras que cita.

que dar estrecha cuenta de su encargo; y asi no se le debe hacer cargo de crimen que no comete, como algunos Visitadores de Escribanos poco instruidos lo practican, por abultar cargos que no hay. Pero si le resulta comodidad, no podrá serlo (1), y se tendrá por no escrito, excepto en algunos casos.

250 Los executores de ultimas voluntades son de tres clases, (como los tutores de huerfanos) á saber: *legitimos, testamentarios, y dativos*. Los legitimos son aquellos, á quienes compete por derecho cumplir la voluntad del Testador. Los testamentarios son los que éste elige en su testamento, ó en otra última disposicion. Los dativos son los que nombra de oficio el Juez ó Magistrado en caso que el electo en el testamento, ó el heredero no quieran cumplir lo dispuesto por el difunto. Los testamentarios, y dativos se dividen en *universales, y particulares*. Los universales son los electos para evacuar integramente la voluntad del Testador, y distribuir todos sus bienes á pobres, ó en otras obras pias, ó profanas: y sobre si son, ó no tenidos en lugar de herederos, y en qué casos, vease á Carpio de *Executorib. lib. 3. cap. 9. per tot.* Los particulares son los que éste nombra para cumplir únicamente lo concerniente á su alma, legados, ú otra cosa particular, todos los quales no deben ser compelidos á evacuar su encargo (regularmente hablando), á menos que lo acepten expresa ó tácitamente, ni á su admision, porque ésta es libre y voluntaria en ellos; pero una vez aceptado, están obligados á evacuarlo (2): ni tampoco pueden conmutar lo que se dexa á causas pias, en otros usos, aunque sean evidentemente mejores, si la voluntad del Testador se puede cumplir justa y cómodamente (3), á menos que intervenga autoridad del Papa, ó del respectivo Supremo Príncipe por causa justa y necesaria (4).

(1) Carpio, lib. 1. cap. 10. per tot. (2) §. Mandatum Instit. Mandat. ley In commodato 17. §. Sicut, y ley Si mandavero 22. §. Julianus, ff. Commodati. Carpio de *Executorib. & commissar. testament.* lib. 1. cap. 17. n. 2. al 11. Cap. 19. de Testam. Cobarr. en el, n. 3. Ferr. Biblioth. verb. y artic. cit. n. 46 y 62. (3) Cap. Nos quidem 3. de Test. cap. Ultima volunt. 4. causa 13. quæst. 2. Clement. Quia contingit 2. de Relig. domib. Ferrar. ibi n. 69. (4) Cap. Conquæstus 16. de Foro comp. Conc. Trid. Sess. 22. c. 6. de Reformat. Begnud. Biblioth. verb. Testam. n. 140.

251 Por tres causas pueden los testamentarios demandar judicialmente los bienes del Testador á su heredero, ó al que los tenga en su poder, aunque lo resista. La primera, quando la manda es para obras pias, ó para socorro de huérfanos, ú otras personas. La segunda, quando el Testador lega alguna cosa, á otro juntamente con ellos. Y la tercera, quando les confiere poder amplio para pedir judicial y extrajudicialmente sus bienes, á fin de cumplir lo que dexa dispuesto (1); bien que los legatarios pueden demandar sus legados al que los tuviere (2). Se previene que aunque en todos los testamentos aparece dada la facultad á los testamentarios para apoderarse de los bienes del Testador, venderlos en pública almoneda, ó fuera de ella, y de su producto cumplir su voluntad, no deben mezclarse los particulares en otra cosa que en lo respectivo á su alma, si los herederos son forzosos, porque esta cláusula se pone en los testamentos por estilo, y no por precepto de los Testadores, por lo que no debe tener mas vigor, que para lo referido, ni los Escribanos ponerla sino con la limitada expresion de lo que el Testador les encarga específicamente; fuera de que el heredero es el verdadero testamentario, como dice el Señor Covarrubias, y contra él debe proceder de oficio el Juez Eclesiástico por lo concerniente á lo pío, y el Real á pedimento de los interesados en legados, y otras cosas, y no es justo que un extraño, ó aunque sea pariente, se apodere con el espacioso título de testamentario de los bienes de herederos legítimos, ó forzosos; pues éstos deben percibirlos directamente del Testador, y no por mano y restitucion de otro. Pero si son extraños, y el testamento contiene la cláusula siguiente: *Nombro por mis testamentarios á Pedro y Juan, y á cada uno in solidum, y les confiero amplio poder, y absoluta facultad para que luego que fallezca, sin intervencion, ciencia, ni concurrencia de mis herederos, ni de la Justicia recojan las llaves de mi casa, entren, y se apoderen de mis bienes, hagan ante Escribano descripción, ó inventario extrajudicial de ellos, y los tasen, á cuya fin elijan peritos, paguen lo que estoy debiendo, y con motivo de mi fallecimiento se adeudare en mi entierro, Misas, y demás cosas que ocurran, y pa-*

(1) Ley 4. tit. 10. P. 6. (2) Dicha ley 4. al fin.

ra ello vendan en almoneda, ó fuera de ella los suficientes, pidan judicial ó extrajudicialmente, y den, tomen y ajusten cuentas, nombrando contadores, y personas prácticas, y tercero en discordia, ó pidiendo se nombre de oficio en rebeldía, aprobandolas, si están arregladas, y en su defecto exponiendo, y aclarando los agravios que incluyan; transijan y comprometan todos los créditos y deudas que tengo á mi favor, y contra mí, y los pleytos que actualmente están pendientes, y en adelante se susciten; cobren judicial y extrajudicialmente lo que por cualquier motivo se me está debiendo, y debiere, y formalicen los competentes resguardos á favor de los pagadores, y lastos á los que pagaren por otros como sus fiadores, ó mancomunados; entreguen á los legatarios sus legados; dividan y apliquen á mis herederos el residuo de mis bienes con arreglo á la institucion, deduciendo primero todos los gastos que se ofrezcan, y recogiendo de unos, y otros las respectivas cartas de pago para su seguridad; y practiquen finalmente en todas, y cada una de las cosas explicadas, y sus incidentes quanto yo practicaria si por mí mismo lo hiciera, hasta que se concluya mi testamentaria; consultando en lo que hubiere duda, con dos letrados de conocida ciencia y experiencia, y executando lo que unánimes resuelvan por escrito, á fin de justificar su conciencia y conducta, con sus pareceres; pues para todo lo referido, y lo incidente, y para substituir este poder, ó en su virtud darlo á otras personas si les fuere preciso; se lo confiero, y á cada uno in solidum en amplia forma, con libre, franca, y general administracion: los constituyo dueños, y los subrogo en mi propio derecho y lugar; les prorrogo el término legal por el que necesiten sin limitacion; y prohibo á todo Juez Eclesiástico y Secular se mezcle en cosa alguna con apariencia de zelo, ni impida á mis apoderados el uso de las amplias facultades que les dexo concedidas, y si lo intentáre, mando se quejen de él al Superior, para que le inhíba enteramente. Y asimismo mando que si alguno de mis herederos, ó legatarios reclamáre, ó se opusiere total, ó parcialmente á lo que executen, (ó el que primero tome conocimiento en mis bienes), ó se mezcláre sin su beneplacito en ello, ó intentáre judicial ó extrajudicialmente interpretar, limitar ó tergiversar las facultades que les dexo, se entienda por el mismo hecho excluido, y no llamado al goce de su parte, pues por el presente le excluyo y privo en-

teramente de ella, quiero se reparta entre los demás de su clase, y que mis testamentarios, ó el que de ellos intervenga, cumpla con hacer dicha descripción, y manifestar á mis herederos relación jurada de los gastos ocurridos, y que estos esten obligados á darle el resguardo correspondiente á su seguridad, sin tener acción para decir de agravio de dichos gastos, y división, ni pretender otra cosa, que tomar la parte que mis testamentarios digan les toca, porque todo lo fio á su conciencia, y ha de ser visto que en la propia forma se lo doy, y lo reciben de mi mano, pues así es mi deliberada voluntad, lo que encargo al Señor Juez, ante quien se agraviaren haga se observe literalmente como suena, para evitar de esta suerte pleytos, gastos y desazones á mis testamentarios, y herederos; y que estos paguen las costas que causaren á aquellos, y además queden privados de la herencia; si contiene esta cláusula podrán hacerlo todo como testamentarios universales, no perjudicándolos en la quarta Falcidia, á menos que el Testador prohiba que se saque, y mande que se contenten con el sobrante, aunque les toque menos que á los legatarios, y que en este caso unos y otros se estimen por sus herederos particulares, porque como es dueño absoluto de sus bienes, y ninguno de estos herederos tiene derecho á ellos, puede gravarselos, é imponerles todas las posibles y honestas condiciones que quiera, las que deberán cumplir, y de lo contrario perderán la herencia. Pero aunque el Testador confiera á los Testamentarios universales la facultad de vender sus bienes para cumplir lo que dispone, no deberán venderlos sino en pública subasta, ó almoneda, como lo manda la ley 62. tit. 18. P. 3. al fin, para evitar todo fraude y sospecha contra ellos.

252 Están obligados los testamentarios universales, y no los particulares á hacer inventario, ó descripción formal ante Escribano, y testigos de los bienes del Testador, y dar cuenta de lo recibido y gastado, aunque les releve de ello, y sean regulares (1); sobre lo qual he visto varias executorias

(1) Auth. Licet. Cod. de Episcop. & Cler. Su glos. Nov. 131. Clement. Religiosis, de Testament. Reinf. lib. 3. tit. 26 §. 23. n. fin. Ferr. Biblioth. verb. Testamentum, art. 3. n. 60. Carpio de Executorib. lib. 3. cap. 10. y otros que cita.

del Consejo, y por eso lo puse en la inserta cláusula. El Obispo de su Diócesi puede compelerlos, siendo negligentes, al cumplimiento de las disposiciones piadosas que contenga el testamento, sin embargo de que se lo prohiba el Testador (1), porque la persona privada no tiene facultad para impedir lo que es de derecho publico, civil ó Eclesiástico (2); y si se resisten, cumplirlo por sí, ó elegir otros; y lo mismo procede quando el Testador no los nombró, si su heredero no lo cumple, pues éste lo es, y qualquiera del Pueblo tiene acción para darle cuenta (3).

253 Tienen de término para cumplir su encargo el que prefine el Testador, ya sea mayor, ó mejor que el legal, y si ninguno les señala, deben evacuarlo lo mas breve que puedan. Si no pueden concluirlo con tanta brevedad, les concede el derecho un año contado desde el día de su muerte; y si son muchos y todos no pueden, ó no quieren intervenir en él, vale lo que uno ú dos executen (4); y para precaver este inconveniente se conferirá á cada uno *in solidum* la facultad de cumplirlo, con la qual el que primero empiece á usar de ella, puede proseguir hasta su conclusion, sin que tenga precision de avisar á los demas, ni éstos que mezclarse en cosa alguna.

254 Si el Testador lega alguna cosa, ó cantidad para todos los testamentarios, deben dividirla con igualdad; y en caso de fallecer alguno de ellos, ó no aceptar su encargo, se acrece á los otros en la misma forma (5). Si lega algunas cosas para redimir cautivos, y no elige albaceas, ha de percibir las el Obispo, é invertir las en dicho destino; y aunque segun nuestro derecho Real (6) debe entregárselas por inventario el Juez secular, y el Obispo dar cuenta á éste (pasado el año) de haberlas empleado en la redencion, no se observa esta legal disposicion, pues el Obispo no da tal cuenta,

(1) Ley 7. tit. 10. P. 6. Cap. Nos quidam 3. Si hæres 6. y Tua nobis 17. de Testam. y su glos. versic. Interdici. (2) Ley 32. tit. 9. P. 6. y Nemo potest 55. ff. de Leg. 1. (3) Ley 7. tit. 10. P. 6. Covar. de Testam. n. 8. Mantica de Conject. lib. 3. tit. 1. (4) Ley 6. tit. 10. P. 6. (5) Ley Unic. Cod. de Caduc. tollend. §. Ubi autem legatar. 11. (6) Ley 5. tit. 10. P. 6. Greg. Lop. en ella, glos. 5. y 6. Gutierr. de Tutel. part. 8. c. 45. n. 20.

antes bien si el heredero no cumple, elige albaceas, ó le compele al cumplimiento.

255 Los testamentarios que fueron amonestados para cumplir su encargo, si no lo hacen por descuido ó malicia, y por esta causa se les priva judicialmente de él, pierden por el mismo hecho lo que el Testador les legó, excepto que sean hijos suyos, pues con ellos no se entiende esta pena (1). No solo incurren en ella los testamentarios, sino el que tiene en su poder el testamento cerrado, y no lo manifiesta á la Justicia dentro de un mes siguiente al dia de su fallecimiento; pero si nada les legó, deben pagar al interesado el daño que se le irroga, y dos mil mrs. á la Real Cámara (2); y si compran algo de los bienes del difunto, á mas de ser nula la venta, incurren en la pena del quatro tanto, aplicado al Fisco; y lo mismo sucede á los tutores (3).

256 En quanto á si se deberá ó no dar salario á los testamentarios por su trabajo, están discordes los AA. Unos afirman que sí. Otros dicen que no se debe al nudo, ó mero executor, que ha de expedir brevemente su comision, pero que si ésta tiene tracto sucesivo con cargo de administracion, sí. Y otros lo niegan absolutamente; y esta opinion es la segura. Lo primero, porque entre el Testador y el executor de su última voluntad se celebra verdadero contrato de mandato, que consiste no en la cosa, ó hecho, sino en el consentimiento, y buena fé, por lo que se puede celebrar entre presentes, y ausentes, y se induce de las palabras: *ruego, quiero, ó mando*, del mismo Testador (4). Lo segundo, porque el oficio de Testamentario es privado, por cuya razon no puede ser compelido á su aceptacion el mandatario; bien que ésta es libre y voluntaria en él, pero una vez que lo aceptó, está obligado á cumplir el mandato (5), pues lo que al principio es gracioso, se constituye despues coactivo. Y lo tercero, porque el contrato de mandato, como que trae su origen

(1) Ley 8. tit. 10. P. 6. Aut. Hoc amplius, Cod. de Fideicomis. Matienz., en la ley 7. tit. 4. lib. 5. R. glos. 5. n. 6. (2) Ley 5. tit. 18. lib. 10. N. R. (3) Ley 1. tit. 12. lib. 10. N. R. (4) Ley 1. ff. de Mandati, y ley 24. tit. 12. P. 5. & ibid. glos. 1. á la 4. (5) Ley In commodato 17. §. Sicut; y ley Si mandavero 22. §. Julianus, ff. Commodati, y §. Mandatum, Inst. mandat.

de oficio, confianza, amistad ó piedad, es gratuito por su naturaleza; pues de lo contrario degeneraria, y se convertiria en locacion (1); por lo que siendo gratuito, y aceptándolo el comisario ó executor, es visto por su aceptacion que se obliga á evaugarlo graciosamente; y por consiguiente ya sea, ó no oficial que viva de su trabajo, y la execucion de su encargo tenga ó no tracto sucesivo con cargo de administracion, no se le debe salario, porque lo resisten la naturaleza del contrato, el nombramiento hecho simplemente, y la aceptacion subsequente. Esto se entiende, excepto que al principio se haya convenido lo contrario entre el Testador y el executor, ó comisario; ó que éste acostumbre locar su trabajo, y por conjeturas se colija que de otra suerte no aceptaria la comision, ni el Testador, le encargaria el cumplimiento de su voluntad; pues en estos casos por tácita convencion entre los dos le señalará el Juez á su prudente arbitrio el competente salario, atendidas la cantidad y qualidad del negocio, y la ocupacion, ó trabajo, y no se graduará de mandato, sino de locacion. Pero lo que expendia de su caudal en lo tocante á su comision, se le debe pagar. Véase á *Carpio de Executorib. & commissar. testamentar. lib. 3. cap. 11. per tot.* que con presencia de quanto escribieron *Baeza, Parladorio, Espino, Acebedo, Escobar*, y otros, lo resuelve en la forma expuesta, y es lo que conciba se debe seguir, y siempre he visto practicar. Es de advertir, que aunque el testamento se rompa por pretericion, ó desheredacion, ó el Testador no haya instituido heredero; ó éste no haya querido aceptar la herencia, vale el nombramiento de testamentarios, y todo lo demas que el testamento contenga, si consta de la solemnidad legal de testigos (2). Su oficio espira con su muerte; con la revocacion del Testador; por enemistad que sobrevenga entre los dos; por impedimento, locura, ó fatuidad del mismo testamentario; por remocion de su oficio por sospechoso; por el transcurso del tiempo, ó término asignado para evacuar su comision; por complemen-

(1) Dicha ley 1. §. 2. ff. Mandati, y §. fin. Institut. eod. tit.

(2) Ley 1. tit. 18. lib. 10. N. R. *Carpio de Execut. lib. 1. cap. 25. n. 39. y 40.*

to y execucion de ella; y por haber cesado la causa porque fué constituido. El que apetezca radical instruccion de esta materia, vea á Carpio en su célebre citada obra de *Executorib. & commissar. testamentar.* que en los 66. capítulos de los quatro libros que escribió acerca de ella, la explicó mejor que ningun otro, como que la trató de intento.

§. XIX.

De la declaracion de pobre.

257 La declaracion, ó testamento de pobre es una última disposicion que hace el que no tiene bienes. Debe contener para su validacion los quatro requisitos explicados en el §. I. núm. 35. é intervenir en su otorgamiento la misma solemnidad de testigos que en el del testamento nuncupativo, porque realmente lo es, y solo se diferencia de el del rico en que no contiene legados, fundaciones, ni mejoras, porque el pobre no tiene de que hacerlas, y por eso pide al Párroco en cuya Parroquia fallezca, ó á otro sugeto, que lo mande enterrar de limosna, y haga el bien que pueda por su alma.

258 Dudan algunos Escribanos si por esta disposicion podrá el Testador capáz de testar hacer mejoras, substituciones, legados, fundaciones, y todo lo demas que por el testamento; y se responde que por lo respectivo al estado en que se halla, no; porque carece de bienes, pero de los que pueda adquirir en lo sucesivo, sí; porque á ninguno está prohibido prevenirse quando está bueno, y disponer de los bienes que adquiriera en adelante, lo que tal vez no podrá entonces, por hallarse enfermo, ó incapáz; y sí para que sea válida su disposicion, nombra heredero de ellos, que es lo mas, mejor podrá hacer todo lo referido, que es lo menos; por cuya razon no se detenga el Escribano en autorizarla con todo lo que quiera el Testador disponer legalmente, hablando siempre de bienes futuros, pues no incurra por ello en pena alguna (1).

(1) Gom. en la ley 3. de Toro n. 16. Mat. en la 3. t. 4. l. 5. R. glos. 7.

§. XX.

Prevencciones útiles al Escribano para el acierto en las materias de este capítulo.

259 Aunque el Testador puede disponer de sus bienes como mejor le parezca, y su voluntad es una ley que debe observarse, suele acontecer que por ignorancia ó por motivos de gratitud y de amor no se conforma en la institucion de heredero, ó en los legados y mandas que hace á lo que por derecho está prevenido. El Escribano en estas circunstancias debe instruirle de las leyes, para que arregle á ellas su disposicion, previniéndole que aunque las renuncie expresamente no tiene lugar la renuncia. He aquí algunos casos en que no se cumplirá la voluntad del Testador.

260 Está reprobada por derecho la siguiente cláusula: *Prohibo á los Arzobispos, Obispos y sus Vicarios que zelen sobre el cumplimiento de las cargas, y administracion de bienes de la Capellania colativa, ó Memoria de Misas que dexo fundada, y mando que si se intrometieren en su conocimiento, se convertirán en otros fines los bienes afectos á ella, y en este caso la revoco, y anulo en todas sus partes.* Esta cláusula es injusta; lo primero, porque dichos Príncipes Eclesiásticos por sus Dignidades, y empleos son cumplidores de últimas voluntades pías (1), y ningun Testador puede quitarles la accion y conocimiento que el derecho canónico les tiene concedido, y por el propio hecho de la fundacion les confiere el mismo Testador, porque en ellos renunció el suyo; bien que el Juez secular no está excluido de serlo, y así puede hacer que se cumpla lo ordenado por el Testador, ya sea, ó no piadoso, con tal que no sea espiritual, porque esto le está prohibido, por ser de fuero mixto, acerca de lo qual véase á Carpio de *Executorib. testam. cap. 21. per tot. lib. 1.* Lo segundo, porque interin tuvo éste los bienes en su poder, pudo hacer de ellos lo que quiso como dueño, pero una vez

(1) Concil. Trident. Ses. 22. cap. 9. de Reformat. Salg. de Regia protect. part. 2. cap. 11. Gutier. repet. leg. Nemo potest. n. 449. al 451. Tomo I. Z

to y execucion de ella; y por haber cesado la causa porque fué constituido. El que apetezca radical instruccion de esta materia, vea á Carpio en su célebre citada obra de *Executorib. & commissar. testamentar.* que en los 66. capítulos de los quatro libros que escribió acerca de ella, la explicó mejor que ningun otro, como que la trató de intento.

§. XIX.

De la declaracion de pobre.

257 La declaracion, ó testamento de pobre es una última disposicion que hace el que no tiene bienes. Debe contener para su validacion los quatro requisitos explicados en el §. I. núm. 35. é intervenir en su otorgamiento la misma solemnidad de testigos que en el del testamento nuncupativo, porque realmente lo es, y solo se diferencia de el del rico en que no contiene legados, fundaciones, ni mejoras, porque el pobre no tiene de que hacerlas, y por eso pide al Párroco en cuya Parroquia fallezca, ó á otro sugeto, que lo mande enterrar de limosna, y haga el bien que pueda por su alma.

258 Dudan algunos Escribanos si por esta disposicion podrá el Testador capáz de testar hacer mejoras, substituciones, legados, fundaciones, y todo lo demas que por el testamento; y se responde que por lo respectivo al estado en que se halla, no; porque carece de bienes, pero de los que pueda adquirir en lo sucesivo, sí; porque á ninguno está prohibido prevenirse quando está bueno, y disponer de los bienes que adquiriera en adelante, lo que tal vez no podrá entonces, por hallarse enfermo, ó incapáz; y sí para que sea válida su disposicion, nombra heredero de ellos, que es lo mas, mejor podrá hacer todo lo referido, que es lo menos; por cuya razon no se detenga el Escribano en autorizarla con todo lo que quiera el Testador disponer legalmente, hablando siempre de bienes futuros, pues no incurra por ello en pena alguna (1).

(1) Gom. en la ley 3. de Toro n. 16. Mat. en la 3. t. 4. l. 5. R. glos. 7.

§. XX.

Prevencciones útiles al Escribano para el acierto en las materias de este capítulo.

259 Aunque el Testador puede disponer de sus bienes como mejor le parezca, y su voluntad es una ley que debe observarse, suele acontecer que por ignorancia ó por motivos de gratitud y de amor no se conforma en la institucion de heredero, ó en los legados y mandas que hace á lo que por derecho está prevenido. El Escribano en estas circunstancias debe instruirle de las leyes, para que arregle á ellas su disposicion, previniéndole que aunque las renuncie expresamente no tiene lugar la renuncia. He aquí algunos casos en que no se cumplirá la voluntad del Testador.

260 Está reprobada por derecho la siguiente cláusula: *Prohibo á los Arzobispos, Obispos y sus Vicarios que zelen sobre el cumplimiento de las cargas, y administracion de bienes de la Capellania colativa, ó Memoria de Misas que dexo fundada, y mando que si se intrometieren en su conocimiento, se convertirán en otros fines los bienes afectos á ella, y en este caso la revoco, y anulo en todas sus partes.* Esta cláusula es injusta; lo primero, porque dichos Príncipes Eclesiásticos por sus Dignidades, y empleos son cumplidores de últimas voluntades pías (1), y ningun Testador puede quitarles la accion y conocimiento que el derecho canónico les tiene concedido, y por el propio hecho de la fundacion les confiere el mismo Testador, porque en ellos renunció el suyo; bien que el Juez secular no está excluido de serlo, y así puede hacer que se cumpla lo ordenado por el Testador, ya sea, ó no piadoso, con tal que no sea espiritual, porque esto le está prohibido, por ser de fuero mixto, acerca de lo qual véase á Carpio de *Executorib. testam. cap. 21. per tot. lib. 1.* Lo segundo, porque ínterin tuvo éste los bienes en su poder, pudo hacer de ellos lo que quiso como dueño, pero una vez

(1) Concil. Trident. Ses. 22. cap. 9. de Reformat. Salg. de Regia protect. part. 2. cap. 11. Gutier. repet. leg. Nemo potest. n. 449. al 451. Tomo I.

erigidos en Eclesiásticos, aceptados, y poseidos como tales por personas Eclesiásticas, y sujetos á esta jurisdiccion, no tiene derecho para desposeerlos de la nueva aunque accidental naturaleza que adquirieron. Y lo tercero, porque de executarse la referida voluntad, á mas de ser impicatoria, y opuesta á sí misma por el hecho de erigir Capellanía colativa, y prohibir su cuidado al Juez privativo á quien compete, sería abrir la puerta á muchos fraudes, quedarían ilusorias, é ineficaces las últimas disposiciones; los administradores de bienes destinados á obras pías consumirían su producto, mayormente estando asegurados de que no habían de dar cuenta de su administracion, é inversion, y los interesados en ellos carecerían del alivio que les suministró por este medio el Testador. Nada obsta la revocacion que incluye la cláusula inserta, porque fundada la Capellanía, inmediatamente la hace colativa al Juez Eclesiástico, ó por mejor decir la aprueba, y confirma lo que el Testador dispuso, con cuyo acto quedan sujetas sus fincas á su jurisdiccion, el Capellan electo toma luego posesion de ella, y despues se visita; de modo que quando se intromete á zelar sobre su cumplimiento, y administracion de sus bienes, ya nada es del Testador ni de sus herederos, y así no se observará su voluntad.

261. Tampoco debe cumplirse la de los ascendientes en quanto: *prohiben que á los tutores de las personas; y bienes de sus hijos se pida cuenta de su administracion, y distribucion de su producto;* pues por el dolo que pueden cometer, deben darla.

262. Si el Testador manda: *Que no valga la costumbre, y fuero que hay en el lugar de su domicilio, ó de el en que tiene bienes en quanto á lo que en su testamento dexa ordenado, y dispuesto, y que se observe solamente el contexto de su testamento, y no la costumbre, ni fuero,* no se observará su voluntad; y la razon es, porque ninguno puede derogar el derecho público y costumbre inconcusamente observada, que tiene fuerza de ley (1); y solo podrá hacerlo quando es personalísimo á él mismo; por lo que en este caso será lo me-

(1) Inst. de Jure natur. gent. leyes Testandi causa 13. Cod. de Tes.

por que vincule los bienes á título de mayorazgo, pues se entra á su obtencion y goce por derecho de sucesion, con arreglo al llamamiento, y no por derecho hereditario como en los libres, que segun el fuero de la tierra deben volver al tronco, y la raíz á la raíz.

263. Se estimará por irrita y nula, si dexando á alguno por heredero usufructuario de sus bienes, y á otro por propietario, manda que éste no pueda compeler á aquel á inventariarlos, ni dar fianzas de restituírselos, y usar de ellos como es obligado; porque el que adquiere derecho á su propiedad en el instante que el Testador fallece, es el propietario, el qual queda por legitimo y verdadero dueño de ellos, y por esta razon puede pedir, y se le debe dar la posesion de su dominio directo desde entonces, y la del útil para desde el dia siguiente á el en que el usufructo espire, pues mientras dura, está suspenso; pero finalizada se consolida con la propiedad, y no necesita el propietario tomar nueva posesion para gozarlo, por lo que puede compeler al usufructuario á la formacion del inventario, ó descripcion de ellos, con asistencia suya, y á que dé fianzas saneadas de restituírselos, y no disiparlos, y le entregue los titulos de su pertenencia, si los tiene, pues de no darlas, si los consume, ó dexa en tan deplorable estado, que el propietario no halle que heredar, no tendrá contra quien repetir, y ademas se le da ocasion á delinquir, por lo que no bastará su caucion juratoria (1).

264. Pero si el Testador le confiere amplia facultad para vender los raices, y muebles preciosos que necesite, sin pedir licencia al propietario, ni á la justicia, en cuyo caso le instituye por heredero de los que venda con necesidad, sobre lo que le encarga la conciencia, y manda, que el propietario no pueda compelerle á dar cuenta de su consumo, ni deterioro, ni fianzas, y que se contente con los que dexa en el estado en que se hallen, y si no se contentare, que se estime por su universal heredero el usufructuario, en este caso me parece que no podrá apremiar-

tam. y Ita autem citada, §. Ex non scripto, y todo el tit. Cod. Quæ sit longa consuetudo.

(1) Cast. de Usufruct. cap. 15. y 26. Gutier. de Inventar. lib. 4. cap. 2. ex n. 1. al 24.

le el propietario á darlas, y que debe contentarse con los bienes que se encuentren por su muerte, porque el Testador es árbitro de su voluntad, y como dueño de ellos puede hacer lo que quisiere, y legalmente esté permitido.

265 Para que el Escribano sepa qué es usufruto, cómo debe el usufrutuário dar la fianza, y otras cosas, trataré de ellas de paso, porque no es materia correspondiente á este capítulo. El usufruto es un derecho de usar, y gozar el fruto de las cosas ajenas, sin deteriorarlas ni disminuirlas (1). Es de quatro maneras: *natural*, *industrial*, *legal*, y *convencional*. El natural es aquel para cuya producción no es necesaria la industria humana, por bastar la naturaleza. El industrial es el que la necesita. El legal es el que no es producido por la naturaleza, ni por industria, sino únicamente por ministerio, y concesion de las leyes. Y el convencional es el que proviene de la voluntad del hombre por contrato, ó última voluntad. Otras divisiones hacen los AA., pero el que quisiere saberlas, y cuánto tiempo dura el usufruto, cómo debe gozarlo el usufrutuário, qué obligaciones tiene, por qué se gana, y pierde, qué diferencia hay entre uso, y usufruto, usuario, y usufrutuário, y sus facultades, y otras especies concernientes á esta materia, vea las leyes, y AA. que se citan (2).

266 En quanto á la fianza, digo que si los bienes que ha de usufrutuar son raíces, v. gr. tierras, viñas, olivares, huertas, montes, dehesas, ó ganados productivos, en quienes se verifica propiamente usufruto, porque producen, y su producto es distinto, y se separa de la propiedad; ó casas, que aunque por su naturaleza no producen, se verifica en ellas no solo usufruto, sino uso y habitación, ó comodidad, ha de dar la de usarlos y gozarlos á arbitrio de buen varon, conservando su propiedad de tal suerte que por su culpa ú omision no se destruyan, ni deterioren, para volverlos y restituirlos á sus herederos del mismo modo que los re-

(1) Inst. de Usufructu, leyes 1. ff. eod. tit. y 20. 22. y 27. tit. 31. P. 3. (2) Leyes 20. hasta la final tit. 31. P. 3. Cast. de Usufructu, Covar. lib. 2. Var. cap. 2. Garcia de Expensis, cap. 10. y 11. Gom. lib. 2. Variar. cap. 15. Morquecho, lib. 4. cap. 11. n. 44. y sig. Ferrar. Biblioth. verb. Usufructus, y otros que estos citan.

cibió; y el modo de usarlos á arbitrio de buen varon es labrar las tierras, viñas y olivares como buen labrador, y si algunas cepas, olivos, ó arboles se secan, ó arrancan, plantar otros, dar de comer, y tratar bien á los ganados, y si algunos fallecen, reemplazarlos con los hijos que procreen, y hacer en las casas y edificios para su subsistencia y conservacion los reparos menores que necesiten, v. gr. retejos, blanqueos, compostura de puertas y ventanas, y otros semejantes, que cada uno no exceda de ciento y cincuenta reales; pues los mayores; v. gr. si se hunde la casa, ó parte de ella por caso fortuito, ó amenaza ruina alguna pared, y todos los que exceden de dicha cantidad, segun la comun práctica, y estimacion de esta Corte son de cuenta del propietario, el qual como dueño debe executarlos del mismo modo que si la usufrutuára, porque estos reparos no solo miran á que la casa no se deteriore, sino á que no perezca. Todo lo qual se entiende, á menós que la ruina provenga de culpa ú omision del usufrutuário, que entonces puede ser compelido á repararla á sus expensas, ó del inquilino, pues estará obligado á lo mismo, porque debe saber y mirar á quien la alquila, y cómo la usa; sobre lo qual véase á *Castillo de Usufructo c. 15. y sig.*

267 Si son muebles ó cosas de las que se cuentan, miden, ó pesan, y se consumen enteramente con el uso, en el qual consiste su usufruto, y guardandolos no pueden conservarse regularmente mas de tres años, v. gr. vino, trigo, aceyte, miel, y otros semejantes, (por lo que su usufruto se llama *quasi usufruto*) y el Testador los dexa en su casa, trox, ó bodega, podrá el usufrutuário dar la fianza alternativa, que es de restituir la cosa reservada: quiero decir que si estos bienes se valúan, y aprecian, como debe hacerse, al tiempo que se entregan al usufrutuário, la dará de restituir el mismo valor, y estimacion, ú otros tantos del propio género, calidad, y bondad; si no se valúan, de volver otros iguales en especie, número, peso, medida y valor; y si es dinero, la cantidad número idéntica que recibe; y la razon es, porque de estos bienes se le transfiere el dominio, y puede hacer lo que quisiere (1), lo que no sucede con los expresados en el número

(1) Leyes 1. y 2. ff. de Usu, & usufructu rerum quæ usu consu-

precedente. Pero si quando el Testador fallece, no están cogidos, ni separados del suelo, sino pendientes, y mostrados en el campo, ó arboles que los producen, nada de ellos debe restituir el heredero usufrutuario, ni por consiguiente dar fianza, porque por el mismo hecho de haber sido instituido por heredero, los hace suyos, y como tales se contemplan parte del fondo, y no cosa distinta; además que el derecho no concede usufruto de usufruto, ni servidumbre de servidumbre. Pero si las tierras están sembradas, ó beneficiadas, y no aparecen los frutos, se han de apreciar las labores, y semillas, y de su importe constituir la fianza alternativa mencionada. Lo qual procede, ya sean propias del Testador, ó ajenas las fincas que los producen, pues siendo locadas, cumple con satisfacer su arrendamiento del fruto como hipotecado tácitamente por ministerio legal á su solución, al modo que lo pagaria el Testador; y asimismo debe pagar las demas cargas de las alhajas, aunque hayan sobrevenido al usufruto (1), y á ello puede ser compelido, porque quien se lleva el provecho, debe sufrir el gravamen (2).

268 Si el usufruto es de animales no productivos, v. gr. machos, bueyes, &c. en los quales se verifica mero uso, debe dar la fianza de usarlos á arbitrio de buen varon, sin estar obligado á responder de su estimacion, perdida, muerte ni deterioro, á menos que provenga de culpa suya. Lo mismo ha de practicar con los muebles que no se consumen, ó aniquilan, sino que se envejecen, y deterioran con el uso, v. gr. trastos de casas, vestidos, y otros semejantes, porque en ellos se verifica solamente uso; y debe obrar la propia disposicion legal; por lo que si con el continuado uso se mueren, ó consumen algunos, ó ponen en estado tan deplorable que quedan inútiles, cumple con restituirlos de la suerte en que se hallen, y no está obligado á responder de los que perecieron sin su culpa (3); pues de lo contrario se verificaria que el Tes-

tant. §. Constituitur. Instit. de Usufructu, y cap. Cum constet. 8. de Pignor.

(1) Leyes. Si pendientes 27. §§. 3. y 4. ff. de Usu, & usufructu, y 22. tit. 31. P. 3. (2) Ley Secundum naturam 10. ff. de Reg. jur. y 29. tit. 34. P. 7. y cap. Qui sentit 55. de Reg. jur. in 6. (3) Ley Quid ergo, 7. §. 3. ff. de Usufructu. Cast. de Usufructu cap. 17. 18. y 77. Ayora de Partit. part. 2. quest. 24.

ador no le dexa mas que trabajo en custodiarlos, y conservarlos, y que lejos de beneficiarle, le perjudica. Y aunque algunos afirman que debe dar la propia fianza que de los que se consumen con el uso, porque se le transfere igualmente su dominio, no me conformo con su dictamen por las razones expuestas. Se previene al Escribano que el heredero usufrutuario de todos los bienes del Testador, ya sea su muger, ú otro, debe pagar de ellos, y no de los suyos, ni del usufruto las deudas, y legados que dexó, porque su solución toca al propietario, y el usufruto se entiende del residuo que quede libre, bajado lo ageno (1); y asimismo debe hacerle sus exequias conforme á su calidad, haberes, y estilo del país, á menos que mande, ó de su voluntad se congeture lo contrario. Tambien toca al propietario quando legó el usufruto de la mitad, ó tercera parte de ellos, bien que entonces no se baxaran las deudas, sino que las pagará el heredero de los demás, como obligado á su solución, y no el legatario (2), lo que tendrá presente el Escribano, por si como Contador se le ofrece hacer alguna particion de esta naturaleza. De esta materia trato con mas extension en el cap. 7. lib. 1. de mi segunda parte, y acerca de ella véase á Guereir. de Inventar. lib. 4. cap. 2. ex n. 25. hasta el fin, que explica las opiniones que hay, las que omito por no ser de importancia.

269. El derecho de usufrutuar no puede ser vendido, ni enagenado, porque es personal, y no transmisivo; y si el usufrutuario lo enagena, lo pierde, y tambien el que lo compra, ó recibe, y pasa al propietario para siempre, porque segun derecho se consolida con la propiedad, y asi no ha lugar al retracto, como en su lugar diré; pero puede arrendar los frutos que produzcan los bienes dados en usufruto, y cederlos y enagenarlos por toda su vida, ó por tiempo determinado, pues por esto no enagena el derecho formal del usufruto.

(1) Leyes fin. ff. de Usufructu legat. y Usufructu, ff. Ad Leg. Falcid. y subsignatum, §. Bona ff. de Verb. signif. Balb. in Consil. 178. lib. 2. Paul. de Cast. in leg. ult. §. Sin autem Cód. de Bonis, quæ liberi; & in Consil. 294. lib. 2. Covar. lib. 2. Variar. cap. 2. n. 4. Morquecho de Divis. bo. nec. cap. 11. n. 98. y 99. lib. 4. (2) Covar. ubi sup. n. 2. Ayora de Partit. part. 2. quest. 21. n. 67. per tot.

tó, ó de usufructuar, sino su utilidad, y comodidad (1). Se previene que quando uno de los conyuges queda por usufructuario de los bienes del otro, debe hacer inventario, ó descripción, particion, y separacion de todos con asistencia del propietario, ó de quien su poder tenga, para que se sepa los que entra á usufructuar, y sus herederos han de restituir, pues de no hacerlo así, servirá de confusion, y pleitos, y con dificultad se podrá averiguar el caudal de ambos; y asimismo que si los bienes, ó parte de ellos consisten en tierras que están barbechadas ó sembradas, y no se vé el fruto, se han de dividir por mitad como gananciales las labores, y semillas echadas en ellas, lo que no deberá hacerse estando los frutos pendientes, y mostrados, de lo qual se instruirá mejor el Escribano en el cap. 5. lib. 1. de mi segunda parte á donde le remito.

270 Es reprobada por derecho la voluntad del Testador en quanto manda: *Que aunque su muger se case segunda vez, no pierda, ni se la quite la tutela, y administracion de los bienes de sus hijos* (2), porque suele amar tanto al nuevo marido que olvida enteramente el cuidado de ellos, y aun muchas veces maquina su daño (3). Lo mismo sucede respecto de la abuela, y así no solo se quitará á las dos la tutela, sino que se sacarán los hijos y nietos de su poder, quedando sus bienes, y los del nuevo marido tácitamente obligados á la responsabilidad del deterioro que hayan padecido los de sus hijos, durante la tutela. Si estos quedan huérfanos de padre en la edad pupilar sin tutor, y su madre no pide al Juez que se le nombre, pierde el derecho de heredarlos, en caso que mueran intestados; y lo mismo sucede á los parientes que deben heredarlos *ab intestato* (4).

271 El extranjero, no domiciliado en el Reyno donde vive á la sazón que hace su testamento, debe tener presente que si la ley, estatuto, ó costumbre de él habla simple é indistintamente, se amplía y estiende á todos los que lo habi-

(1) Ley 24. tit. 31. P. 3. ley Si usufructus, versic. Et si extraneo, ff. de Jure dot. y §. Finitur, institut. de Usufruct. Gom. en la ley 74 de Toro, n. 33. (2) L. 5. tit. 16. P. 6. (3) Ley 4. tit. 16. P. 6. (4) Leyes 5. y 12. tit. 16. P. 6. Greg. Lop. en dicha ley 12. glos. 3. y 4. Gutierrez de Tutel. part. 1. cap. 5. y 19.

tan, aunque no sean regnícolas, por cuya razon han de observar la solemnidad establecida; pero si habla con cierto número de personas, no está obligado á observarla, y solo deberán ceñirse á ella aquellas con quienes habla determinada-mente, porque en las cosas que miran á la solemnidad del juicio, se atiende únicamente al lugar en donde se celebra el acto; mas en las que conciernen á la substancia y decision de la causa, al lugar y fuero de la persona actora, pues la ley no puede legitimar la del que no es súbdito suyo (1). Si está domiciliado, y tiene bienes en el Reyno y en su patria, ha de disponer de aquellos conforme á las leyes de él, y de estos segun las de su patria, y no de todos de un modo, porque la ley ó estatuto no puede estender sus efectos fuera de los limites á que se estiende la potestad del Legislador, ni por consiguiente comprende á los bienes situados fuera de ellos, ni á persona que no es en aquella parte súbdita suya. Lo mismo procede para con el hijo de familia que fallece en otro Reyno (2), en quanto á poder ó no testar como he sentado en el num. 9. Lo propio deberá observar por identica razon, aunque no sea extranjero, si posee bienes en Provincia que se gobierna por algun fuero especial ó municipal, como en Navarra, Vizcaya, Aragon y Cataluña, pues con arreglo á éste, y á las leyes del pueblo en que testa, se han de partir los bienes que en cada parte tenga. Si está conaturalizado, el rescripto de conaturalizacion servirá de regla para lo que se debe practicar, pues el Príncipe como Legislador, y viva ley, puede dispensarle que teste de ambos modos de los bienes situados en sus dominios, y no fuera de ellos.

272 Si el Testador nombra heredero en su testamento, ó en poder para testar en esta forma: *Quiero que sea mi heredero el sugeto, ó persona, cuyo nombre tengo escrito de mi puño en un papel, ó memoria que está en tal gaveta, ó en poder de fulano; (nombrándolo) ó el que Pedro tiene instituido en su testamento, y concurre á su otorgamiento el competente número de testigos que oigan esta expresion, no se detenga el Escribano en autorizarlos; pues siendo arreglados, ve-*

(1) Gom. en la ley 3. de Toro n. 20. (2) Aceb. en la ley 4. tit. 4. lib. 5. R. n. 15. Gom. en la ley 5. de Toro n. fin.

rificándose el nombramiento en el papel, y no dudándose de la fe de la memoria, ó cédula privada, serán válidos; pero no, si habláre de futuro, v. gr. *Quiero que sea mi heredero el que escribiere de mi puño, ó que fulano instituyere*: la razon es, porque en este caso no se nombra persona cierta, como en el otro (1).

273 Puede prohibir el Testador que su testamento cerrado, ó la parte que de él lo sea, se abra y publique hasta el día que prefine (2), y por consiguiente puede ser en parte abierto, y en parte cerrado un mismo testamento. El motivo porque los Testadores suelen imponer esta prohibicion, es porque si tienen algun hijo pupilo, ó loco, ó fatuo, y lo substituyen, ó le dexan algun legado, nombrando á otro á su goce en caso que fallezca dentro de la pubertad, ó que sea incapaz de testar, no maquine su muerte el substituto por heredarle (3); y la cláusula se ordena en el otorgamiento de esta forma: *Mando que hasta tal dia de tal mes y año, de ningun modo se abran, ni publiquen tales hojas, (ha de expresar cuántas son) cosidas (ó cerradas, segun estén) dentro de este quaderno: que se cumpla inviolablemente lo que en sus cláusulas dexo dispuesta, y ordenado, y que lo demas del citado testamento se abra y publique con la solemnidad prescrita por derecho luego que se verifique mi fallecimiento; y encarga al Señor Juez que de su apertura conociere, no altere, ni permita se tergiverse, ni interprete total, ni parcialmente esta disposicion, porque así conviene, y es mi deliberada voluntad.*

274 Si el testamento es nuncupativo, se han de cerrar las hojas que el Testador prohíbe que se publiquen, y en lo que queda abierto expresar con toda claridad las que son, y quantas cláusulas contienen, pero no su contexto. Si el Testador puede escribirlas, ó firmarlas, lo executará, porque esto es lo mas seguro. La solemnidad de cinco testigos no vecinos, ó tres que lo sean es suficiente en su otorgamiento.

(1) Gutier. repet. leg. Nemo potest. n. 248. y lib. 2. pract. quæst. 41. n. 4. y 5. Cast. lib. 4. controv. cap. 20. n. 29. y sig. Mantica de Conject. lib. 4. tit. 4. n. 6. y sig. Albarad. de Conject. mente defuncti lib. 3. cap. 2. §. 1. n. 2. Matienz. en la ley 1. tit. 4. lib. 5. R. glos. 16. n. 13.

(2) Leyes 5. y 6. tit. 2. P. 6. (3) Ley 6. tit. 2. P. 6.

Si es cerrado, se cerrarán igualmente las hojas, y el otorgamiento será el regular, añadiendo solamente la cláusula que dexo estendida en el número precedente.

275 El testamento como acto puramente extrajudicial puede otorgarse de dia, y de noche (1), al modo que los contratos (2). Quando el Escribano tome la minuta, ó razon de él para estenderlo, ha de estar solo con el Testador, sin permitir que otro alguno, aunque sea su Confesor, lo presencie sin su expreso mandato, para evitar de esta suerte toda sugestion, especialmente si se halla enfermo, y dexarle en libertad de explayar su voluntad, y descargar libremente su conciencia, pues la experiencia ha acreditado que de lo contrario suelen hacerse unas disposiciones violentas, repugnantes, y perjudiciales, que no sirven de otra cosa que de discordias y pleitos. Nadie ha de saber su contexto si es abierto, hasta el acto del otorgamiento, que deben presenciar únicamente los testigos; pero si la enfermedad se agrava de manera que no dé tiempo para tomar la razon, entonces podrán asistir éstos á la toma de razon, y la firmarán, á fin de que precedidas sus contextes deposiciones, se reduzca á escritura pública, y se declare por testamento, y última voluntad del Testador, como si lo hubiera hecho en cédula ante ellos sin Escribano; y aunque para evitar estos gastos puede éste estenderlo con arreglo á ella, leerlo luego ante los mismos testigos, y hacer que lo firme uno de ellos en el protocolo, por estar ya otorgado formalmente, quedándose con la minuta por lo que puede ocurrir, si se dudáre de su contexto; lo mas seguro es lo expuesto, para que no se arguya de nulidad por faltar su lectura y publicacion despues de estendido (a). Pero sin embargo de que el testa-

(1) Ley ad testium 22. §. Posse. ff. Qui testam. facere pos. (2) Ley Non minorem 20. Cod. de Transact. Parl. lib. 2. cap. 20. n. 10.

(a) Si el Escribano toma á solas con el testador la nota de su disposicion, y despues leyéndola ante los testigos se le pregunta, si es aquella su última voluntad, y respondiese que sí, este es testamento nulo segun algunos AA. y segun otros sospechoso, á menos que por otra parte conste que aquella fué su voluntad. El Escribano puede haber añadido alguna cosa, y agravado y enagenado al testador por la enfermedad, no entender bien la leyenda: á lo menos los testigos no pueden deponeer de sus verdaderos sentimientos en aquel estado, sino pronunciando-

mento sea nuncupativo, á nadie mas que al Testador mientras vive, debe manifestarlo, ni revelar su contexto, no obstante que para ello se pretexto que es instrumento público, pues se llama así porque se otorga ante persona con autoridad pública, y testigos; pero no es público para otros mas que para estos, por lo que tampoco debe dar copia, ni testimonio de todo, ni parte de él á otro que al Testador; y despues de su muerte solo á los interesados, y únicamente de la parte que les corresponda (1).

276 El Escribano debe preguntar indiferentemente al Testador: *á quien dexa por su heredero*, sin nombrarle ni traerle á la memoria sugeto alguno ni hacerle señas, pues la pregunta ha de ser verbal, clara, y en términos generales, para que de esta suerte se conozca que la respuesta es producida, y nacida de su libre voluntad. Sin embargo si él ó qualquiera otra persona que no sean interesados ni sospechosas se lo nombrasen, diciéndole: *si instituye por heredero á fulano*, y responde que sí á presencia de los testigos, bastará, porque, ya manifiesta su voluntad, y no la confiere en la de tercero, como dicen los AA. (2), y dexo expuesto; pero lo mejor es que no lo haga, para que no se le atribuya á pasion, ó interes, de los que debe estar enteramente desnu-

los él mismo. Esto es expresarse á medias, mitad con su lengua y mitad con las agenas, lo qual no es conforme al modo y claridad de expresion que piden precisamente nuestras leyes. Un testador que solo dice que sí, á preguntas que se le hacen, parece que mas testa con la voluntad agena que con la propia contra la naturaleza del testamento. En prueba de la desconfianza que merecen los testamentos en los últimos períodos de la última enfermedad, son recomendables dos leyes antiguas.

„ Este es fuero de Castilla, que todo ome fijoalgo que sea mañero
 „ (sin sucesion), seyendo sano, pueda dar de lo suo á quien quisier ó
 „ vender; mas de que fuer alechigado de enfermedad acuitada de muerte
 „ de que morier, non puede dar mas que el quinto de lo que ovier por
 „ sua alma, é todo lo al que ovier, debenlo heredar suos parientes que
 „ ovier ansi como hermanos. Fuero viejo de Castilla l. 1. t. 2. lib. 5. Es-
 „ te es fuero de Castilla; que ningun ome despues que fuer doliente, é
 „ cabeza atado, non puede dar nin mandar ninguna cosa de lo suo mas
 „ del quinto; mas si él vinier, ó lo trogeren en su pie á concejo, ó á uso
 „ de Iglesia é non trager, toca, vala lo que ficier. l. 6. del mismo tit.

(1) Ley 103. tit. 18. P. 3. (2) Gom. en la ley 3. de Toro n. 110. y sig. Mat. en la 1. tit. 4. lib. 5. R. glos. 16. n. 4. al 9. Cast. lib. 4. Controv. cap. 27. n. 14. Mantica de Conject. lib. 2. tit. 6. n. 9.

do, y no hacer propios los negocios agenos en ningun caso, ni con pretexto alguno, porque su oficio es, y debe ser absolutamente imparcial.

277 Si le llaman para hacer el testamento del que está convulso, y tiene trabada la lengua, de suerte que aunque hable, es lo mismo que si nada profiriera, porque no se le entiende; ó del que ha perdido enteramente el habla, que es propiamente mudo, no autorize semejantes disposiciones, porque es preciso que el Testador manifieste su voluntad con palabras claras, y perceptibles, y no bastan señas, aunque responda haciéndolas con la cabeza (1); bien que algunos dicen que son suficientes, pero yo no seguiré esta opinion por ser contra derecho. Pero si se le entiende lo que habla, puede testar, aunque esté tardo en la pronunciacion (2); y tambien quando sabe leer, y escribir, y escribe por sí mismo su testamento. Todo lo referido no se entiende de los codicilos, pues éstos pueden hacerse por señas, estando el otorgante en su juicio, como lo afirma Gom. en la ley 3. de Toro, n. 111. apoyándolo con varios textos civiles; pero aconsejo al Escribano que no lo haga, aunque por hacerlo no incurrirá en pena.

278 Queda explicado que el loco puede testar principiando, y concluyendo su testamento durante los lucidos intervalos. Y para evitar dudas, y controversias sobre si lo hace, ó no dentro de ellos, dirá el Escribano á algun hijo, ó pariente de él, que acuda al Juez haciendo relacion de la enfermedad del paciente, y que algunas veces está en su acuerdo, con la solicitud de que dé facultad al Escribano para que del mejor modo que pueda explore su voluntad, con asistencia de Médico y Cirujano, que previamente declaren con juramento, si está, ó no capaz, y estándolo, ordene su testamento ante ellos, y el competente número de testigos, y todo se ponga por testimonio; y obtenida la judicial facultad, declararán conforme á la ley el Médico, y Cirujano si está, ó no en su juicio, y constando estarlo, y pareciendo lo

(1) Ley Jubemus 29. Cod. de Testam. versic. Si enim: Gom. en la ley 3. de Toro, n. 110. Covar. cap. Cum tibi n. 4. de Testam. (2) Ley Quoniam indignum. 15. Cod. de Testam.

mismo al Escribano, y no de otra suerte, (pues no se ha de fiar de lo que otros dicen, sino de lo que vea y advierta por sí para dar fé) á su presencia, y á la de los testigos prevenidos por la ley, ó mas, preguntará al Testador todo lo concerniente á su última disposicion, y especialmente al nombramiento de heredero, y otras cosas aunque sean contrarias á sus mismas respuestas, ó no vengan al caso, para cerciorarse mas bien de la sanidad actual de su juicio y de la firmeza de su voluntad, y practicará todo lo demás que le dicte su prudencia, y sea conducente á evitar dudas, portándose con la mayor madurez, imparcialidad, y reflexión, sin dexarse llevar de pasion, ni interés, é irá estendiendo lo que le responda, y las declaraciones del Médico, y Cirujano á continuacion de la providencia judicial, y no pasará á estender una cláusula antes que satisfaga á la anterior. Si sabe, y puede firmar hará que lo firme con todos los concurrentes que supieren, y luego lo autorizará; y evaquado todo, se presentará al Juez, á fin de que lo apruebe para su mayor validacion, precediendo el exámen de todos los concurrentes al acto.

279 Si el Testador ni habla ni entiende el idioma del Escribano, escribirá por sí mismo su testamento á presencia del Escribano, y testigos. Si no pudiese escribir, porque su enfermedad no se lo permita, se buscará un sugeto que entienda su idioma, y le dictará su disposicion: despues la leerá por sí mismo el Testador, ó se la leerá el intérprete, y la firmará. Los testigos y el intérprete firmarán tambien, y rubricarán á mayor abundamiento todas las hojas, y el Escribano autorizará en forma este testamento expresando en él todo lo ocurrido. En un caso semejante lo que impórta es asegurar la identidad del papel donde está escrita y consignada la voluntad del Testador; y esto se consigue por el medio indicado, evitándose en lo posible los fraudes que pueden cometerse en los testamentos de estrangeros que no entienden el idioma del pais en que testan. Si en el pueblo hubiese un intérprete autorizado por el Gobierno, deberá buscarsele con preferencia; ó por mejor decir, solo en su falta es quando otra persona qualquiera inteligente en la lengua del Testador hará sus veces. El interesado en la herencia solici-

tará que se traduzca esta disposicion, que los testigos reconozcan sus firmas y depongan lo que pasó ante ellos, y que el Juez la declare por testamento. Es verdad que los testigos no podrán serlo de lo que no entendieron, pero servirán sus dichos para probar que no se cometió fraude alguno antes ni despues del otorgamiento.

280 Por dos razones no puede el Escribano autorizar el testamento cerrado en que está instituido heredero. La primera, porque el heredero, y fideicomisario universal tienen prohibicion de ser testigos, y de escribirse por herederos en el testamento segun el Senado Consulto Liboniano (a), y el

(a) La ley *Cornelia* castigaba como falsario al que escribiendo el testamento de otro, se ponía fraudulentamente por heredero en todo ó en parte, ó se asignaba alguna manda ú aprovechamiento, sin ordenarlo ni dictarlo el testador. El Senado-consulto Liboniano, ó mas bien, el Senado-consulto Claudiano, añadió, que aun dictándolo ú ordenándolo el testador, no solo fuese incapaz de la herencia ó manda, sino que fuese castigado con la pena de falsario impuesta por la ley *Cornelia*; aunque en verdad no había falsedad. Tambien se incurria en la misma incapacidad, y en la propia pena, si fuese instituido heredero ó legatario, aun dictándolo el testador, el hijo ó esclavo del que lo escribía. Lo sospechoso y arriesgado de semejantes instituciones hizo prohibir aun lo permitido para evitar la ocasion tan próxima del crimen. Tales instituciones y legados ó mandas se tenían por no escritas, y cedían á beneficio de los demás herederos. Como en nuestra legislacion no hay una ley igual, que declare delito, ó que prohiba y anule un acto en sí indiferente y libre, no incurriría el escribiente en pena alguna, ni sería incapaz de percibir la herencia ó manda que escribió dictándolo el testador. No quiere esto decir que se pongan generalmente á salvo las disposiciones á favor del que las escribe en el testamento: en muchas circunstancias serán sospechosas; este es negocio de los jueces. Pero si consta que el testador las dictó, como no hay entre nosotros una ley igual á la del Senado-consulto Claudiano, ó sea Liboniano, habrán de sostenerse. Solo se dispensaba de la pena de falso, impetrandó indulto del Príncipe, al que de buena fe, por ignorancia de la ley, ó por respetos que debiese al testador, á quien no podía menos de obedecer como el hijo y el esclavo, se había escrito heredero ó legatario, ordenándolo aquel; mas no por eso se le declaraba capaz de percibir la herencia, ni el legado. Para remover toda sospecha, será buena prevencion en este caso, como lo era de necesidad entonces para que cesasen todos los efectos del Senado-consulto, ponga y firme la aprobacion de su testamento. Si era un extraño el amanuense instituido, debía ser especial esta aprobacion, diciendo: *He dictado y reconocido las disposiciones de este mi testamento concernientes á fulano que lo ha escrito.* A todos reputaba extraños el Senado-consulto menos al hijo y al esclavo; respecto de los cuales era bastante la aprobacion general, en que dixese he dictado y reconocido este mi testamento. El uso de estas prevencio-

Escribano hace veces en él de dos testigos: la segunda, porque su aprobacion, y autoridad se requiere esencialmente para su validacion, pero puede autorizar su testamento cerrado, y nuncupativo por sí con la solemnidad legal, porque como trata de su propio negocio, á nadie daña (1). Tambien puede autorizar el nuncupativo en que es establecido heredero, interviniendo la solemnidad de testigos y demás requisitos prescriptos por la ley quando no concurre Escribano, y depone luego los mismos testigos de su tenor, como si ante ellos solos lo formalizara en cédula, (á cuyo efecto firmarán el protocolo, y rubricarán sus hojas para que no se presuma suplantacion, ó engaño) porque la fé y autoridad que se dá al testamento, no consiste solo en que el Testador permita que un tercero se instituya, y escriba por su heredero, sino en que lo presencién los testigos necesarios, y les manifieste su voluntad, á fin de que si se duda de su contexto, puedan deponer de él, y no se cometa fraude. Lo mismo sucede con otro qualquier instrumento que no sea á su favor, haciendo protocolo, y observando la solemnidad, y formalidad prefinidas por derecho, porque en el Escribano concurren dos personalidades, una pública, y otra privada, y puede usar de ambas en un mismo acto, al modo que separadamente, ó en distintos de cada una (2).

281 Se duda si en el testamento, ó en otra última disposicion es requisito preciso para su estabilidad que el Escribano dé fe del conocimiento del Testador, ó bastará que depongan de él dos de los testigos instrumentales, al modo que para los contratos lo manda una ley Recopilada (3). Algunos AA. dicen que por lo que puede ocurrir en lo sucesivo, y para que se sepa si el Testador es ó no el mismo que

nes será ahora tambien oportuno para remover toda sospecha. El Senado-consulto dispensaba tambien al menor asi de la pena como de la incapacidad. Si se instituyen reciprocamente por herederos marido y muger, cesa tambien la presuncion de fraude. Véase á Cujac. in lib. 86. Salv. Julian.

(1) Frago de Regimine Republicæ part. 1. lib. 5. disp. 13. §. 11. n. 314. y sig. Molin. de Just. & Jure, tit. 1. disp. 125. n. 2. 3. y 5. (2) Angel. in §. Idem juris, n. 32. Institut. de Exception. Parlador. lib. 2. Rer. cap. 20. n. 23. (3) Ley 2. t. 23. l. 10. N. R. Mat. en la 2. tit. 4. lib. 5. R. glos. 7. n. 6.

expresa ser, debe intervenir uno de dichos requisitos; y otros siguen la contraria opinion, porque el testamento no es contrato obligatorio, del que pueda irrogarse perjuicio á tercero, sino una manifestacion de última voluntad, que el Testador tiene potestad de revocar hasta su muerte.

282 Mi dictamen, conformándose con el de estos AA. es que ninguno de los dos requisitos es preciso, y que aunque la ley 54. tit. 18. Part. 3. que trae la forma de ordenar los instrumentos, dice: *E debe ser muy acucioso el Escribano de trabajarse de conocer los omes á quien hace las cartas, quien son, é de que lugar, de manera que non pueda y ser fecho ningun engaño*, y la 2. t. 23. l. 10. N. R. manda al Escribano que si no conociere á alguna de las partes que quisiere otorgar el contrato, ó escritura, no la haga ni reciba, á menos que presente dos testigos que digan que la conocen, expresando de dónde son vecinos, y que si las conociere dé fé de su conocimiento; esto debe entenderse en los contratos, y aun en estos conviene mas esta diligencia los contrayentes por el perjuicio que se les puede causar de ignorar con quien contraen, que no el Escribano, pues este no sirve de otra cosa que de autorizarlo, y ordenarlo conforme á derecho para su mayor estabilidad, y de un testigo público, á fin de que los contrayentes no puedan retraerse; por lo que en diciendo: *que lo otorgaron así, y expresaron tener aquellos nombres y apellidos*, y dando fé de ello, parece que á nada más estará obligado; y si quando el Escribano, y testigos no conocen á los otorgantes, se dá por contento aquél, á cuyo favor se celebra el contrato, del conocimiento del otro, no corre riesgo, ni se anula, aunque carezca de este requisito, ni será cargo contra el Escribano, porque como no hay engaño, cesa el fin de la ley. Y si esto procede en los contratos, con mas razon debe proceder en los testamentos, y últimas disposiciones, en que no puede resultar perjuicio á tercero, por lo que aunque carezcan de los requisitos mencionados, no los anulan las leyes citadas, ni otra alguna, y seria cosa durísima que por no contenerlos fuese inutil el testamento, ó no pudiese el Testador manifestar su voluntad, y descargar su conciencia.

283 Esta opinion se funda además en que si alguno de

dichos requisitos fuera substancial, y de esencia para la validacion de los testamentos, y últimas voluntades, lo prevenirian las leyes Recopiladas, y de Partida (1), que tratan de su ordenacion y solemnidad (2), no permitirian otras que los peregrinos y romeros testasen, ni realmente podrian testar, porque en tierra extraña de nadie son conocidos. Por estas razones soy de sentir, y aconsejo al Escribano que aunque no conozca al Testador, ni haya quien lo conozca, no dexé de autorizar su testamento, pues es menor inconveniente que carezca de esta circunstancia, que el que muera intestado. Pero para poder dar fé de su conocimiento, ya sea en contrato, ó última disposicion, no es menester que sea de su lugar; ni que le haya tratado desde niño; basta que lo haya visto, y hablado tres veces, y sepa que comunmente se le llama por el nombre, y apellido que dice tener, y que por tal es conocido.

284 Los Religiosos de San Francisco son incapaces de adquirir, y retener bienes temporales en comun, y en particular, como tambien de todo dominio, y accion civil; de dar poderes para cosas tambien temporales; y de constituir obligacion acerca de ellas; y así quien lo ha de practicar todo es su Síndico como Procurador autorizado plenamente en amplia forma por la Silla Apostólica, á la qual toca su propiedad, y dominio, y el uso simple, natural, y de hecho á los Religiosos; de suerte que el Síndico ha de sonar, é intervenir unicamente en los contratos, pleitos, y demás actos civiles y profanos á nombre de la Silla Apostólica, ya sean promesas, ventas, donaciones, ó qualquiera otros que se celebren para utilidad, y socorro de los Religiosos, y sus Conventos, ó que por su parte deban hacerse á favor de alguna persona; y no se ha de decir que ellos, ni sus Prelados le dan su consentimiento, ni facultad para celebrarlos, pues no pueden darla, sino que por parecerles conveniente le piden que los celebre, haga ó admita; pero para las cosas puramente espirituales pueden conferir poderes, por no prohibírsele su regla; lo qual han declarado varios Sumos Pontífices.

(1) Leyes 1. y 2. tit. 18. lib. 10. N. R. y 103. tit. 18. P. 3. (2) Leyes 30. tit. 1. P. 6. y 2. tit. 30. lib. 1. N. R.

285 Sin embargo de lo expuesto, como no se les prohibe admitir para su uso, y sustento las limosnas de los fieles; para que por no estender como corresponde, atenta su regla, las cláusulas de herencias, y legados que les dexen, y no queden privados de ellos, debo advertir al Escribano que si los legados son de trigo, cebada, aceyte, vino, ú bienes muebles, de los que pueden usar lícitamente en propia especie para su sustento, ó para otra qualquiera necesidad, v. gr. materiales para obras, cálices, casullas, albas y otras cosas para decir Misa; sábanas, mantas, colchas, y colchones para la enfermeria; libros para estudiar; sitio para fundar, ensanchar, ó alargar su Convento, ó hacer huerta para su uso, &c. valen, ya se hagan á los Conventos, ó á qualquiera de sus Religiosos, y pueden admitirlos. Pero si las cosas legadas son tales que no pueden usarlas, v. gr. una bacada, yeguada, manada de ovejas, colmenas, barras de plata, oro, armas, ú otras semejantes, tierra, viña, olivar, casa, censos, ú otros derechos perpetuos, y se las dexan para que las posean, y usen ó las vendan por sí mismos y con su producto remedien sus urgencias, no vale el legado, ni pueden admitirlo; y así para que no carezcan de esta limosna, ni la voluntad del Testador dexé de cumplirse, ha de estender la cláusula en esta forma: *Mando que tal cosa* (la que sea) *se dé al Síndico de tal Convento de San Francisco, para que en nombre de la Silla Apostólica, ó en el mio la trueque, venda, ó enagene, y con su precio remedie las necesidades de sus Religiosos; cuya manda, y limosna le hago en los términos, via, y forma que mejor lugar haya en derecho, á efecto de que no caduque, antes bien sea válida y admisible, y logren el alivio que les desea.* Tambien puede mandar el Testador á sus testamentarios que hagan lo mismo que el Síndico dándoles poder para ello; porque lo contrario es opuesto á la mendicidad Apostólica; por cuya razon no pueden admitir herencias, ni legados dexados en otra forma, según lo tienen declarado varios Sumos Pontífices. Del mismo modo se ha de poner la cláusula de legado de débitos que el Testador tenga á su favor, ó de dinero que quiera dar de limosna á los Religiosos, ó á sus Conventos. Y si quisiere imponerles alguna carga de Misas, ú otra, se expresará en la cláusula la que sea. Pero de lo que se les dexa

para la Sacristía, ó culto Divino, ya sea, ó no perpetuo, no tienen prohibición de admitirlo, porque no es para ellos. Todo lo qual tendrá presente el Escribano, consultando en caso duda, si el tiempo se lo permitiere, con Religiosos de la Orden bien instruidos en sus reglas, para proceder con acierto, y que no queden privados de las limosnas de los fieles; y para mayor seguridad podrá ver el Manual de Escribanos escrito por el P. Fr. Diego Bravo, añadido á la exposicion de la regla de San Francisco que compuso el P. Fr. Diego Navarro, en cuyo Manual trae estendidas muchas cláusulas, y explica latamente lo que se debe observar para el fin referido, y otros.

§. XXI

De las diligencias que se deben practicar para la apertura de los testamentos y codicilos cerrados, y para reducir á instrumentos públicos los que se hacen de palabra, ó en cédula ante testigos.

286 Dexo ya explicado todo quanto concierne á la solemnidad de los testamentos y codicilos cerrados. Paso á expresar dentro de qué término está obligada la persona en cuyo poder existen, á manifestarlos á la Justicia: en qué pena incurre si no lo hace: quién es parte legitima para pedir su apertura, y cómo debe pedirla, por qué Juez se han de abrir, y cómo: y si antes de publicarse podrá hacerse transaccion, ó concierto sobre su contexto. El que tiene en su poder el testamento cerrado baxo de que falleció el que lo otorgó, debe presentarlo ante la Justicia Ordinaria del pueblo en que éste murió, dentro de un mes siguiente al día de su muerte, y no cumpliendolo, pierde el legado que le dexó, el qual se ha de distribuir por su alma; y no habiendo legado, debe pagar al interesado el daño que se le cause, y dos mil maravedís á la Real Camara sin excepcion de personas. No se exime de este cargo el Clérigo con pretexto de ser lego el Juez, porque lo es competente segun está declarado en la Real Cédula de 13 de Junio de 1775, que se inserta á la letra en

el lib. 1. cap. 1. §. 1. de la segunda parte, y en las leyes que se citan (1).

287 El que tiene interés en el testamento, ú otro en su nombre con su especial poder puede pedir se abra, expresando haber fallecido el Testador baxo de él, jurando no pedirlo de malicia, y si solo por presumir que es interesado, ó la parte á quien representa; cuyo pedimento debe dar ante el Juez Ordinario secular, y no ante otro. Estando en el lugar el testamento dispondrá el Juez que se traiga inmediatamente para abrirlo, y si está en otro, prefinir plazo al sugeto que lo tenga, para que lo presente (2).

288 Antes de su apertura ha de proveer auto mandando comparecer á su presencia los testigos instrumentales, los quales baxo de juramento que les recibirá (porque la ley no le permite cometer su examen al Escribano ni á otro por ser éste un acto personalísimo) reconocerán sus firmas, y la del Testador, ó del que por éste, ó por algunos de ellos firmó, é igualmente el testamento, ó quaderno que se les manifieste, y depondrán de su fallecimiento por haberlo oido, ó visto cadaver, y no sabiendolo, pondrá el Escribano fé de él á continuacion del auto con expresion de haber conocido vivo al Testador, y estar al parecer muerto; y si no lo conoció, de que en su casa y vecindad le aseguraron que era el mismo sugeto, pues sin que por uno de estos dos medios se acredite su fallecimiento, no se debe abrir, y constando la certidumbre del otorgamiento, y viendo el Juez que el testamento, ó quaderno en nada está sospechoso, debe abrirlo ante el Escribano y los testigos, y entregarlo á éste para que lo lea, y publique delante de todos, y despues de abierto, y publicado, reducirlo á escritura pública por otro auto, mandando que se tenga y estime por testamento, y última voluntad del difunto: que se den á los interesados en él los traslados, y testimonios que pidieren de lo que les corresponda; y que se protocolice en los registros del Escribano, ante quien se abra, interponiendo á todo para su mayor firmeza la autoridad de su oficio quanto haya lugar en derecho, pues hasta

(1) Leyes 1. y 2. tit. 2. P. 6. y 5. y 6. tit. 18. lib. 10. N. R. (2) Ley 2. tit. 2. P. 6.

para la Sacristía, ó culto Divino, ya sea, ó no perpetuo, no tienen prohibición de admitirlo, porque no es para ellos. Todo lo qual tendrá presente el Escribano, consultando en caso duda, si el tiempo se lo permitiere, con Religiosos de la Orden bien instruidos en sus reglas, para proceder con acierto, y que no queden privados de las limosnas de los fieles; y para mayor seguridad podrá ver el Manual de Escribanos escrito por el P. Fr. Diego Bravo, añadido á la exposicion de la regla de San Francisco que compuso el P. Fr. Diego Navarro, en cuyo Manual trae estendidas muchas cláusulas, y explica latamente lo que se debe observar para el fin referido, y otros.

§. XXI

De las diligencias que se deben practicar para la apertura de los testamentos y codicilos cerrados, y para reducir á instrumentos públicos los que se hacen de palabra, ó en cédula ante testigos.

286 Dexo ya explicado todo quanto concierne á la solemnidad de los testamentos y codicilos cerrados. Paso á expresar dentro de qué término está obligada la persona en cuyo poder existen, á manifestarlos á la Justicia: en qué pena incurre si no lo hace: quién es parte legitima para pedir su apertura, y cómo debe pedirla, por qué Juez se han de abrir, y cómo: y si antes de publicarse podrá hacerse transaccion, ó concierto sobre su contexto. El que tiene en su poder el testamento cerrado baxo de que falleció el que lo otorgó, debe presentarlo ante la Justicia Ordinaria del pueblo en que éste murió, dentro de un mes siguiente al día de su muerte, y no cumpliendolo, pierde el legado que le dexó, el qual se ha de distribuir por su alma; y no habiendo legado, debe pagar al interesado el daño que se le cause, y dos mil maravedís á la Real Camara sin excepcion de personas. No se exime de este cargo el Clérigo con pretexto de ser lego el Juez, porque lo es competente segun está declarado en la Real Cédula de 13 de Junio de 1775, que se inserta á la letra en

el lib. 1. cap. 1. §. 1. de la segunda parte, y en las leyes que se citan (1).

287 El que tiene interés en el testamento, ú otro en su nombre con su especial poder puede pedir se abra, expresando haber fallecido el Testador baxo de él, jurando no pedirlo de malicia, y si solo por presumir que es interesado, ó la parte á quien representa; cuyo pedimento debe dar ante el Juez Ordinario secular, y no ante otro. Estando en el lugar el testamento dispondrá el Juez que se traiga inmediatamente para abrirlo, y si está en otro, prefinir plazo al sugeto que lo tenga, para que lo presente (2).

288 Antes de su apertura ha de proveer auto mandando comparecer á su presencia los testigos instrumentales, los quales baxo de juramento que les recibirá (porque la ley no le permite cometer su examen al Escribano ni á otro por ser éste un acto personalísimo) reconocerán sus firmas, y la del Testador, ó del que por éste, ó por algunos de ellos firmó, é igualmente el testamento, ó quaderno que se les manifieste, y depondrán de su fallecimiento por haberlo oido, ó visto cadaver, y no sabiendolo, pondrá el Escribano fé de él á continuacion del auto con expresion de haber conocido vivo al Testador, y estar al parecer muerto; y si no lo conoció, de que en su casa y vecindad le aseguraron que era el mismo sugeto, pues sin que por uno de estos dos medios se acredite su fallecimiento, no se debe abrir, y constando la certidumbre del otorgamiento, y viendo el Juez que el testamento, ó quaderno en nada está sospechoso, debe abrirlo ante el Escribano y los testigos, y entregarlo á éste para que lo lea, y publique delante de todos, y despues de abierto, y publicado, reducirlo á escritura pública por otro auto, mandando que se tenga y estime por testamento, y última voluntad del difunto: que se den á los interesados en él los traslados, y testimonios que pidieren de lo que les corresponda; y que se protocolice en los registros del Escribano, ante quien se abra, interponiendo á todo para su mayor firmeza la autoridad de su oficio quanto haya lugar en derecho, pues hasta

(1) Leyes 1. y 2. tit. 2. P. 6. y 5. y 6. tit. 18. lib. 10. N. R. (2) Ley 2. tit. 2. P. 6.

que se abre no se debe tener, ni estimar por escritura pública, ni lo es por no haberse publicado su contexto.

289 No pudiendo ser habidos todos los testigos referidos, basta que comparezca la mayor parte, (que á lo menos han de ser quatro) y despues lo ha de enviar á los demas para el mismo efecto, si están en otro lugar, ó enfermos, ó son personas muy condecoradas, ú honradas, y aunque alguno niegue su firma, no ha de dexar por eso de abrirlo. Si no pueden comparecer todos, ni la mayor parte, y el Juez conoce que de esperarlos, y omitir su apertura, resultará perjuicio, debe llamar hombres buenos, abrirlo ante ellos, mandarlo trasladar, y leer, y que los tales hombres lo firmen, y luego volver á cerrarlo, y sellarlo: y despues que vengan los testigos instrumentales, manifestárselo para que lo reconozcan en la forma prevenida. Si practicadas estas diligencias, no resultase cosa en contrario, las mandará unir á las otras, y que de todo se dé traslado á los interesados, ó de lo que á cada uno corresponda. Hasta aquí la ley de Partid. (1) (a).

290 Pero si han fallecido todos los testigos (como puede suceder), ó están en esa opinion, ó ausentes sin saberse su paradero; se debe hacer informacion de ello, de la legalidad del Escribano ante quien se otorgó, si ha muerto, de que al tiempo del otorgamiento vivian, y estaban en el lugar, y de que eran personas que podian testificar, y hacer fé sus deposiciones; y si alguno conoce sus firmas, que las reconozca, ó se comprueben, (pues todo conduce para la mayor estabilidad del testamento) y luego el Juez lo mandará abrir en la forma explicada (2); y si quisiere, rubricará sus hojas sin embargo de que no es preciso, previniéndose así en la diligencia de apertura. Si el Escribano ante

(1) Ley 3. tit. 2. P. 6.

(a) Esta disposicion de la referida ley de Partida, es tomada de la ley *Sed si quis quemadmod. testam aperiant.* El Señor Gregorio Lopez, comentando esta ley, dice, que otorgándose ante Escribano el testamento cerrado en virtud de la ley 3. de Toro, no son necesarias estas diligencias de reconocimiento de las firmas de los testigos, y que es un error hacerlo publicar judicialmente, remitiéndose á otro en quanto al modo de su apertura. Sin embargo, la forma de publicacion ordenada por la ley 8 de Partida es la mas acertada.

(2) Bas theat. jur. prud. p. 1. c. 5. y 6.

quien se otorgó, vive, está en el lugar, y no se abre ante él, ha de reconocer tambien su signo, y firma, bien que no es rigorosamente necesario por no mandarlo las leyes. La apertura del codicilo requiere la misma solemnidad.

291 No puede hacerse pacto, concierto, ni transaccion antes de la publicacion del testamento cerrado sobre la herencia ó legados que contiene, y si se hace, es nula, porque puede haber dolo, y ser engañado el interesado en ellos (1); por lo que aunque uno afirme con juramento que el Testador le legó cierta cosa, demande al heredero sobre su entrega, y en virtud del juramento se la dé, si despues de abierto resulta ser incierto, debe restituirsela (2). El Juez debe mandar que se dé traslado integro del testamento á los herederos del Testador; y á los demas interesados en él de solo lo que les pertenece; sin mencionar el dia, mes, ni era en que fue hecho, para que no pueda cometerse falsedad, segun lo previenen dos leyes de Partida (3). Lo que actualmente se practica, es dar testimonio al interesado con insercion á la letra de la cláusula que le compete, cabeza, y pie del testamento, y nada mas, de lo qual no resulta perjuicio, falsedad, ni fraude.

292 Prohibiendo el Testador (por motivos que le asistan, y no necesita manifestar, ni deben indagarse) que su testamento ó parte de él se abra hasta el tiempo que prefine, ó que se publique, y dé traslado de cláusula determinada que señala, debe observarlo así el Juez; y si éste entiende que puede resultar perjuicio de dar copia de alguna cosa que contenga, debe mandar que no se dé aunque el Testador no lo haya prohibido (4); y por eso es buena prevencion que el Juez sin separarse de la presencia de los testigos, y Escribano, lo lea para sí antes de entregarlo á éste para su publicacion, por si contiene algo que no deba publicarse, como lo hacen los doctos y expertos, que saben su oficio.

293 Si el testamento está dispuesto en cédula, ó esquela simple ante el competente número de testigos hábiles pa-

(1) Ley 1. tit. 2. P. 6. y De his controversiis, ff. de Transact. (2) Ley 25. tit. 11. P. 3. (3) Leyes 103. tit. 18. P. 3. y 5. tit. 2. P. 6. (4) Leyes 5. y final, tit. 2. P. 6.

ra serlo, la presentará el heredero al Juez con pedimento, expresando si el Testador la escribió, ó quien, lo que pasó en aquel acto, y que por no haber Escribano en el pueblo, (ó por el motivo que haya habido) formalizó su disposición en aquellos términos, y que falleció baxo de ella, y pretendará que precediendo informacion de todo, y reconocimiento de las firmas de los testigos presenciales, se declare por testamento nuncupativo, y última voluntad del difunto lo que contiene la cédula, se den á los interesados las copias, y testimonios correspondientes, se protocolice todo en los registros del Escribano ante quien se presente, y que á ello, y á sus tratados interponga el Juez la autoridad de su oficio en legal forma. En vista de este pedimento, y cédula la habrá por presentada, mandará recibir la informacion, y que evacuada se lleve para proveer; y estándolo, dará otra providencia, por la qual lo declarará todo por testamento nuncupativo, y última voluntad del difunto, y deferirá á lo demás pretendido; de lo que se instruirá el Escribano por las diligencias que estendiere en el §. fin. Si el Testador lo dispuso de palabra ante el mismo número de testigos, se practicarán las propias diligencias, á excepcion de que en el pedimento se ha de pretender: *Que las deposiciones de los testigos se declaren por testamento del difunto*, omitir la presentacion de cédula, porque no la hay, y declaradas por testamento, valdrán como tal, aunque despues se mueran los testigos: todo lo qual es conforme á una ley de Partida (1), que no está derogada, ni corregida, y lo que se practica. Lo mismo se observará con el que pase ante Notario meramente Eclesiástico, como diré en su respectivo lugar.

§. FINAL.

Escrituras correspondientes á este capítulo.

Testamento regular.

249 En el nombre de Dios Todo-poderoso, Amen. Yo Don Francisco Solis y Guzman, natural y vecino de esta Corte, hijo

(1) Ley 4. tit. 2. P. 6.

legítimo de legítimo matrimonio de Don Juan de Solis y Guzman, y de Doña María de Toledo difuntos, naturales que tambien fueron de ella, hallándome por la Divina misericordia bueno y sano, y en mi entero juicio, creyendo y confesando, como firmemente creo y confieso el Misterio de la Trinidad, Padre, Hijo y Espiritu Santo, tres Personas, que aunque realmente distintas, tienen los mismos atributos, y son un solo Dios verdadero, y una esencia y substancia, y todos los demas Misterios y Sacramentos que cree y confiesa nuestra Santa Madre la Iglesia Católica Apostólica Romana, en cuya verdadera fé y creencia he vivido, vivo, y protesto vivir y morir como católico fiel christiano: tomando por mi intercesora y protectora á la siempre Virgen, é Inmaculada Reyna de los Angeles María Santísima, Madre de Dios y Señora nuestra, al Santo Angel mi Custodio, los de mi nombre y devocion, y demas de la Corte Celestial, para que impetren de nuestro Señor y Redentor Jesucristo, que por los infinitos méritos de su preciosísima Vida, Pasion y Muerte, me perdone todas mis culpas, y lleve mi alma á gozar de su presencia; temeroso de la muerte, que es tan natural y precisa á toda criatura humana, como incierta su hora, para estar prevenido con disposicion testamentaria quando llegue: resolver con maduro acuerdo y reflexion todo lo concerniente al descargo de mi conciencia, evitar con la claridad las dudas y pleitos, que por su defecto pueden suscitarse despues de mi fallecimiento, y no tener á la hora de este algun cuidado temporal que me obste pedir á Dios de todas veras la remision que espero de mis pecados: otorgo, hago y ordeno mi testamento en la forma siguiente.

Encomiendo mi alma á Dios nuestro Señor, que de la nada la crió, y mando el cuerpo á la tierra de que fué formado, el qual hecho cadáver, quiero se amortaje con el habito de nuestro Seráfico Padre San Francisco, y sepulte en la Iglesia Parroquial, de donde al tiempo de mi muerte fuere parroquiano.

Es mi voluntad que asistan á mi entierro (si fuere en público), el número completo de Sacerdotes de mi Parroquia, 30 Religiosos de San Francisco de Observancia de esta Corte, otros tantos del Colegio de Santo Tomás, Orden de Santo Domingo, igual número de San Francisco de Paula, 24 Pobres del Real Hospicio de San Fernando, y 18 Niños de la Doctrina, los que acompañen mi entierro hasta la Iglesia; y si fuere de secreto mando que mis testamentarios distribuyan en Misas por mi alma á su eleccion sin perjuicio del derecho de la Parroquia el importe de la limosna que por su asistencia se les habia de dar, y que en este caso á nada tengan derecho.

Mando que en el día de mi entierro siendo hora, y si no, en el inmediato, se celebre por mi alma Misa cantada de cuerpo presente con Diácono, Subdiácono, Vigilia y Responso, y que asistan á ofi-

ra serlo, la presentará el heredero al Juez con pedimento, expresando si el Testador la escribió, ó quien, lo que pasó en aquel acto, y que por no haber Escribano en el pueblo, (ó por el motivo que haya habido) formalizó su disposición en aquellos términos, y que falleció baxo de ella, y pretendará que precediendo informacion de todo, y reconocimiento de las firmas de los testigos presenciales, se declare por testamento nuncupativo, y última voluntad del difunto lo que contiene la cédula, se den á los interesados las copias, y testimonios correspondientes, se protocolice todo en los registros del Escribano ante quien se presente, y que á ello, y á sus tratados interponga el Juez la autoridad de su oficio en legal forma. En vista de este pedimento, y cédula la habrá por presentada, mandará recibir la informacion, y que evacuada se lleve para proveer; y estándolo, dará otra providencia, por la qual lo declarará todo por testamento nuncupativo, y última voluntad del difunto, y deferirá á lo demás pretendido; de lo que se instruirá el Escribano por las diligencias que estendiere en el §. fin. Si el Testador lo dispuso de palabra ante el mismo número de testigos, se practicarán las propias diligencias, á excepcion de que en el pedimento se ha de pretender: *Que las deposiciones de los testigos se declaren por testamento del difunto*, omitir la presentacion de cédula, porque no la hay, y declaradas por testamento, valdrán como tal, aunque despues se mueran los testigos: todo lo qual es conforme á una ley de Partida (1), que no está derogada, ni corregida, y lo que se practica. Lo mismo se observará con el que pase ante Notario meramente Eclesiástico, como diré en su respectivo lugar.

§. FINAL.

Escrituras correspondientes á este capítulo.

Testamento regular.

249 En el nombre de Dios Todo-poderoso, Amen. Yo Don Francisco Solis y Guzman, natural y vecino de esta Corte, hijo

(1) Ley 4. tit. 2. P. 6.

legítimo de legítimo matrimonio de Don Juan de Solis y Guzman, y de Doña María de Toledo difuntos, naturales que tambien fueron de ella, hallándome por la Divina misericordia bueno y sano, y en mi entero juicio, creyendo y confesando, como firmemente creo y confieso el Misterio de la Trinidad, Padre, Hijo y Espiritu Santo, tres Personas, que aunque realmente distintas, tienen los mismos atributos, y son un solo Dios verdadero, y una esencia y substancia, y todos los demas Misterios y Sacramentos que cree y confiesa nuestra Santa Madre la Iglesia Católica Apostólica Romana, en cuya verdadera fé y creencia he vivido, vivo, y protesto vivir y morir como católico fiel christiano: tomando por mi intercesora y protectora á la siempre Virgen, é Inmaculada Reyna de los Angeles María Santísima, Madre de Dios y Señora nuestra, al Santo Angel mi Custodio, los de mi nombre y devocion, y demas de la Corte Celestial, para que impetren de nuestro Señor y Redentor Jesucristo, que por los infinitos méritos de su preciosísima Vida, Pasion y Muerte, me perdone todas mis culpas, y lleve mi alma á gozar de su presencia; temeroso de la muerte, que es tan natural y precisa á toda criatura humana, como incierta su hora, para estar prevenido con disposicion testamentaria quando llegue: resolver con maduro acuerdo y reflexion todo lo concerniente al descargo de mi conciencia, evitar con la claridad las dudas y pleitos, que por su defecto pueden suscitarse despues de mi fallecimiento, y no tener á la hora de este algun cuidado temporal que me obste pedir á Dios de todas veras la remision que espero de mis pecados: otorgo, hago y ordeno mi testamento en la forma siguiente.

Encomiendo mi alma á Dios nuestro Señor, que de la nada la crió, y mando el cuerpo á la tierra de que fué formado, el qual hecho cadáver, quiero se amortaje con el habito de nuestro Seráfico Padre San Francisco, y sepulte en la Iglesia Parroquial, de donde al tiempo de mi muerte fuere parroquiano.

Es mi voluntad que asistan á mi entierro (si fuere en público), el número completo de Sacerdotes de mi Parroquia, 30 Religiosos de San Francisco de Observancia de esta Corte, otros tantos del Colegio de Santo Tomás, Orden de Santo Domingo, igual número de San Francisco de Paula, 24 Pobres del Real Hospicio de San Fernando, y 18 Niños de la Doctrina, los que acompañen mi entierro hasta la Iglesia; y si fuere de secreto mando que mis testamentarios distribuyan en Misas por mi alma á su eleccion sin perjuicio del derecho de la Parroquia el importe de la limosna que por su asistencia se les había de dar, y que en este caso á nada tengan derecho.

Mando que en el día de mi entierro siendo hora, y si no, en el inmediato, se celebre por mi alma Misa cantada de cuerpo presente con Diácono, Subdiácono, Vigilia y Responso, y que asistan á ofi-

ciarla el número de Sacerdotes referido, pagándose la limosna que se acostumbra (1).

Mando igualmente que se celebren doscientas Misas rezadas por mi alma, las de mis padres, y abuelos, y demas de mi obligacion, satisfaciendo de limosna por cada una tres reales de vellon, de que sacada la quarta parte correspondiente á la Parroquia, las restantes se celebrarán en las Iglesias, y Altares que elijan mis testamentarios, como tambien las referidas en la cláusula anterior.

Legó por una vez para la conservacion de los Santos Lugares de Jerusalem, y Tierra Santa, Redencion de Cautivos Christianos, y demas mandas forzosas veinte reales de vellon, y otros tantos con arreglo á lo que está mandado á los Reales Hospitales de esta Corte, con cuya limosna aparto á todos del derecho, y accion que podian pretender á mis bienes.

Para ayudar á la curacion de los pobres enfermos del Hospital de San Juan de Dios de esta Corte mando se entreguen al Padre Prior de él quinientos y cincuenta reales de vellon por una vez, y le encargo que los distribuya en este destino, y no en otro, y sobre ello la conciencia.

A Don Antonio de Salis mi hermano legó la caja, y espadin de oro de mi uso diario, y á Doña Teresa mi hermana mil ducados de vellon en dinero por una vez, para tomar estado; ó para los fines que quisiere, y les pido me encomienden á Dios.

Al criado mayor que me sirva al tiempo de mi muerte, legó toda mi ropa de lana, y seda, que entonces tuviere: á la criada que me asista, y hubiere en mi casa, la cama completa, en que durmiere con sus tablas, colchones, quatro almohadas, otras tantas sabanas, la manta, y colcha, que usáre en ella, y asimismo cincuenta ducados de vellon en dinero por una vez, y si hubiere dos, perciba todo este legado la mas antigua, y á la moderna se dén solo cincuenta ducados, y les pido me encomienden á Dios.

Declaro me hallo casado legitimamente con Doña Gertrudis Meneses, en cuyo matrimonio hemos procreado, y tenemos por nuestros hijos legítimos á Don Alexandro, Don Antonio, Don Josef, Doña Manuela, y Doña María Josefa de Solís, menores en la edad pupilar, de los quales, y de los demas que procreáremos constante el, usando de las facultades que me confiere la ley 3. tit. 16. de la Partida 6. nombro á la referida mi muger por tutora, y curadora de

(1) Algunos Testadores ricos suelen mandar que en su Parroquia, ó en otra parte se les haga Novenario, y Cabo de año sin mas expresion; y se duda si esto ha de ser con el mismo funebre aparato que el entierro; y para quitar dudas y pleitos entre los herederos, y Parroquias ó Conventos, prevendrá el Escribano al Testador que lo exprese con toda claridad, pues de omitirlo, se ocasionan gastos, y difere el cumplimiento de su voluntad.

sus bienes interin subsista viuda: y en atencion á su buena conducta, aplicacion, gobierno, y maternal amor que les profesa, y á que por consiguiente cuidará con el mayor zelo, y vigilancia de la conservacion, y aumento de ellos, la relevo de fianzas, y consigno frutos por alimentos para su crianza y manutencion. Suplico al Señor Juez ante quien se presenté testimonio de esta cláusula, apruebe, y confirme este nombramiento, y la decierta este encargo con la relevacion, y consignacion mencionadas, que así es mi voluntad; pero si volviere á casarse, mando que aunque dé fianzas se la quite la tutela, y saquen de su poder á mis hijos y sus bienes; y se entreguen á la persona mas christiana, y abonada que pareciere á dicho Señor Juez, el que les señale para su manutencion, y crianza lo que contemple preciso segun su calidad, y no frutos por alimentos, y el sobrante se deposite, y emplee quando haya proporcion, para aumento de sus legítimas, sobre todo lo qual le encargo la conciencia, y me conformo con la ley 5. del mismo título y Partida.

Declaro que tengo un Esclavo llamado Antonio de los Santos, (aquí se expresarán su color, edad, y demas señales que tenga, y el motivo porque lo hubo), al qual por haberme servido bien, y convertido á nuestra Santa Fe, ofreci antes de ahora dar libertad, y cumpliendo esta oferta, mando que desde el dia de mi fallecimiento en adelante sea libre, y como tal pueda tratar, contratar, testar, comparecer en juicio por sí, ó por su Procurador, y hacer todo quanto se permite al que es naturalmente libre, pues para ello le concedo plena libertad, y el mas amplio poder que necesite; y en consecuencia de lo que previene el derecho, me desisto, y aparto, y á mis herederos, y sucesores de el de Patronazgo que tengo sobre él: se lo remito, y cedo enteramente para que de esta suerte sea mas firme, y eficaz su manumision y libertad, y jamas pueda reclamarla; y mando se le den cien ducados de vellon en dinero por una vez, y toda su ropa, á fin de que pueda grangear, y ganar su vida, y le pido me encomiende á Dios.

Usando de la potestad que me confieren las leyes de estos Reynos, mejoró en el tercio que quede mis bienes despues de deducido el quinto, al expresado Don Alexandro mi hijo, el que le consigno en las tierras sitas en tal parte término de esta Villa, y mando que si su valor no alcanza á completarlo, se le reintegre lo que falte, en bienes muebles, y si excede, el sobrante sea para parte de pago de su legítima paterna.

A la mencionada Doña Gertrudis mi muger legó el remanente del quinto de mis bienes, el que la consigno en una casa que poseo en esta Corte en tal calle, bien entendido, que si volviere á casarse, aunque sea pasado el año de viuda, lo ha de restituir incontinenti á mis hijos, para que se divida entre ellos con igualdad, y no á prorata, á cuyo fin para desde el dia en que tome estado en ade-

lante, la privo enteramente de su propiedad, posesion, goce, y usufruto, y de que pueda enagenarla antes, ó despues, y en este caso revoco, y anulo este legado; y mando que el quinto se deduzca primero que el tercio, pero que no exceda de la legitima que á cada uno de mis cinco hijos debe tocar, sin embargo de qualesquier razones, y fundamentos que haya para deducirse del total de mis bienes.

Si entre mis papeles, ó en poder de mi Confesor, ó de otra persona se hallare una memoria con fecha posterior á este testamento, y relacion de él, ó sin fecha firmada de mi puño, ó escrita por mí, aunque no esté firmada, que contenga mandas, declaraciones, fundaciones, remisiones, ampliacion, mutacion, restriccion, ó revocacion de todo, ó parte de lo que dexo ordenado, ú otras cosas concernientes á mi última voluntad, mando que se tenga, y estime por parte integral de él, que como tal se protocolice sin necesidad de precepto judicial en los registros del presente Escribano: que su contexto se observe exácta, íntegra, é inviolablemente sin tergiversacion, como si aquí fuera especificado: y que á los verdaderos interesados se den las copias, y testimonios que pidan de lo que les corresponda, pues así es mi voluntad; pero no estando escrita, ó firmada por mí, no haga fe judicial, ni extrajudicialmente.

Para cumplir todo lo pio que contiene este testamento, y contuviere la memoria en caso de dexarla, nombro por mis testamentarios á Don Fulano, y Don Fulano, y á cada uno *in solidum*, y les confiero ámplio poder para que luego que fallezca se apoderen de mis bienes, vendan de los mas efectivos los precisos en pública almoneda, ó fuera de ella, y de su producto lo cumplan, y paguen, todo cuyo encargo les dure el año legal, y el mas tiempo que necesitáren, pues se lo prorogo.

Despues de cumplido, y pagado todo lo expresado, del remanente de mis bienes, muebles, raices, derechos y acciones presentes, y futuros insituyo por mis únicos, y universales herederos á los expresados Don Alexandro, Don Antonio, Don Josef, Doña Manuela, y Dona María Josefa de Solís y Meneses, mis cinco hijos, y de la referida Doña Gertrudis Meneses mi muger, y á los demas descendientes de legitimo matrimonio que tuviere al tiempo de mi muerte, y deban heredarme, para que los hayan, y lleven por su orden, y grado segun su representacion, y lo dispuesto por leyes de estos Reynos con la bendicion de Dios, y la mia.

Y por el presente revoco, y anulo todos los testamentos, y demas disposiciones testamentarias, que antes de ahora he formalizado por escrito, de palabra, ó en otra forma, para que ninguno valga, ni haga fe judicial, ni extrajudicialmente, excepto este testamento, y memoria citada, que quiero, y mando se estime, y tenga por tal, y se observe, y cumpla todo su contexto como mi última deliberada voluntad; ó en la via, y forma que mejor lugar haya en de-

recho. Así lo otorgo, y firmo ante el presente Escribano de su Magestad en esta Villa de Madrid á tantos de tal mes, y año, siendo testigos Pedro, Juan, Francisco, Diego, y Anselmo de tal, vecinos de ella, y al otorgante yo el Escribano doy fé que conozco. *La ley 103. tit. 18. Part. 3.* trata de la extension del testamento.

DIFERENTES CLAUSULAS DE TESTAMENTO.

Declaracion de la dote que la muger llevó al matrimonio, y de lo que su marido la ofreció en arras.

295 Declaro que quando Doña Fulana mi muger se casó conmigo, traxo á mi poder por dote, y caudal suyo propio en bienes muebles que se tasaron, tanta cantidad, y tanta en dinero, que toda ascendió á tanto: y que la ofrecí tanta en arras, y donacion *propter nuptias*, y de ello otorgué á su favor el correspondiente resguardo. Mando que se la haga pago de su dote íntegramente, y en quanto á las arras se tenga presente mi capital, y caudal que me tocáre, y si cupiere en la decima parte de mis bienes, se la entregue sin descuento lo que la ofrecí; y no cabiendo, se la satisfaga la parte que quepa.

Declaracion del capital que llevó el marido.

296 Declaro que quando contraxe matrimonio con Fulana, llevé por caudal mio propio tantos mil reales, de que otorgó á mi favor el capital correspondiente en tantos de tal mes y año ante Fulano Escribano Real. Mando se tenga presente para la deduccion de los gananciales, ó menoscabos, que pueda haber.

Otra de los hijos, que el Testador tiene, y de lo que dió á uno de ellos en cuenta de su legitima.

297 Declaro que del matrimonio que contraxe con Fulana, tengo por mis hijos legitimos á Francisco, Pedro, y Juan, de los quales Francisco se ha casado, y le di tantos mil reales en cuenta de su legitima paterna. Mando que los traiga á colacion, y particion con sus hermanos, y los reciba en parte de pago de ella, y si excediere, se tenga el exceso por mejora.

Legado del quinto por alimentos á un hijo natural.

198 Declaro que tengo un hijo natural llamado Pedro, que lo hube en Fulana, estando ambos solteros, y sin impedimento canónico no solo al tiempo de su concecion, sino al de su nacimiento, de

suerte que podíamos casarnos sin dispensacion; y mediante hallarme con descendientes legítimos procreados en Fulana mi muger difunta, usando de la facultad que me conceden las leyes 10. y 28. de Toro, le lego el remanente del quinto de todos mis bienes, derechos y acciones, que es lo que en este caso puedo dexarle por razon de alimentos, y si al tiempo de mi fallecimiento no tuviere otro legítimo, sea mi universal heredero.

Institucion de heredero á un hijo natural por falta de descendientes legítimos.

299 Por quanto me hallo sin descendientes legítimos, y con un hijo natural reconocido llamado Francisco, que procreé en Fulana, estando ambos solteros, y sin impedimento canónico para contraer matrimonio; por tanto sin embargo de que tengo legítimos ascendientes, usando de la potestad que me concede la ley 10. de Toro, insituyo por único heredero de todos mis bienes, derechos, y acciones al expresado Francisco, para los que haya, y herede con la bendicion de Dios, y la mia.

Mejora del tercio, y quinto hecha á una hija que llevó dote quando se casó.

300 Declaro que del matrimonio que contraxe con Fulana, tenemos por nuestros hijos legítimos á Francisco, y Juana: que ésta se halla casada con Fulano, y que quando se casó, la di en dote tanta cantidad; y respecto no poder ser mejoradas las hijas en contrato entre vivos por razon de dote, ni casamiento, mando que traiga á colacion, y particion con su hermano la dote que la entregué; pero mediante no estar prohibido que lo sean por última disposicion, la mejoro en el tercio, y remanente del quinto de mis bienes, que la consigno en tales tierras, para que lo haya, y herede á mas de su legítima; y mando asimismo que en la deducion del quinto se observe la ley del Estilo, segun se practica comunmente, y que el tercio se saque del residuo de la herencia.

Mejora que hace el padre á un hijo á quien por contrato oneroso prometió mejorar.

301 Declaro que quando mi hijo Fulano contraxo matrimonio con Fulana, prometí mejorarlo en el tercio, y quinto de mis bienes, y á ello me obligué en la escritura de capitulaciones que precedieron; y cumpliendo la obligacion que contraxe, y lo que en este caso manda la ley 22. de Toro, le mejoro en dicho tercio y quinto, para que lo haya, y herede á mas de su legítima, que

debe percibir, y el tercio se sacará de los bienes que queden baxado el quinto.

Legado de cosa empeñada en poder del Testador.

302 Declaro que Pedro de tal me pidió prestados mil reales de vellon sobre una salvilla de plata, y un aderezo en plata con tantos diamantes, y tantas esmeraldas, que me entregó en empeño para seguridad de la citada cantidad, de que nos hicimos el respectivo resguardo. Mando al expresado Pedro las alhajas referidas, y reservo á mis herederos la accion que les dá la ley 16. tit. 9. de la Partida 6. para que usen de ella como les convenga.

Revocacion ad cautelam con cláusulas derogatorias del testamento que otorga una muger.

303 Y por el presente revoco, y anulo todos los testamentos, y demas disposiciones testamentarias que antes de ahora formalicé por escrito, de palabra, ó en otra forma, para que ninguna valga, ni haga fé judicial, ni extrajudicialmente. Y porque si tomo estado de matrimonio, ó aunque no lo tome, puede suceder que el miedo, respeto reverencial, ó las eficaces persuasiones ó amenazas de mi marido, ú de otras personas me seduzcan, y violenten á variar de disposicion, especialmente si estoy enferma, y tal vez compellido manifestaré exteriormente que condesciendo, y quedaré privada del uso de la natural libertad de testar á mi satisfaccion, como ahora lo hago; para que esta disposicion no se frustre en todo, ni en parte, declaro que la ordeno de mi libre, y espontanea voluntad, me obligo á no revocarla en manera alguna, y mando que si falleciendo sin herederos forzosos, hiciere otra total, ó parcialmente contraria, no se entienda, ni estime revocada ésta á menos que aquella contenga en forma especifica tales palabras, (aqui expresará las que sean) y se cite en ellas este testamento, y la obligacion que incluye de no revocarlo, y no lo uno sin lo otro, pues en tal caso ha de tenerse aquella, y no ésta por mi última deliberada voluntad, ó en la via, y forma que mejor lugar haya en derecho: en cuyo testimonio así lo digo, otorgo, y firmo ante el presente Escribano en esta Villa de &c. (1).

(1) En el §. 14. de este capítulo queda estendida la cláusula que revoca el testamento que contiene la anterior, por lo que omito aqui su extension, como tambien la de las substituciones, fundaciones de Vinculos, Patronatos, Aniversarios y Capellanías por via de mejora, que se pondrán en sus respectivos lugares.

Cláusulas de exheredacion.

304 Mediante que mi hijo Pedro, con desprecio de los mandamientos divinos, y de la misma ley de la naturaleza, tuvo la osadía de poner en mí tal día á presencia de tales personas las manos ayudadas para herirme, ó matarme, y profirió contra mi honor palabras infamatorias, porque le reprehendí como padre sus vicios, amonestándole se abstuviese de ellos, y procurase vivir con el arreglo que como christiano temeroso de Dios debe tener, y que por este exécrable exceso es indigno de titularse hijo mio, y tener parte en mis bienes, desde luego, para que no quede impune, y sirva á otros de exemplo, y escarmiento, en uso de las facultades que me confieren las leyes del tít. 7. Part. 6. le abdicó, y desheredo enteramente de la legítima paterna que despues de mis días le podía tocar; le privó, y apartó del derecho que á ella podía pretender, y quiero, y mando que por razon de alimentos, ni por otro título, ni motivo no sea admitido total, ni parcialmente á su goce, ni tenido por hijo mio, como si no hubiera nacido: protesto no nombrarlo en este testamento por mi heredero, ni legatario, sin que esta pretericion, y desheredacion pueda anularse en tiempo alguno.

Otorgamiento de testamento cerrado, y diligencias para su apertura.

305 En la Villa de tal á tantos de tal mes y año ante mí el Escribano, y testigos Francisco Lopez vecino de ella, y natural de &c. (aquí se expresará su filiacion, y naturaleza como en el testamento nuncupativo) hallándose enfermo de la enfermedad que Dios nuestro Señor se ha sido servido darle, y en su entero juicio, creyendo &c. (aquí se pondrá la protestacion de la fé, y deprecacion, como en dicho testamento), dixo que tiene escrito, y ordenado su testamento en este quaderno cerrado que me entrega para este acto: que en él dexa señalado entierro, habito, y misas, y nombrado albaceas, y heredero: que quiere subsista de esta suerte el resto de su vida, y despues de muerto se abra, y publique con la solemnidad legal, y que revoca, y anula por él todos los testamentos, y demas disposiciones testamentarias que antes de ahora ha formalizado por escrito, de palabra, ó en otra manera, para que ninguna valga, ni haga fé judicial, ni extrajudicialmente: manda que solo este testamento se tenga, y observe por tal, y por su última deliberada voluntad, ó en la via, y forma que más haya lugar en derecho. Asi lo otorga, y firma, á quien doy fé conozco, rogó á los testigos presenciales, que lo fueron Pedro, Juan, Diego, Alonso, Martin, Tomas y Esteban de tal, vecinos de esta Villa que fir-

masen también, y por los que expresaron no saber, que lo hiciese el referido Tomás = Francisco Lopez = fui testigo: Pedro de tal = fui testigo Tomás de tal = fui testigo Antonio de tal = fui testigo Josef de tal = fui testigo Domingo de tal = testigo á ruego de Juan de tal: Tomás de tal = testigo á ruego de Diego de tal: Tomas de tal = ante mí Fulano de tal. = Yo Fulano de tal Escribano del Rey nuestro Señor, y del número de esta Villa de tal presente fui al anterior otorgamiento, y en fé de ello lo signo, y firmo = en testimonio de verdad: Fulano de tal.

Pedimento para la apertura del testamento cerrado.

306 Pedro Fernandez vecino de esta Villa ante Vn. como mas haya lugar, digo que Francisco Lopez vecino tambien de ella estando enfermo otorgó el testamento escrito que en debida forma presento, ante Fulano Escribano de este número en el día tantos de tal mes, y baxo de él falleció hoy á las siete de la mañana poco mas, ó menos, y respecto tener entendido que me dexó por su testamentario, (ó lo que sea); para que se cumpla lo que en él dispuso. = A Vn. suplico que habiéndolo por presentado, se sirva mandar se abra, y publique con la solemnidad legal, y que reduciéndolo á escritura pública, se den á los interesados los traslados y testimonios que pidan, y les competan, interponiéndolo á ello para su mayor validacion la judicial autoridad quanto ha lugar en derecho, pues asi procede de justicia que pido, juro no pedirlo de malicia, y para ello &c.

Auto.

307 Por presentado el testamento que se refiere: hágase la justificacion que se pretende con los testigos instrumentales, á cuyo fin comparezcan en este Juzgado, y evacuado en la parte que baste, se traiga todo para proveer. El Señor Don Fulano, Corregidor de esta Villa de tal lo mandó en ella á tantos de tal mes, y año, &c.

Informacion.

PRIMER TESTIGO

308 En tal Villa á tantos de tal mes y año, Pedro Fernandez contenido en el pedimento, y auto anteriores, cumpliendo con lo que por éste le está mandado, presentó por testigo á Fulano vecino de ella, de quien por ante mí el Señor Don Fulano, Corregidor de esta Villa recibió juramento por Dios nuestro Señor, y una señal de cruz en forma de derecho, y baxo de él prometió decir verdad, y lo que supiere sobre lo que fuere preguntado, y siéndolo por el referido

Señor Corregidor al tenor del pedimento citado, y habiéndole manifestado el testamento, y quaderno presentado: Dixo es cierto que Francisco Lopez vecino que fué de esta Villa, estando enfermo, y al parecer con pleno uso de sus potencias, y sentidos, otorgó en tal día su testamento cerrado ante Fulano Escribano de este número, cuyo acto presenció el declarante como testigo llamado, y rogado con los demas que en él constan, y á vista de todos expresó con palabras claras, y perceptibles que lo que dentro de dicho quaderno, ó volumen cerrado estaba escrito, era su testamento, y última voluntad: que en él dexaba elegido habito, entierro, y misas, y nombrado albaceas, y heredero: que no queria se abriese hasta que falleciese, y que entonces procediese para ello la solemnidad prescripta por derecho; y asimismo que por él révocaba todos los testamentos, y demas disposiciones testamentarias que antes hubiese formalizado, segun del otorgamiento consta. Todo lo qual expresó ante el declarante, y demas testigos instrumentales, que á un propio tiempo lo oyeron de su boca, porque estaban juntos en la pieza en que se hallaba enfermo, lo vieron, y concurrieron á dicho acto, y el declarante firmó como testigo con el Testador, y otros que supieron, cuya firma, que dice, *Fulano de tal*, es suya propia, la que acostumbra hacer, y por tal la reconoce, como tambien el quaderno, que está del mismo modo que quando firmó, y por los que dixeron no saber firmó Fulano, y todos encima de la cubierta del mencionado quaderno, é igualmente dixo que el otorgante falleció en este día de la enfermedad que padecía, por haberlo visto cada ver (ú oídolo decir), y no le consta haya otorgado posteriormente otro testamento de palabra, ni por escrito. Que es lo que sabe, y puede declarar, y todo la verdad baxo de dicho juramento, en que se afirma, ratifica, y lo firma con el Señor Corregidor, y expresa tener tantos años de edad, de que doy fé. = Don Fulano. = Fulano. = Ante mí Fulano.

Nota. Las deposiciones de los demas testigos (que á lo menos han de ser quatro), irán contextes con la precedente, mudando lo conveniente, y preciso en quanto á las firmas, pues si el Testador, ó algunos de los testigos, que se exâminaren, no firmaron, dirá quien firmó por ellos. Si el Juez dá comision al Escribano para que las reciba, se pondrá en el auto, y omitirá en ellas su concurrencia, bien que debe concurrir á todo, como dexo espuesto en su lugar. Y si se quiere omitir algo del contexto del otorgamiento, se puede hacer, remitiéndose á lo que de él consta, para que las declaraciones se despachen con mas brevedad y luego corresponden de el auto siguiente.

Auto.

309 Por lo que resulta de la informacion anterior, y mediante estar sin la mas leve sospecha de rotura, ni otra el testamento presentado, se abra, y por el presente Escribano publique en forma, y hecho, se proveerá á lo demas pretendido: el Señor Don Fulano Corregidor de esta Villa de tal lo mandó &c.

Diligencia de apertura.

310. Incontinenti el expresado Señor Corregidor quitó á mi presencia, y de los testigos exâminados el sello (*lacre, oblea, ó lo que sea*) con que estaba cerrado el citado quaderno y testamento, y lo abrió, y leyó para sí tácitamente, y luego me lo entregó, á fin de que lo publique, el qual tiene tantas hojas útiles escritas en papel comun (*ó sellado segun sea*) y al pie una firma que dice: *Francisco Lopez*, (si no está firmado, se dirá: *y está sin firmar*) y su literal tenor es el siguiente, de que doy fé. = Fulano de tal.

Nota. Aquí se ha de insertar el testamento quando se saque copia de él; previniendo que primero se copian el pedimento, informacion, autos anteriores, y diligencia de apertura por orden, despues el testamento, luego su otorgamiento, y lo último el auto que se sigue.

Auto.

311 En tal Villa á tantos de tal mes, y año el Señor Don Fulano Corregidor de ella habiendo visto estos autos, dixo que reduce á escritura pública, y declara por testamento, y última voluntad de Francisco Lopez todo lo que en tantas hojas que contiene, y rubricó, está escrito; manda que se protocolice en los registros del presente Escribano, y traslade conforme á la ley, y que de él, y de estos autos se den á los interesados las copias, y testimonios que pidieren, y les pertenecieren, pues para la mayor subsistencia, y validacion de todo interpone su autoridad en legal forma, y lo firma, de que doy fé. = Don Fulano. = Ante mí. = Fulano.

Nota. Si está escrito en papel sellado, se omitirá en el auto el precepto de que se traslade conforme á la ley, porque no es necesario. Algunos ponen baxo de un contexto la diligencia de apertura, y auto último sin separacion. Cada uno ajústese á lo que mejor le parezca, pues surte el propio efecto, y nada se varía en la substancia.

Diligencias para declarar por testamento nuncupativo el dispuesto de palabra ante testigos.

PEDIMENTO.

312 Francisco Perez, vecino de esta Villa, ante V. como mas haya lugar digo que Antonio Lopez, de la misma vecindad, hallandose en tal dia muy gravado de la enfermedad que padecia, pero en su juicio natural: y considerando que segun la critica situacion en que estaba constituido, moriria *ab intestato*, por evitar que esto sucediese, mediante no haber Escribano en esta Villa, (6 por el motivo que haya) dió orden á un criado suyo para que llamase cinco testigos, todos vecinos de ella, que fueron Pedro, Sancho, Diego, Martin, y Juan de tal; y á su presencia precedida la protestacion de la fé, les dixo que se comtemplaba mortal, y por si Dios fuese servido llamarle á juicio, queria se enterrase su cadáver en su Iglesia Parroquial: que por su alma se celebrase el dia de su entierro siendo hora, y si no, en el siguiente, Misa cantada de cuerpo presente con Diacono, Subdiacono, Vigilia, y Responso, y tantas rezadas, su limosna á tanto: (*aquí se expresará lo demas que hubiere dispuesto*) nombró por sus testamentarios á Lorenzo, y Josef de tal, y á cada uno *in solidum* para que evaquasen su voluntad dentro, ó fuera del término legal: me instituyó por unico, y universal heredero de sus bienes: revocó, y anuló todas las disposiciones testamentarias, que anteriormente tuviese hechas: y pidió á los testigos referidos que lo fuesen de como todo lo expuesto queria se estimase, y cumpliese, por su testamento nuncupativo, y última deliberada voluntad, ó en la via, y forma que mejor lugar hubiese en derecho, y que asi lo declarasen en juicio, si sobre ello fuesen preguntados; y mediante haber fallecido hoy baxo de esta disposicion, para que tenga efecto: = A V. suplico se sirva mandar que al tenor de este pedimento se examinen conforme á la ley todos los testigos nominados, y constando la certeza de su contexto, declarar sus deposiciones, por testamento nuncupativo, y última voluntad del prenotado Antonio Lopez, y asimismo providenciar que se protocolicen en los registros del presente Escribano, y den á los interesados los traslados, y testimonios que pidieren, y fueren de dar, interponiendo á todo para su mayor validacion, y firmeza la judicial autoridad quanto ha lugar en derecho, pues asi procede de justicia que pido, juro lo necesario, y para ello &c.

Auto.

313 Recibase á esta parte la informacion que ofrece por ante el presente Escribano, á quien para ello se dá comision en forma,

y evacuada se traiga para proveer lo que haya lugar sobre lo que se pretende: el Señor Don Fulano, Corregidor de esta Villa de tal, lo mandó, y firmó á tantos, &c.

Informacion.

TESTIGO PRIMERO.

314 En tal Villa á tantos de tal mes, y año ante mí el Escribano Francisco Perez, vecino de ella, presentó por testigo para la informacion que tiene ofrecida, y le está mandada dar, á Pedro de tal vecino tambien de ella, de quien en virtud de la comision que en el auto precedente me está conferida, recibí juramento por Dios nuestro Señor, y una señal de cruz en forma de derecho, y baxo de él prometió decir verdad, y lo que supiere sobre lo que fuere preguntado, y siéndolo por mí al tenor del pedimento que la motiva, dixo: que en tal dia á tal hora poco mas ó menos fué á la casa de Antonio Lopez difunto en consecuencia de recado que le envió con un criado suyo, y á su presencia, y de Sancho, Diego Martin, y Juan de tal todos vecinos igualmente de esta Villa, expresó que hallándose gravemente enfermo, y no queriendo morir intestado los llamaba para que fuesen testigos de su disposicion, y última voluntad; y con efecto empezó á decir que creia, y confesaba todos los Misterios, y Sacramentos de nuestra Santa Madre la Iglesia Católica Apostólica y Romana, en cuya fé, y creencia habia vivido, y vivia, y protestaba vivir, y morir como Católico fiel Cristiano: que queria se enterrase su cadáver en su Parroquia á tal hora con tal fúnebre aparato, y acompañamiento, y se le amortajase con tal habito: que el dia de su entierro se celebrase por su alma misa cantada de cuerpo presente con Diacono, Subdiacono, Vigilia y Responso, y tantas rezadas, su limosna á tanto: (*aquí se pondrá lo demas que hubiere declarado, y mandado*) que nombraba por sus testamentarios á Lorenzo, y Josef, de tal, y á cada uno *in solidum*, y les daba amplio poder, y facultad para cumplir todo lo que dexaba ordenado, y para ello les prorrogaba el término que necesitasen: que instituí por único heredero de todos sus bienes á dicho Francisco Perez, y que revocaba todos los testamentos, y demas disposiciones testamentarias que antes hubiese formalizado por escrito, de palabra, ó en otra forma, para que ninguna valiese, ni hiciese fé judicial, ni extrajudicialmente, excepto la que á presencia del declarante, y demas testigos expresados manifestó verbalmente, y dexa referida, la qual quiso se estimase y observase como su testamento, y última deliberada voluntad, ó en la mejor via y forma que hubiese lugar en derecho: todo lo qual expresó clara, y distintamente á los mencionados testigos á

un propio tiempo, estando al parecer con pleno uso de su juicio, aunque enfermo, y les previno lo tuviesen presente, y declarasen, si en juicio fuesen preguntados; y sabe el declarante que el referido Testador falleció baxo de esta disposicion, porque oyó decir que no había otorgado posteriormente otra. Que es lo que pasó en aquel acto, puede declarar, y todo la verdad baxo del juramento que dexa hecho, en que se afirma, ratifica, y lo firma, y dixo ser de tantos años de edad poco mas, ó menos, y que no es pariente de la parte que le presentó, doy fé. = Fulano. = Ante mí. = Fulano.

Nota. Las declaraciones de los demas testigos han de ser arregladas, y conformes á ésta en todo, menos en quanto á las firmas y edad, que variarán segun sea, y sepa el testigo, y luego corresponde el siguiente

Auto.

315 En tal Villa á tantos de tal mes y año el Señor Don Fulano Corregidor de ella habiendo visto estos autos, dixo que mediante resultar por las contextes declaraciones de los cinco testigos instrumentales examinados la disposicion baxo de que falleció Antonio Lopez vecino que fué de esta Villa, debia declarar y declaraba todo quanto está expresado en ellas por su testamento nuncupativo, y última deliberada voluntad; y en su consecuencia mandó que como tal se observe, y cumpla íntegra é inviolablemente: que estos autos se protocolicen en los registros de escrituras públicas del presente Escribano, á que reduce dichas deposiciones: que por tal se estimen y tengan: y que de todo se den á los interesados los traslados y testimonios que pidieren, y fueren de dar, de manera que hagan fé, pues para su mayor validacion interpone la autoridad de su oficio quanto puede, y ha lugar en derecho, y lo firma, de que doy fé. = Don Fulano. = Ante mí. = Fulano.

Nota. Si el testamento fuere dispuesto en cédula ante testigos, se practicará lo que dexo prevenido en el §. XXI. y respecto de que con ello, y con las diligencias estendidas puede el Escribano instruirse radicalmente de todo, omito su ordenacion, por evitar prolixidad nada necesaria. Tendrá cuidado de expresar si los testigos de estos dos testamentos son, ó no parientes del heredero, y si lo son, en que grado, pues dentro del quarto civil les está prohibido serlo, como dexo expuesto en el §. I., y por esta razon puede viciarse el testamento, lo que no podrán decir en el otorgamiento, y apertura del cerrado, porque ignoran quien es el heredero, y por eso no lo puse como en el de palabra. Asimismo que el Notario meramente Eclesiástico no puede como tal autorizar testamentos, ni escritura pública entre legos, y si los autoriza, son nulos (1); pero se

(1) Ley 2. t. 14. l. 2. N. R.

pueden revalidar los testamentos hechos ante él, practicando las diligencias que con los referidos en esta nota, acerca de lo qual véase á Flores de Mena Var. quest. 1. núm. 13. al 18. y á los que cita.

Codicilo abierto.

316 En tal parte á tantos de tal mes y año ante mí el Escribano y testigos Francisco Lopez vecino de ella dixo, que en tal dia de tal mes y año otorgó su testamento ante Fulano Escribano Real, del qual ha deliberado quitar, y enmendar algunas cosas, y añadir otras, y poniéndolo en execucion, por via de codicilo, ó en la forma que mas haya lugar en derecho ordena, declara, y manda lo siguiente.

Manda que á mas de las tantas misas, que dexa por su alma, se celebren por su intencion tantas en tales Altares de tal Iglesia, y que se dé por la limosna de cada una tanta cantidad.

Manda que el legado de tanta cantidad que hizo á Pedro, no se le entregue, y para que no tenga accion á pedirlo, lo revoca enteramente.

Quiere que el residuo del quinto de sus bienes se dé á Fulana su hija, á cuyo fin se lo lega, para que lo haya, á mas de su legitima.

Declara que despues de haber otorgado dicho testamento contraxo matrimonio Fulano su hijo, y que le dió tanta cantidad en cuenta de su legitima: manda que la traiga á colacion, y particion, y lo mejora en el tercio de todos sus bienes, cuya deducion se ha de hacer despues de sacado el quinto.

Nota. Asi proseguirá con lo demas que quiera disponer, no excediendo de las facultades que el derecho le concede, y luego proseguirá en la siguiente forma.

Todo lo qual quiere que valga en la via, y forma que mejor lugar haya en derecho, y manda se guarde, cumpla, y execute inviolablemente; y revoca, y anula dicho testamento en todo lo que fuere contrario á este codicilo, y en lo que sea conforme con él, y en todo lo demas lo aprueba, ratifica, y dexa en su fuerza, y vigor para que se estime por su última deliberada voluntad, y con ningun motivo ni pretexto se contravenga. Así lo otorga, y firma, á quien doy fé conozco, siendo testigos, &c. (1).

Otra. Si el Testador no tuviere hecho testamento, no se mencionará en el codicilo, y se omitirá en el pie de éste la cláusula de su revocacion y aprobacion que contiene. Si quisiere nombrar heredero en él, no se detenga el Escribano en ponerlo, pues aunque es

(1) Han de ser los mismos en número, sexo, y edad que para el testamento nuncupativo.

verdad que el Testador no puede hacerlo, si lo hiciere, no se estimará por codicilo sin embargo de que se llame así, sino por testamento, como dexo expuesto; y el que instituya, llevará la herencia, respecto no tenerlo hecho antes. Pero que lo tenga, ó no otorgado, podrá poner en él (si quisiere) la protestacion de la fé, naturaleza, y filiacion del Testador, como tambien en el cerrado, y la cláusula codicilar en ámbos.

Otorgamiento de codicilo cerrado.

317 En tal parte á tantos de tal mes y año Francisco Lopez vecino de ella estando enfermo, (ó sano) y en su entero juicio, &c. dixo: que en tal día, mes, y año otorgó su testamento ante Fulano Escribano, y por haber reflexionado con madurez lo que en él tiene dispuesto, ha revocado, quitado, y enmendado algunas cosas, y añadido otras por el codicilo cerrado que expresa estar dentro de este quaderno, y me entrega, y por tal lo otorga: y quiere, y manda que despues que fallezca, y no antes, se abra y publique con la solemnidad por derecho prescripta, y que su contesto valga, y se cumpla, y execute sin tergiversacion como su última deliberada voluntad, ó en la mejor forma que haya lugar en derecho, pues en lo que fuere opuesto el citado testamento, lo revoca, y anula, y en todo lo demas lo ratifica, y dexa en su fuerza, y vigor: y revoca asimismo todos los codicilos que antes de ahora haya formalizado, para que ninguno valga judicial, ni extrajudicialmente: Asi lo otorga, y firma, á quien yo el Escribano doy fé conozco, siendo testigos &c.

Nota. En el otorgamiento del codicilo cerrado han de intervenir cinco testigos vecinos, pudiendo ser habidos, como queda expuesto, y firmar encima del quaderno como en el testamento escrito; pues aunque la ley no lo previene, ni manda, versa igual razon, y debe obrar la misma disposicion legal, por ser instrumento de la propia naturaleza, por lo que requiere su apertura identica solemnidad sin diferencia. En quanto á la protestacion, revocacion del testamento, quando no lo hizo antes, y otras cosas, véase la nota precedente.

Poder para testar.

318 En tal Villa á tantos de tal mes, y año ante mí el Escribano, y testigos Francisco Lopez vecino de ella &c. (aquí se pondrá la naturaleza, y filiacion del Testador, y protestacion de la fé, é imploracion del Divino auxilio como en el testamento nuncupativo, y luego proseguirá): dixo que por quanto sus graves ocupaciones y otros motivos no le permiten disponer con la claridad, madurez, y reflexion que desea, y se requiere, las cosas

concernientes á su última voluntad, y tiene suma satisfaccion, y confianza de que Juan Rodriguez vecino tambien de esta Villa, su íntimo amigo, las desempeñará con el acierto, prontitud y eficacia correspondiente, por haberselas comunicado, y estar bien cerciorado de ellas: Por tanto estando como por la infinita misericordia de Dios está bueno, y en su entero juicio, temeroso de la muerte, deuda tan precisa á todo viviente humano como incierta su hora, para que quando llegue, no le halle desprevenido de disposicion testamentaria, en la mejor forma que haya lugar en derecho Otorga, y confiere al citado Juan Rodriguez tan amplio, firme, y eficaz poder como es necesario, para que en su nombre, y representado su persona, formalice, y ordene dentro ó fuera del término legal su testamento, y última voluntad, ó declaracion, ó disposicion de pobre segun el caudal que dexa, haciendo en él los legados pios, forzosos, y graciosos que le pareciere, y las fundaciones de Vinculos del tercio, y quinto, ó qualquiera de ellos por via de mejora en qualquiera de sus hijos varones con las sumisiones, substituciones, y gravamen de restitution, y fideicomiso en el tercio, que prescribe la *ley 27. de Toro*; señalando el importe de la mejora en los bienes raices que dexare; substituyendo á sus hijos pupilos, dándoles por substitutos á sus hermanos, ó qualquiera de ellos, nombrando por su tutor á Pedro, Diego, ó Antonio de tal; y haciendo asimismo las declaraciones, remisiones de deudas, descargos de su conciencia, y demas cosas que el otorgante le tiene comunicado, y comunicará en lo sucesivo, ó declarando haber muerto pobre, sino dexase bienes de que testar; pues aprueba todo lo que con arreglo á las referidas facultades practicaré, y quiere tenga la misma validacion, y subsistencia que si aqui fuera literalmente expresado, y que por tal se estime; para lo qual, le dá el mas absoluto, y eficaz poder con todas las firmezas y amplitudes convenientes que legalmente se requieren, con libre, franca, y general administracion; y para ello, otorga su testamento, ú otra disposicion, y evacuar enteramente todo lo que disponga, ordene, y declare en virtud de este poder, le prorroga el término que el derecho prescribe, por el que necesite sin limitacion, y solo reserva en sí lo siguiente.

Nota. Aqui se pondrá su entierro, Misas, y otras cosas si quisiere, y elegirá mas testamentarios, y si lo dexa todo á eleccion del comisario, omitirá la cláusula de reservacion, pero la siguiente es precisa, por estar prohibido al comisario instituir heredero, y consignar la mejora, y al Testador, cometerle su consignacion.

Y en el remanente de todos sus bienes muebles, raices, derechos, y acciones instituye por sus universales herederos á Francisco, Diego, Juan, Maria, Micaela, y Antonia Lopez sus seis hijos legítimos, y de Ignacia Fernandez su muger, y á los demas descendien-

tes de legítimo matrimonio que tuviere al tiempo de su muerte, y por su orden, y grado deben heredarle, para que los hayan con arreglo á lo que mandan las leyes de estos Reynos segun su representacion con la bendicion de Dios, y la suya; previniendo que el quinto no ha de exceder de la legítima que á cada uno toque, y que si todos sus tres hijos varones, ó alguno de ellos hubieren muerto al tiempo de otorgar el testamento, no ha de haber mejora alguna en sus nietos, ni en otro descendiente de estos, pues en este caso la revoca en quanto á ellos.

Y por el presente revoca, y anula todos los testamentos, poderes para testar, y demas disposiciones testamentarias, que antes de ahora ha otorgado por escrito, de palabra, ó en otra forma, para que ninguna valga, ni haga fé judicial ni extrajudicialmente, excepto este poder, y testamento, ú otra disposicion que en su virtud se ordene, que quiere, y manda se tengan, y cumplan por su última deliberada voluntad, ó en la mejor forma que haya lugar en derecho. Así lo otorga, y firma á quien doy fé conozco, siendo testigos Fulano, Fulano, Fulano, Fulano, y Fulano vecinos de esta Villa.

Testamento en virtud de poder.

319 En tal parte á tantos de tal mes, y año ante mí el Escribano, y testigos Pedro Fernandez vecino de ella, en nombre de Francisco Lopez difunto, y en virtud del poder para testar que le confirió en ella á tantos de tal mes, y año ante Fulano Escribano Real, cuya copia original me entrega para documentar este testamento, é incorporarla en sus traslados, y su literal tenor es el siguiente.

Aquí la copia del poder.

Concuerta el poder inserto con el que está en el protocolo de este testamento, de que doy fé, y asegurando el otorgante como asegura, y declara no estarle revocado, suspenso, ni limitado, que lo tiene aceptado, y por el uso de sus facultades aceptándolo nuevamente, dixo que el mencionado Francisco Lopez falleció en tal dia baxo del poder inserto, y en cumplimiento de lo que en él dexó ordenado, y le comunicó, se hizo en el siguiente su entierro en público, al qual asistieron el número completo de Sacerdotes de su Parroquia en la que fué sepultado su cadáver, veinte Religiosos de San Francisco, otros tantos de tal Religion, tantos Pobres del Real Hospicio de San Fernando, y tantos Niños de la Doctrina: se celebró por su alma misa cantada de cuerpo presente con Diácono, Subdiácono, Vigilia, y Responso, y por todo se pagaron los correspondientes derechos.

Quiso, y encargó el otorgante que se dixesen por su alma, é

intencion tantas misas rezadas, su limosna á tres reales de vellon, y el otorgante cumpliendo con su encargo, declara haber mandado celebrar tantas, y quiere que las restantes se digan en la Parroquia, á la qual como quarta parte de todas tocan, pues esta fué la voluntad del difunto.

Quiso igualmente que para la conservacion de los Santos Lugares de Jerusalem, Redencion de Christianos cautivos, y demas mandas forzosas se diesen tantos reales de vellon, por una vez, y otros tantos á los Reales Hospitales de esta Corte; y el otorgante en observancia de su voluntad, manda que se les entreguen, y con ellos los aparta del derecho que podian pretender á sus bienes.

Por el preinserto poder mandó que si se encontraba una memoria firmada de su puño, ó escrita de él, aunque no estuviese firmada, que contuviese cosas concernientes á su última voluntad, se tuviese por parte de este testamento, se protocolizase con él, y se observase íntegramente su contexto; y el otorgante declara que sin embargo de haber registrado, y reconocido exáctamente sus papeles; no la halló, ni tiene noticia de que la haya dexado.

Dió facultad al otorgante por el referido poder para mejorar á qualquiera de sus hijos en el tercio, y remanente del quinto de sus bienes, y en uso de ella, y en virtud de lo que le comunicó, mejora en ellos á Josefa Lopez su hija de edad de seis años, para que respecto no estar criada, le sirva su importe de ayuda á su crianza, y quando llegue el caso, para tomar estado, con la condicion de que el quinto se ha de deducir primero que el tercio con arreglo á la ley 214. del Estilo: agregarse su residuo si lo hubiere, al resto de la herencia, y de éste sacarse el tercio, y no en otros términos, pues ésta fué la voluntad de su padre; y mediante no haberle consignado bienes para la mejora, y carecer el otorgante de potestad para hacer su consignacion, lo omite.

Igualmente se la dió para elegir tutores de su hijos menores con relevacion de fianzas, ó como le pareciese; y usando de ella, nombra por tutora, y curadora *ab bona* de la prenotada Josefa Lopez á María Rubio su madre relevada de aquellas, para que la eduque, y cuide de la conservacion de sus bienes, y en caso de que se vuelva á casar, ó muera antes que la expresada su hija llegue á la pubertad, nombra por su tutor á Juan Fernandez su tio vecino de esta Villa, y por su previo fallecimiento á Roque Rodriguez persona de integridad, y abono, y de la propia vecindad, con la calidad de que éstos han de afianzar á satisfaccion de la Justicia; y suplica, y encarga á los Señores Jueces ante quienes se presente testimonio de esta cláusula, aprueben, y confirmen esta eleccion, y en su consecuencia los hayan por nombrados, y les disciernan su encargo en la forma enunciada, pues el Testador así lo quiso, y comunicó al otorgante, el qual lo declara para que conste,

y se observe inviolablemente su voluntad; y en quanto á los demas hijos menores mediante no ser pupilos, ni deber dárseles tutor testamentario por tener facultad de elegirlo por sí mismo, ni tampoco haberle comunicado el Testador cosa alguna sobre ello, omite la eleccion.

De esta suerte irá estendiendo el Escribano las demas cláusulas hasta la conclusion del testamento, arreglándose el comisario al poder, y á lo que el derecho permite al Testador en lo que le haya comunicado; y si no se hiciere algo de lo contenido en el poder, expresará el motivo.

Declaracion de pobre.

320 En el nombre de Dios Todo-poderoso. Amen. En tal Villa á tantos de tal mes, y año ante mí el Escribano, y testigos Juan Perez vecino de ella (*aquí se pondrá la naturaleza, filiacion, protestacion de la fé, é invocacion del patrocinio de los santos como en el testamento; y luego proseguirá en esta forma*): Declara que por la calamidad, é injuria de los tiempos se halla muy pobre, por lo que suplica al Señor Cura propio de tal Parroquia, de donde actualmente es Parroquiano, ó á el de donde lo sea al tiempo de su muerte, lo mande enterrar de limosna, y haga por su alma todo el bien que pueda, pues así lo espera de su christiana piedad.

Nota. Aqui podrá el Testador hacer mandas, mejoras, y todo lo demas que en el testamento, disponiendo, y hablando de los bienes que pueda adquirir, por si llega á tenerlos, y luego la cláusula de heredero en la forma siguiente, y á su continuacion la regular de revocacion de otras disposiciones testamentarias anteriores.

Y por si en algun tiempo adquiriese, y le tocaren algunos bienes muebles, raices, derechos, y acciones por qualquier título, causa, ó razon, instituye por sus universales herederos á Pedro y Josefá Perez sus hijos legítimos y de María Hernandez su muger y á los demas descendientes de legítimo matrimonio que deban heredarle, para que los perciban por su órden, y grado, segun su representacion en la forma prescripta por derecho Real con la bendicion de Dios, y la suya.

Aceptacion de herencia.

321 En tal Villa á tantos de tal mes, y año ante mí el Escribano, y testigos Francisco Lopez vecino de ella dixo ha llegado á su noticia que Juan Lopez su padre falleció en tal parte, tal dia, y dexó algunos bienes, y deudas; y respecto ignorar á quanto ascienden, para que en este caso no sea perjudicado, ni esté obligado

á mas de lo que importe la herencia, en la via y forma que mejor lugar haya en derecho: = Otorga que acepta con beneficio de inventario, y no en otros términos la herencia, y bienes de su difunto padre, y en su consecuencia pide al Señor Corregidor de la referida Villa la haya por aceptada, y mande á los coherederos hagan inventario formal, y tasacion de sus bienes sin ocultacion; y que á este fin elijan los tasadores prácticos, é inteligentes que les pareciere, pues el otorgante se conforma desde ahora con ellos, y se obliga á estar, y pasar por la que hicieren, sin impugnacion; y practicada que sea, protesta pedir en su vista lo que le convenga, y á ello quiere ser compelido por todo rigor de derecho, para lo qual dá ámplio poder al citado Señor Corregidor, lo recibe por sentencia definitiva pasada en autoridad de cosa juzgada, &c.

Repudiacion de herencia.

322 En tal parte á tantos de tal mes, y año ante mí el Escribano, y testigos Francisco Lopez vecino de ella dixo que Juan Lopez su hermano falleció en tal dia baxo del testamento que había otorgado en tantos de tal mes, y año ante N. Escribano, en que le instituyó por uno de sus herederos en atencion á no tenerlos forzosos; y mediante no convenirle la adiccion de su herencia, para que ninguno de sus acreedores tenga que intervenir, ni mezclarse con él en cosa alguna, y evitar los gastos que se le puedan ocasionar, en la via, y forma que mejor lugar haya en derecho, cerciorado del que le compete: = Otorga que no quiere ser heredero del expresado su hermano, y por lo mismo repudia enteramente la herencia que por su muerte le puede tocar; se desiste, quita, y aparta del derecho que en virtud de su testamento tiene á ella, y lo cede, renuncia y traspasa en los otros coherederos, á quienes de la que sea en mucha, ó poca suma, hace gracia, y donacion pura, perfecta, é irrevocable entre vivos, con las seguridades necesarias, y confiere ámplio poder para que sin su intervencion formalicen, y hagan inventario, tasacion y particion del sobrante de sus bienes, deducidas deudas, del mismo modo que si el otorgante hubiera fallecido antes, ó no hubiera sido instituido, pues por tal quiere se le estime; que se apoderen, y dispongan de ellos como de cosa suya adquirida con legítimo, y justo título, y que tomen y aprehendan la real tenencia, y posesion que por virtud de este instrumento, y testamento citado les compete: y se obliga á no revocar, ni reclamar total, ni parcialmente esta renuncia, y si lo hiciere á mas de no ser oido, ni admitido judicial, ni extrajudicialmente, sea condenado por el mismo caso en costas, y visto haberla aprobado, y ratificado, añadiendo, fuerza á fuerza, y contrato á contrato dá ámplio poder á los Señores Jueces de esta Villa para que le compelan á su cum-

plimiento como por sentencia definitiva pasada en autoridad de cosa juzgada, y consentida, &c.

Nota. Si el que repudia la herencia es hijo ú otro descendiente legítimo del Testador, mediante concederle la ley final del tit. 6. Part. 6. tres años, aunque sea mayor de 25, para recuperarla después de repudiada, para que quede privado de esta acción, la renunciará con especificación, y jurará no reclamar la renuncia, y de esta suerte no tendrán recelo los coherederos de que intentará su recobro, bien que si dexa hijos, y muere antes que su padre, aunque la renuncia sea con juramento, y se contente con lo que su padre le dió, no estarán obligados sus hijos á pasar por ella, y así solo lo serán á traer á colacion, y particion con sus tíos lo que su padre recibió, y llegó á poder de ellos, y si algo mas les tocaba, lo llevarán por consideracion de sí mismo, porque son herederos forzosos de sus abuelos, en cuyo derecho por ser propio, privativo, y personalísimo suyo, no pudo su padre perjudicarles como afirman los AA., y se practica.

Licencia para testar.

223 En tal Villa á tantos de tal mes, y año, ante mí el Escribano, y testigos Francisco Lopez vecino de ella dixo que Fernando Lopez su hijo legítimo le ha suplicado que mediante ser el otorgante su heredero forzoso *ex testamento, y ab intestato*, en caso de no dexar sucesion legítima, ó natural, no necesitar sus bienes para mantenerse, y no permitirle la ley sexta de Toro disponer de mas que del tercio de ellos en perjuicio de sus ascendientes sin su licencia, le conceda facultad para dexarlos todos á la persona que le parezca; y el otorgante en atencion al mucho amor, y cariño que profesa al citado su hijo, y á tener caudal suficiente para su decente manutencion, y por otros justos motivos que le impelen, ha deliberado condescender con su súplica; y para que tenga efecto, en la mejor forma que por derecho haya lugar, de su libre y espontanea voluntad: — Otorga, y concede ámplia licencia, y facultad al expresado Fernando Lopez su hijo, para que disponga libre, y enteramente por testamento, codicilo, cesion, donacion, ó en otro qualquier instrumento *inter vivos y causa mortis* de todos los bienes muebles, raices, efectos, derechos, y acciones que ha heredado de su madre, abuelos paternos, y maternos, tíos y otros parientes, y extraños, y adquiriere desde hoy en adelante, y puedan recaer en él por última disposicion, *ab intestato*, donacion, ú otro contrato luerativo, ú oneroso por causa de presente, y de futuro sin restriccion, á favor de la persona, ó personas, que le pareciere, exheredando, y excluyendo al otorgante de su sucesion en uno, ó mas testamentos, y contratos, y usando de

ellos, y repartiéndolos á su eleccion del mismo modo que si no tuviera ascendiente alguno, pues el otorgante quiere que para este caso se le tenga por muerto; y en este concepto desde ahora se desiste, quita, y aparta enteramente, y á los demas sus descendientes, del derecho que á dichos bienes tiene, y puede adquirir, y pretender, excepto que su hijo muera intestado, y lo cede, renuncia, y traspasa para siempre á favor de la tal persona, ó personas, á las que constituye dueñas absolutas de todos, y como tales las confiere poder irrevocable con libre, franca, y general administracion para que tomen, y aprehendan de ellos la posesion que en virtud de la última disposicion, ó contrato que el nominado su hijo formalizare, les corresponda, y los gocen, vendan, cambien, enagenen, y hagan de ellos lo que quisieren, como de cosa suya propia adquirida con legítimo, y justo título, sin intervencion del otorgante, el qual á mayor abundamiento desde ahora para quando llegue el caso las hace de ellos gracia, y donacion pura, perfecta é irrevocable con insinuacion, y todo lo demas que sea necesario para su validacion, y firmeza: las constituye Procuradoras actoras en su misma causa, y negocio: las pone en su lugar, grado, y prelación con subrogacion en forma: y jura por Dios nuestro Señor, y una Cruz tal como esta ✠, que no revocará total, ni parcialmente, ni reclamará esta licencia, poder, y renuncia con pretexto de ser contrato celebrado entre padre, é hijo, ni de tener mas descendientes, ni de ser leso, y quedar privado, y excluido de los bienes que de dicho su hijo podía heredar, ni con otro alguno, ni los contratos, y últimas disposiciones que en su consecuencia se formalicen, aunque en ellos no se mencione, ni inserte, y por legales estatutos le sea permitido, mediante no necesitar los bienes de su hijo para su manutencion como queda expuesto; y si lo hiciere, á mas de no ser oido, ni admitido judicial, ni extrajudicialmente, sea visto por el propio hecho haberla aprobado, y formalizado con mayores vínculos, y firmezas, y añadiendo fuerza á fuerza, y contrato á contrato; é igualmente jura que de este juramento no tiene pedido, ni pedirá absolucion, ni relajacion á quien pueda concedersela, y aunque de *motu proprio* se le conceda, no usará de ella pena de perjuro, y de incurrir en infamia, y demas impuestas por derecho á los infractores de los juramentos solemnes, y que no tiene hecho juramento de no hacer renunciaciones, cesiones, ni donaciones, ni conceder licencias para testar, ni protesta ni reclamacion contra esta, ni la hará; y si pareciere, la revoca, y anula, y hace un juramento mas que relajaciones se le puedan conceder, para la mayor validacion, y subsistencia de este instrumento, y de los que en su virtud se otorguen, á cuya firmeza obliga sus bienes muebles, raices, derechos y acciones, &c.

Nota. Los padres, y demas ascendientes no solo pueden conce-

der la licencia para testar á sus descendientes legítimos por escritura como la anterior, sino en el propio testamento, ó poder para testar que otorguen, aprobándolos, firmándolos, obligándose á no reclamarlos, ni la licencia, y poniendo las demas cláusulas concernientes en los propios instrumentos, pues no basta que el Escribano, ó los otorgantes digan que se la conceden, antes bien es preciso que los mismos ascendientes lo digan, y juren no revocarla, y lo firmen si saben, ó un testigo por ellos como si la dieran por escritura separada, lo que tendrá presente el Escribano para evitar dudas; y pleitos.

Nota. Los protocolos de los testamentos, y codicilos abiertos, y demas disposiciones testamentarias se han de estender en papel del sello quarto mayor, y siendo cerrados, pueden escribirse en el común, con tal que despues de abiertos saque el Escribano ante quien se publiquen, copia íntegra en papel de dicho sello, y la ponga autorizada en el protocolo, (lo qual no es necesario, si lo están en él) y las copias de todos deben sacarse en el del sello tercero; pero si contienen fundacion de Vínculo, Mayorazgo, Memoria perpetua, Capellanía, Aniversario, ó mejora de tercio, ó quinto, ó de ambos, se han de dar en el del sello primero; previniendo que no se deben llamar mejora el tercio, ni quinto, quando el Testador los dexa al que no instituye por su heredero, por no tocarle serlo, aunque sea su descendiente, sino solo dexándolos á uno de los herederos, ya sean legítimos, ó estraños, porque en este caso se verifica ser mejorado en la herencia, y en el otro ser mero legatario; por lo que quando son mejora, corresponde á las copias el sello primero; y quando legado, el tercero, y en el intermedio papel comun, lo que tendrá presente el Escribano, pues muchos ignorantes no distinguen, y lo confunden todo. Las copias de los poderes para testar requieren papel del sello segundo, porque las de todos excepto de el que es para pleitos, deben darse en él. Las declaraciones de pobres que mueren en el Hospital, y las que se hacen en favor de causas pijs, pueden escribirse en papel comun, y sus copias deben darse en el del sello tercero, á menos que la parte interesada sea pobre de solemnidad, que en este caso se sacarán en el de pobres; pero si se otorgan en esta Corte, (que regularmente la hacen muchos, porque la Parroquia no lleve á sus herederos crecidos derechos) deben escribirse sus protocolos en papel del sello quarto, y las copias segun sea el otorgante, ó heredero; lo qual es conforme á la *ley 2. t. 24. l. 10. N. R.* que trata del que corresponde á los instrumentos, juicios, despachos, y otras cosas. Las aceptaciones, y repudiaciones de herencia se regularán por la cantidad, si la hubiere, segun las ventas, y censos; y no habiéndola, se darán sus copias en papel del sello segundo. Las licencias para testar en el del sello segundo. Véase sobre esta materia la Real Cédula de 23. de Julio de 1794. que es la *ley 11. t. 24. l. 10. N. R.*

APENDICE AL CAP. I. DE REALES CEDULAS.

Real cédula de 4 de Septiembre de 1796, en que se manda guardar el tratado de amistad concluido con los Estados Americanos.

ART. XI. Los Ciudadanos ó súbditos de una de las dos Partes contratantes tendrán en los Estados de la otra la libertad de disponer de sus bienes personales, bien sea por Testamento, Donacion ú otra manera; y si sus herederos fuesen súbditos ó Ciudadanos de la otra Parte contratante, sucederán en sus bienes, ya sea en virtud de Testamento ó ab intestato, y podrán tomar posesion, bien en persona, ó por medio de otros que hagan sus veces, disponer como les pareciere, sin pagar mas derechos que aquellos que deben pagar en caso semejante los habitantes del Pais donde se verificase la herencia.

Y si estuviesen ausentes los herederos, se cuidará de los bienes que les hubiesen tocado del mismo modo que se hubiera hecho en semejante ocasion con los bienes de los naturales del Pais, hasta que el legitimo Propietario haya aprobado las disposiciones para recoger la herencia. Si se suscitase disputas entre diferentes competidores que tengan derecho á la herencia, serán determinadas en última instancia segun las Leyes y por los Jueces del Pais donde vacase la herencia. Y si por la muerte de alguna persona que poseyese bienes raices sobre el territorio de una de las Partes contratantes, estos bienes raices llegasen á pasar segun las Leyes del Pais á un súbdito ó Ciudadano de la otra Parte, y éste por su calidad de Extranjero fuese inhabil para poseerlos, obtendrá un término conveniente para venderlos, y recoger su producto sin obstáculo, exento de todo derecho de retencion de parte del Gobierno de los Estados respectivos.

Real cédula de 22 de Mayo de 1783, ley 18. tit. 20. ley 10. N. R. en que se habilita á los vasallos de S. M. y á los de S. M. Sarda para sucederse mutuamente en sus bienes.

ART. I. Los súbditos de SS. MM. Católica y Sarda tendrán la facultad de disponer de sus bienes qualesquiera que sean por testamento, donacion, ú otro acto reconocido por válido en favor de qualquiera súbdito de la una ó de la otra Potencia; y sus herederos que sean igualmente súbditos de una de las dos, como todos aquellos que tengan legitimo titulo para exercer sus derechos, sus Procuradores, Mandatarios, Tutores y Curadores, podrán recoger las herencias hechas en su favor en los Estados respectivos, así de tierra firme como otros, sean por ab intestato, ó en virtud de testamento ú otras disposiciones legitimas, y poseer qualesquiera bienes muebles y raices, sin excepcion alguna, derechos, razones, nombres y acciones, y gozarlas sin necesidad de otras Patentes ó Cédulas de naturaleza, ú otra concesion especial, transportar los bienes y efectos movibles adonde lo juzgasen á proposito, no comprendiéndose entre éstos los bienes y efectos, cuya extraccion está prohibida aun á los súbditos naturales sin particular licencia; y quando ésta se concediese, será segun las reglas, y pagando los derechos que pagan los mismos naturales, como se expresa al fin de este artículo, administrar y dar valor á los

der la licencia para testar á sus descendientes legítimos por escritura como la anterior, sino en el propio testamento, ó poder para testar que otorguen, aprobándolos, firmándolos, obligándose á no reclamarlos, ni la licencia, y poniendo las demas cláusulas concernientes en los propios instrumentos, pues no basta que el Escribano, ó los otorgantes digan que se la conceden, antes bien es preciso que los mismos ascendientes lo digan, y juren no revocarla, y lo firmen si saben, ó un testigo por ellos como si la dieran por escritura separada, lo que tendrá presente el Escribano para evitar dudas; y pleitos.

Nota. Los protocolos de los testamentos, y codicilos abiertos, y demas disposiciones testamentarias se han de extender en papel del sello quarto mayor, y siendo cerrados, pueden escribirse en el común, con tal que despues de abiertos saque el Escribano ante quien se publiquen, copia íntegra en papel de dicho sello, y la ponga autorizada en el protocolo, (lo qual no es necesario, si lo están en él) y las copias de todos deben sacarse en el del sello tercero; pero si contienen fundacion de Vínculo, Mayorazgo, Memoria perpetua, Capellanía, Aniversario, ó mejora de tercio, ó quinto, ó de ambos, se han de dar en el del sello primero; previniendo que no se deben llamar mejora el tercio, ni quinto, quando el Testador los dexa al que no instituye por su heredero, por no tocarle serlo, aunque sea su descendiente, sino solo dexándolos á uno de los herederos, ya sean legítimos, ó estraños, porque en este caso se verifica ser mejorado en la herencia, y en el otro ser mero legatario; por lo que quando son mejora, corresponde á las copias el sello primero, y quando legado, el tercero, y en el intermedio papel comun, lo que tendrá presente el Escribano, pues muchos ignorantes no distinguen, y lo confunden todo. Las copias de los poderes para testar requieren papel del sello segundo, porque las de todos excepto de el que es para pleitos, deben darse en él. Las declaraciones de pobres que mueren en el Hospital, y las que se hacen en favor de causas pijs, pueden escribirse en papel comun, y sus copias deben darse en el del sello tercero, á menos que la parte interesada sea pobre de solemnidad, que en este caso se sacarán en el de pobres; pero si se otorgan en esta Corte, (que regularmente la hacen muchos, porque la Parroquia no lleve á sus herederos crecidos derechos) deben escribirse sus protocolos en papel del sello quarto, y las copias segun sea el otorgante, ó heredero; lo qual es conforme á la *ley 2. t. 24. l. 10. N. R.* que trata del que corresponde á los instrumentos, juicios, despachos, y otras cosas. Las aceptaciones, y repudiaciones de herencia se regularán por la cantidad, si la hubiere, segun las ventas, y censos; y no habiéndola, se darán sus copias en papel del sello segundo. Las licencias para testar en el del sello segundo. Véase sobre esta materia la Real Cédula de 23. de Julio de 1794. que es la *ley 11. t. 24. l. 10. N. R.*

APENDICE AL CAP. I. DE REALES CEDULAS.

Real cédula de 4 de Septiembre de 1796, en que se manda guardar el tratado de amistad concluido con los Estados Americanos.

ART. XI. Los Ciudadanos ó súbditos de una de las dos Partes contratantes tendrán en los Estados de la otra la libertad de disponer de sus bienes personales, bien sea por Testamento, Donacion ú otra manera; y si sus herederos fuesen súbditos ó Ciudadanos de la otra Parte contratante, sucederán en sus bienes, ya sea en virtud de Testamento ó ab intestato, y podrán tomar posesion, bien en persona, ó por medio de otros que hagan sus veces, disponer como les pareciere, sin pagar mas derechos que aquellos que deben pagar en caso semejante los habitantes del Pais donde se verificase la herencia.

Y si estuviesen ausentes los herederos, se cuidará de los bienes que les hubiesen tocado del mismo modo que se hubiera hecho en semejante ocasion con los bienes de los naturales del Pais, hasta que el legitimo Propietario haya aprobado las disposiciones para recoger la herencia. Si se suscitase disputas entre diferentes competidores que tengan derecho á la herencia, serán determinadas en última instancia segun las Leyes y por los Jueces del Pais donde vacase la herencia. Y si por la muerte de alguna persona que poseyese bienes raices sobre el territorio de una de las Partes contratantes, estos bienes raices llegasen á pasar segun las Leyes del Pais á un súbdito ó Ciudadano de la otra Parte, y éste por su calidad de Extranjero fuese inhabil para poseerlos, obtendrá un término conveniente para venderlos, y recoger su producto sin obstáculo, exento de todo derecho de retencion de parte del Gobierno de los Estados respectivos.

Real cédula de 22 de Mayo de 1783, ley 18. tit. 20. ley 10. N. R. en que se habilita á los vasallos de S. M. y á los de S. M. Sarda para sucederse mutuamente en sus bienes.

ART. I. Los súbditos de SS. MM. Católica y Sarda tendrán la facultad de disponer de sus bienes qualesquiera que sean por testamento, donacion, ú otro acto reconocido por válido en favor de qualquiera súbdito de la una ó de la otra Potencia; y sus herederos que sean igualmente súbditos de una de las dos, como todos aquellos que tengan legitimo titulo para exercer sus derechos, sus Procuradores, Mandatarios, Tutores y Curadores, podrán recoger las herencias hechas en su favor en los Estados respectivos, así de tierra firme como otros, sean por ab intestato, ó en virtud de testamento ú otras disposiciones legitimas, y poseer qualesquiera bienes muebles y raices, sin excepcion alguna, derechos, razones, nombres y acciones, y gozarlas sin necesidad de otras Patentes ó Cédulas de naturaleza, ú otra concesion especial, transportar los bienes y efectos movibles adonde lo juzgasen á proposito, no comprendiéndose entre éstos los bienes y efectos, cuya extraccion está prohibida aun á los súbditos naturales sin particular licencia; y quando ésta se concediese, será segun las reglas, y pagando los derechos que pagan los mismos naturales, como se expresa al fin de este artículo, administrar y dar valor á los

bienes raíces, ó disponer de ellos por venta ó de otro modo, sin dificultad alguna, ni impedimento, dando todos los descargos legítimos, y con solo justificar sus títulos y qualidades; y dichos herederos serán tratados en esta parte en los dominios de la Potencia en que se hubiesen verificado las sucesiones con el mismo favor que los propios súbditos y naturales del País; en inteligencia de que estarán sujetos á las mismas leyes, formalidades y derechos á que estos lo estuviesen.

ART. II. Y para establecer mayormente esta perfecta reciprocidad entre los súbditos respectivos, á que los Soberanos contrayentes aspiran, se ha ajustado y convenido, que ni los súbditos de S. M. Católica en los Estados de S. M. Sarda, ni los de S. M. Sarda en los del Rey Católico, estén sujetos á derechos algunos baxo el título de deducción, ni otro, con qualquiera nombre que sea, por razon de los bienes que les pertenezcan en virtud del legado, donacion, sucesiones testamentarias ó ab intestato, ni por la extraccion de los muebles y sus precios, ó de los raíces que en esta forma hubiesen heredado ó adquirido; y que en caso que dichos herederos, legatorios ó donatarios, despues de haber tomado posesion de las sucesiones; cosas legadas ó donadas prefiriesen continuar en poseerlas y gozarlas, no se extinguirán de ellos otros derechos que aquellos á que están obligados los propios súbditos y naturales del País en el que se hallaren dichos efectos.

ART. IV. Quando se suscitáren algunas contestaciones sobre la validacion de un testamento ó de otra disposicion, se decidirán por los Jueces competentes, conforme á las Leyes, Estatutos y usas recibidos y autorizados en el parage en donde dichas disposiciones se hicieren; de suerte, que si estos actos llevasen las formalidades y condiciones requeridas en el lugar donde se executaren, tendrán igualmente todo su efecto en los Estados de la otra Potencia, aun quando en ellos estén semejantes actos sujetos á mayores formalidades y á reglas diferentes de las que rigen en el País en que se han hecho.

NOTA. Aunque hoy no existe este gobierno, y por consecuencia los súbditos que eran de él no se hallan como tales en el caso de gozar de estas franquicias á no estipularse de nuevo con la Francia, á quien pertenecen hoy aquellas Provincias, sin embargo ha parecido conveniente insertar en este Apéndice los artículos referidos, para demostrar que el espíritu de nuestro gobierno respecto á los extranjeros en quanto á sucesiones por testamento ó por qualquier acto público, es el de dispensar todo género de proteccion, y facilitarles sin contestaciones largas y dispendiosas la adquisicion libre de los bienes á que puedan tener derecho.

Real orden de 8 de setiembre de 1797. = El deseo de fomentar las manufacturas y fábricas nacionales tan necesarias para evitar la introduccion de géneros extranjeros, que consumiéndose en el Reyno le hacen depender de la industria de otras naciones florecientes con las riquezas de España, determinó al glorioso Padre de S. M. el Señor Don Carlos III. á admitir en diferentes fábricas á extranjeros Maestros distinguidos en varias artes, cuya perfeccion han propagado en España con gran ventaja del comercio activo de la Nacion. A muchos de los dichos extranjeros se les dispuso la circunstancia de no ser Católicos al tiempo de permitirles establecerse en estos dominios, avisando al Inquisidor general para que no se les molestase mientras se mantuviesen obedientes á nuestras leyes, no tratasen de

propagar sus opiniones, y supiesen respetar nuestros templos, ritos y sagradas ceremonias. Una providencia tan sábia, no solo surtió los saludables efectos de promover la industria nacional, sino que S. M. ha tenido el consuelo de saber que varios de los extranjeros no Católicos, se han reconciliado con la Iglesia á vista de los repetidos exemplos que se les ofrecian cada dia de una sólida virtud, fundada en la mas sana moral. Por esta cristiana consideracion, y por los deseos de que florezcan en España las artes y manufacturas en aquel grado de perfeccion que han adquirido entre las naciones mas adelantadas, ha venido S. M. en determinar por punto general, que quando algun extranjero artista ó fabricante desee establecerse en estos dominios, é hiciere constar ante la Junta de Comercio y Moneda, ó de los Intendentes de la Provincias, que está suficientemente instruido en algun arte á officio util al Reyno, se le permita (no siendo Judío) establecer su taller, fábrica, ó laboratorio, sujetándose á las leyes civiles y eclesiásticas, en caso de ser católico, y quando no, que se dé aviso á la Inquisicion, á fin de que no se le moleste por sus opiniones religiosas, siempre que sepa respetar las costumbres públicas.

Tratado llamado pacto de familia entre Francia y España.

ART. 23. Para cimentar mas esta buena inteligencia y ventajas reciprocas entre los súbditos de las dos coronas de España y Francia, se ha convenido que no comprehenderá en adelante á los Españoles la *ley de auvena* (de extrangería) de Francia; y en su consecuencia ofrece S. M. christianísima abolirla por lo que á ellos toca, de suerte que podrán disponer por testamento, donacion, ó de qualquiera otra manera, de todos sus bienes que posean en los dominios de Francia, sin excepcion de qualquiera naturaleza que sean, y que sus herederos súbditos de S. M. católica, habitantes fuera ó dentro de Francia, podrán recoger las herencias, aun quando haya *ab intestato*, por si mismos, por sus procuradores ó apoderados, aunque no estén naturalizados; y transportarlos fuera de los estados de S. M. christianísima, no obstante las leyes, edictos, establecimientos, costumbres, ó derechos que haya en contrario, pues todas y todos los deroga S. M. christianísima en quanto sea necesario. S. M. católica ofrece por su parte hacer que gocen igualmente de los mismos privilegios en todos los estados y países de su dominio todos los franceses y súbditos de S. M. christianísima por lo que toca á la libre disposicion de los bienes que posean en toda la extension de su Monarquia española; de suerte que los súbditos de las dos coronas serán generalmente tratados en todo y por todo lo concerniente á este Artículo, en los países que ambas dominan, como los propios y naturales de la Potencia en cuyo territorio residan.

NOTA. Como hasta ahora no se ha hecho tratado alguno con el Imperio frances acerca de estas materias, deben tenerse por subsistentes los anteriores en beneficio de los súbditos de ambas Potencias.

Real cédula de 25 de Abril de 1784. en que se inserta el tratado concluido con la Puerta Otomana.

ART. IV. En el ejercicio de la Religion y en la peregrinacion de Jerusalem y otros Lugares, serán tratados los súbditos de S. M. C. del mis-

mo modo que los de las Potencias amigas, y en ningun parage del Imperio Otomano en que llegue á morir un negociante ú otro súbdito de S. M. C. ó qualquiera otra persona que esté baxo su proteccion, estarán sus bienes sujetos al Fisco, ni nadie con pretexto de que tales bienes han quedado sin dueño, podrá apropiárselos, ni ingerirse en ellos, sino que deberán ponerse á disposicion del Ministro de S. M. C. ú de los Consules, que cuidarán de pasarlos á poder de las personas á quienes pertenezcan, segun el testamento del difunto; y si éste hubiese muerto ab intestato, se entregarán tambien al Ministro ó Consul de S. M. C. ó á algun socio del difunto que residiese en el mismo parage; y en su defecto deberá el Juez del Pueblo, vulgarmente llamado Cadi, hacer el inventario de los efectos y bienes que quedaren, y depositarlos en parage seguro para conservarlos y entregarlos integramente á la persona que mandase el Ministro de S. M. C. sin que por ello pueda pretender se le pague lo que se llama *Resmichismet*; y lo mismo se practicará en los dominios de S. M. C. á favor de los súbditos y mercantes del Imperio Otomano.

Tratado de paz con el Rey y Regencia de Trípoli de 10 de Septiembre de 1784.

ART. 30. Si algun súbdito español muriese en el Reyno de Trípoli, toda su sucesion, ó quanto de él se hallare; deberá quedar en poder del Consul á beneficio de los herederos del difunto. Lo mismo se executará con los Trípolinos en España.

Real decreto de 3 de Enero de 1792. ley 4. tit. 37. lib. 7. N. R. inserto en la Real cédula de 20 del mismo.

REAL DECRETO. Me hallo bien informado de la miserable situacion en que están los Niños Expósitos de casi todos mis Dominios, muriendo anualmente de necesidad no pocos millares por las dilatadas distancias desde los pueblos donde se exponen, hasta las casas de Caridad ó Inclusas, en que son recibidos, y por el modo inhumano con que son tratados en los caminos, y despues por muchas de las amas: procediendo esto del poco cuidado que se tiene en zelar su conducta, y del corto estipendio que generalmente se les dá en el tiempo que lactan, siendo este mucho menor en algunos años en que acostumbran tenerlos hasta la edad de seis ó siete, en la qual quedan sin auxilio, y pueden reputarse por perdidos para el Estado; llegando á tanto el desorden, que en dilatados territorios se compele á las mugeres que están lactando á sus propios hijos, á que reciban para lo mismo á los Espósitos, de que resultan continuos infanticidios; todo con horror de la naturaleza, agravio de la caridad christiana, y grave perjuicio del Estado por el detrimento de la poblacion. Estas noticias han conmovido en gran manera mi Real ánimo para poner el debido remedio á tantos males en favor de unas personas las mas inocentes, y las mas miserables, pues su necesidad es entre todas la mas extrema en lo temporal, y como carecen del conocimiento y cuidado de sus padres naturales, corresponde á mi dignidad y autoridad Real mirarlos como á hijos, y solicitar su conservacion y todos los bienes posibles. Por esto, en medio de los cuidados y dispendios de la presente Guerra, he dado y dare las pro-

videncias mas oportunas y eficaces á favor de los Expósitos, cuidando de sus vidas, y de su decente y honesto destino, como hijos que son de la caridad christiana y civil; desatendidos con todo eso hasta tal grado en algunas Provincias, que han sido y son tratados con el mayor vilipendio, y tenidos por bastardos, expureos, incestuosos ú adúlteros; porque los legitimos padres muchas veces suelen exponerles y los exponen, mayormente quando vén que de otro modo no pueden conservarles sus vidas. Habiendo tan repetidas experiencias de esta verdad, que acreditan las Casas de Expósitos ó Inclusas; toda buena razon y justa política dictan, que ya que generalmente no se les declare por hijos legitimos, segun la naturaleza, porque no tienen esta qualidad, se les dé la legitimidad civil por mi autoridad soberana, como lo dispuse en el año de 1791. á consulta de mi Consejo de las Indias para con los Expósitos de la casa de Cartagena, fundada modernamente por su zeloso y piadoso Obispo. En consecuencia de todo ordeno y mando por el presente mi Real Decreto (el qual se ha de insertar en los cuerpos de las leyes de España é Indias) que todos los Expósitos de ambos sexos, existentes y futuros, así los que hayan sido expuestos en las Inclusas ó Casas de Caridad, como los que hayan sido ó fueren en qualquier otro parage, y no tengan padres conocidos, sean tenidos por legitimados por mi Real autoridad, y por legitimos para todos los efectos civiles generalmente y sin excepcion, no obstante que en alguna ó algunas Reales disposiciones se hayan exceptuado algunos casos, ó excluido de la legitimacion civil para algunos efectos. Y declarando, como declaro, que no debe servir de nota, de infamia, ó menos valer la qualidad de Expósitos, no ha podido, ni puede tampoco servir de óbice para efecto alguno civil á los que la hubieren tenido ó tuvieren. Todos los Expósitos actuales y futuros quedan y han de quedar, mientras no consten sus verdaderos padres, en la clase de hombres buenos del estado lleno general, gozando los propios honores, y llevando las cargas sin diferencia de los demas vasallos honrados de la misma clase. Cumplida la edad en que otros niños son admitidos en los Colegios de pobres, Convictorios, Casas de Huérfanos y demas de misericordia, tambien han de ser recibidos los Expósitos sin diferencia alguna, y han de entrar á optar en las dotes y consignaciones dexadas y que se dexaren para casar jóvenes de uno y otro sexo, ó para otros destinos fundados en favor de los pobres huérfanos, siempre que las constituciones de los tales Colegios ó fundaciones piadosas no pidan literalmente que sus Individuos sean hijos legitimos, habidos y procreados en legitimo y verdadero matrimonio; y mando que las Justicias de estos mis Reynos y los de Indias castiguen como injuria y ofensa á qualquiera persona que intitulare y llamare á Expósito con alguno de los nombres de ilegítimo, bastardo, espureo, incestuoso ó adúlterino, y que ademas de hacerle retractar judicialmente, le impongan la multa pecuniaria que fuere proporcionada á las circunstancias, dándole la ordinaria aplicacion. Finalmente mando, que en lo sucesivo no se impongan á los Expósitos las penas de vergüenza pública, ni la de azotes, ni la de horca, sino aquellas que en iguales delitos se impondrian á personas privilegiadas, incluyendo el último suplicio (como se ha practicado con los Expósitos de la Inclusa de Madrid) pues pudiendo suceder que el Expósito castigado sea de familia ilustre; es mi Real voluntad, que en la

duda se esté por la parte mas benigna, quando no se varía la substancia de las cosas, sino solo el modo, y no se sigue perjuicio á persona alguna. Lo tendreis entendido y remitireis copias firmadas de este mi Real Decreto á los Gobernadores de mis Consejos de Castilla, y de las Indias, para que lo publiquen desde luego en ellos, y la comuniquen á los Tribunales correspondientes, y éstos á las respectivas Justicias, y tambien los referidos mis Consejos enviarán copia á los Prelados Eclesiásticos, para que se enteren y puedan con su exemplo y exhortaciones á sus Diocesanos, inclinar su piedad al auxilio de unos pobres tan dignos de la caridad christiana, como son los Expositos: Rubricado de la Real mano en Palacio á 5 de Enero de 1794. Al Duque de Alcudia: Publicado en el mi Consejo pleno el referido mi Real Decreto, se acordó su cumplimiento, y con su insercion librar esta mi Cédula. Por la qual os mando á todos, y á cada uno de vos en vuestros lugares, distritos y jurisdicciones, veais lo contenido en el expresado mi Real Decreto inserto, y lo guardéis, cumplais y executeis, sin contravenirle, ni permitir se contravenga á su literal contexto, antes bien para que tenga su mas puntual y debida observancia dareis las órdenes y providencias que convengan: Y encargo á los MM. RR. Arzobispos, RR. Obispos, y demas Prelados Eclesiásticos de estos mis Reynos con jurisdiccion vere nullius, observen igualmente el mismo Real Decreto, y le hagan guardar y cumplir en la parte que les toca, sin permitir su contravencion en manera alguna.

Pragmática sancion de 23 de Marzo de 1776. sobre casamientos de hijos de familia: ley. 9. t. 2. l. 10. N. R.

ART. III. Que si llegase á celebrarse el matrimonio sin el referido consentimiento ó consejo, por este mero hecho, asi los que lo contraxeren, como los hijos y descendientes que provinieren del tal matrimonio, queden inhábiles y privados de todos los efectos civiles, como son el derecho á pedir dote ó legitimas, y de suceder como herederos forzosos y necesarios en los bienes libres que pudiera corresponderles por herencia de sus padres ó abuelos, á cuyo respeto y obediencia faltaron contra lo dispuesto en esta Pragmática; declarando como declara S. M. por justa causa de su desheredacion la expresada contravencion é ingratitude, para que no puedan pedir en juicio, ni alegar de inoficioso ó nulo el testamento de sus padres ó ascendientes, quedando éstos en el libre arbitrio y facultad de disponer de dichos bienes á su voluntad, y sin mas obligacion que la de los precisos y correspondientes alimentos.

ART. IV. Asimismo se declara que en quanto á los Vínculos, Patronatos, y demas derechos perpetuos de la familia, que poseyeren los contraventores, ó á que tuvieren derecho de suceder, queden privados de su goce y sucesion respectiva; y asi ellos, como sus descendientes, sean y se entiendan postergados en el orden de los llamamientos; de modo, que pasando al siguiente en grado, en quien no se verifique igual contravencion, no puedan suceder hasta la extincion de las líneas de los descendientes del fundador, ó personas en cuya cabeza se instituyeron los Vínculos ó Mayorazgos.

ART. V. Que si el que contraviniere fuere el último de los descendientes, pasará la sucesion á los transversales, segun el orden de sus llama-

mientos; sin que puedan suceder los contraventores y sus descendientes de aquel matrimonio, sino en el último lugar, y quando se hallen extinguidas las líneas de los transversales; bien entendido, que por esta declaracion no se priva á los contraventores de los alimentos correspondientes.

Pragmática sancion de 28 de Abril de 1803. sobre lo mismo: ley 18. tit. 2. lib. 10. N. R.

Don Carlos, &c. Sabed: que con fecha de 10 de este mes he dirigido al mi Consejo el Real Decreto siguiente.

REAL DECRETO. „Con presencia de las consultas que me han hecho mis Consejos de Castilla é Indias sobre la Pragmática de matrimonio de 23 de Marzo de 1776, órdenes y resoluciones posteriores, y varios informes que he tenido á bien tomar, mando que ni los hijos de familia menores de veinte y cinco años, ni las hijas menores de veinte y tres á qualquiera clase del Estado que pertenezcan, pueden contraer matrimonio sin licencia de su padre, quien en caso de resistir el que sus hijos ó hijas intentaren, no estará obligado á dar la razon, ni explicar la causa de su resistencia ó dissenso: los hijos que hayan cumplido veinte y cinco años, y las hijas que hayan cumplido veinte y tres, podrán casarse á su arbitrio sin necesidad de pedir ni obtener consejo ni consentimiento de su padre: en defecto de éste tendrá la misma autoridad la madre; pero en este caso los hijos y las hijas adquirirán la libertad de casarse á su arbitrio un año antes; esto es, los varones á los veinte y quatro, y las hembras á los veinte y dos, todos cumplidos: á falta de padre y madre tendrá la misma autoridad el abuelo paterno, y el materno á falta de éste; pero los menores adquirirán la libertad de casarse á su arbitrio dos años antes que los que tengan padre; esto es, los varones á los veinte y tres, y las hembras á los veinte y uno, todos cumplidos: á falta de los padres y abuelos paterno y materno, sucederán los tutores en la autoridad de resistir los matrimonios de los menores, y á falta de los tutores el Juez del domicilio, todos sin obligacion de explicar la causa; pero en este caso adquirirán la libertad de casarse á su arbitrio, los varones á los veinte y dos años, y las hembras á los veinte, todos cumplidos. Para los matrimonios de las personas que deben pedirme licencia, ó solicitarla de la Cámara, Gobernador del Consejo, ó sus respectivos Gefes, es necesario que los menores, segun las edades señaladas, obtengan esta despues de las de sus padres, abuelos ó tutores, solicitándola con la expresion de la causa que estos han tenido para prestarla; y la misma licencia deberán obtener los que sean mayores de dichas edades, haciendo expresion quando la soliciten de las circunstancias de la persona con quien intenten enlazarse; aunque los padres, madres, abuelos y tutores no tengan que dar razon á los menores de las edades señaladas de las causas que hayan tenido para negarse á consentir en los matrimonios que intentasen, si fueren de la clase que deben solicitar mi Real permiso, podrán los interesados recurrir á Mí, asi como á la Cámara, Gobernador del Consejo, y Gefes respectivos los que tengan esta obligacion, para que por medio de los informes que tuviere Yo á bien tomar, ó la Cámara, Gobernador del Consejo, ó Gefes creyesen convenientes en sus casos, se conceda ó niegue el permiso ó habilitacion

correspondiente para que estos matrimonios puedan tener ó no efecto. En las demas clases del Estado ha de haber el mismo recurso á los Presidentes de Chancillerías y Audiencias, y al Regente de la de Asturias, los cuales procederán en los mismos términos: los Vicarios Eclesiásticos que autorizaren matrimonio para el que no estuvieren habilitados los contrayentes, segun los requisitos que van expresados, serán expatriados, y ocupadas todas sus temporalidades, y en la misma pena de expatriacion y en la de confiscacion de bienes incurrirán los contraventores: en ningun Tribunal Eclesiástico ni Secular de mis dominios se admitirán demandas de esponsales, sino que sean celebrados por personas habilitadas para contraer por si mismas, segun los expresados requisitos, y prometidos por escritura pública, y en este caso se procederá en ellas, no como asuntos criminales ó mixtos, sino como puramente civiles: los Infantes y demas Personas Reales en ningun tiempo tendrán ni podran adquirir la libertad de casarse á su arbitrio sin licencia mia ó de los Reyes mis sucesores, que se les concederá ó negará en los casos que ocurran con las leyes y condiciones que convengan á las circunstancias: todos los matrimonios que á la publicacion de esta mi Real determinacion no estuvieren contraidos, se arreglarán á ella sin glosas, interpretaciones ni comentarios, y no á otra ley ni Pragmática anterior. Tendráse entendido en el Consejo, y se dispondrá por él lo correspondiente á su cumplimiento. En Aranjuez á 10 de Abril de 1803. — Al Gobernador del Consejo. „

Por Real cédula de 25 de Setiembre de 1798. se impuso una contribucion sobre los legados y herencias. Habiendo ocurrido varias dudas acerca de su cumplimiento, se expidió otra en 22 de Diciembre de 1799. prescribiendo el orden y método de la exacción; y por último en otra de 24 de Noviembre de 1800. *nota 6. t. 20. l. 10. N. R.* se insertó un reglamento que es el que hoy rige. Los capitulos que tienen relacion con los contribuyentes y los Párrocos son los que siguen. N. 7.

1. Si la sucesion al último poseedor en los bienes vinculados, y la herencia por testamento ó ab intestato en los bienes, es entre ascendientes ó descendientes por línea recta queda enteramente libre del pago de este derecho, aun quando por testamento se haya dispuesto del respectivo tercio y quinto conforme á la ley.

2. Tambien queda exenta de la contribucion la herencia ó legado que el testador dexa á favor de su alma con el encargo ú objeto de que su importe líquido se distribuya en misas, limosnas y otras obras de caridad y sufragios.

3. De todas las demas sucesiones de bienes libres se cobrará un dos por ciento de su total valor líquido, que se pagará por el heredero, reintegrándose este de la cuota respectiva á los legados al tiempo de entregarlos.

4. Quando el importe de las herencias y de cada legado sea de once mil reales vellon ó mas, y recaiga en persona que no sea pariente del testador, se pagará del mismo modo un quatro por ciento en lugar del dos.

5. En las sucesiones transversales de Mayorazgo, Vínculo, Patronato de Legos, Fideicomiso, ó qualquiera otra de su clase, se exigirá la mitad de la renta líquida de un año.

6. Si la muger sucediese ó heredase al marido, ó el marido á la muger, ó fuesen legatarios entre sí, cumplirán con pagar una quarta parte de

la renta de un año en las vinculaciones, y el uno por ciento en las herencias y legados.

13. Los Párrocos darán inmediatamente á los Recaudadores de este derecho, quando se lo pidan, aviso de todos los que se entierren en su respectiva Parroquia, con expresion de su nombre y vecindad, quedando á cargo de los Recaudadores averiguar lo demas que necesiten para llenar sus deberes, y reclamar el derecho en su caso.

14. En los pueblos de las capitales de Provincia publicarán los Intendentes por edictos los Recaudadores nombrados en ellos, á fin de que los vecinos se hallen enterados del que fuere en cada uno; á quien presentarán dentro de los nueve primeros dias siguientes al fallecimiento del que cause el derecho, razon en que manifiesten la forma con que quieran disponer la testamentaria, para que conste al Recaudador, y lo anote en su registro, previniendo al pie de aquella el plazo en que deba presentarse la resultancia de la testamentaria, y el pago del derecho, que deberá ser dentro de los dos meses siguientes.

15. Sin embargo de la notoriedad de los edictos, los Párrocos en el recibo de los derechos parroquiales de los que fallecieron sin sucesion forzosa, pondrán nota, anunciando á los herederos ó albaceas la obligacion de acudir al Recaudador dentro del novenario al fin expresado.

16. Si el difunto tenia su fixa residencia en otro pueblo, los Recaudadores pasarán aviso á sus Justicias para que practiquen las diligencias conducentes, y se afiance en su caso el adeudo del derecho, á no radicarse la testamentaria donde falleció el causante.

17. El documento para deducir la contribucion en las testamentarias que la adeuden, y acreditar su importe, será un testimonio del Escribano ante quien se formalicen las judiciales ó se aprueben las extrajudiciales, en que poniéndose como cargo la suma total de los bienes, y como data la de sus débitos con los gastos de funeral, se saque el resto, y exprese la cantidad líquida de la herencia y la de los legados, concluyendo con lo que cada uno deba satisfacer segun las quotas señaladas, poniendo el visto-bueno el Recaudador, y dando éste al contribuyente su recibo de pago.

18. Quando no se formen testamentarias de uno ú otro modo, y prefieran los contribuyentes presentar relacion firmada de ellos, deberá comprehender con distincion de clases sus bienes y cargas, haciendo de todos una estimacion prudencial de su valor respectivo, y poniendo en la misma relacion el visto-bueno el Recaudador, servirá de documento equivalente al referido testimonio; y si hallare éste causas justas que le obliguen á dilatar su visto-bueno, procederá en este caso con toda la urbanidad y precaucion que corresponde á verificar ó asegurarse extrajudicialmente de lo cierto, dando cuenta al Intendente de sus resultas, si los interesados no se conformaren con sus propuestas, para que en su vista tome la providencia oportuna; y en el caso de mandarse á los contribuyentes que juren dichas relaciones, se estará y pasará por ellas sin mas procedimiento judicial ni extrajudicial.

19. En la sucesion de Mayorazgo, Vínculo, Patronato de Legos, Fideicomiso y qualquiera otro semejante servirá de documento para el pago de la contribucion, igual relacion jurada, ó en su defecto testimonio del producto líquido de los bienes en un año comun de los cinco últimos

de cuentas corrientes, poniendo en uno ú otro el visto-bueno el Recaudador; cuyo pago se exigirá dentro del año siguiente á la vacante; y en quanto á las deducciones del valor íntegro de estas rentas serán de admision las cargas legítimas con que se hallen gravadas, y el diez por ciento de administracion.

20. A continuacion de los indicados documentos se pondrá por el Recaudador el líquido haber para S. M. y la diligencia de cobranza, con nota de haber dado á los interesados con igual fecha el recibo correspondiente.

21. Para regular el capital de los censos, foros, feudos y demas derechos perpetuos ó redimibles, y que no conste por documento su valor, se considerará por la práctica y reglas con que se gobiernen los Jueces de cada provincia para la adjudicacion entre varios coherederos, ó en las escrituras de venta de propiedades cuyas fincas tengan semejantes cargas.

22. Si los sucesores transversales de Vinculos, Patronatos, Fideicomisos y otros semejantes falleciesen dentro del año primero de la posesion sin haber pagado esta contribucion, quedarán sus bienes obligados á satisfacer su importe á prorata del tiempo que disfrutaron las rentas hasta día del fallecimiento.

23. Si los Vinculos, Mayorazgos y Patronatos de Legos se hallasen en litigio, deberá pagar el derecho el Administrador ó Depositario, recibéndolo de menos á su tiempo la persona á quien por la sentencia corresponda, comprendiéndose en esta regla los pleitos pendientes.

24. Quando los Escribanos entren á actuar en los inventarios de bienes adquiridos por transversalidad, serán obligados á pasar aviso á los Recaudadores para su noticia, y de haberlo executado pondrán nota en los autos.

25. Si algun Escribano intentase por falta de noticias de las partes; ó de la instruccion necesaria obligar á estas á que formalicen inventario, como preciso para el pago de este derecho, contra la libertad concedida á los interesados de poder suplirlos por medio de relaciones juradas, devolverán duplos los derechos, y pagarán doscientos ducados de multa con la aplicacion ordinaria.

26. No se podrá dar posesion, sopena de nulidad, á los herederos y sucesores de las herencias y Mayorazgos, Vinculos y Patronatos, sin que paguen el derecho, ú otorguen obligacion de hacerlo dentro del término señalado, á satisfaccion del Recaudador.

27. En las herencias de bienes libres en que haya usufructuarios se pagará el derecho deduciendo su importe del capital, y no se adeudará otro por la muerte del usufructuario.

28. Si por el interes del comercio ó por otra justa y grave causa no conviniere á los herederos formar inventarios judiciales ó extrajudiciales, ni presentar con publicidad las relaciones juradas de los bienes hereditarios, podrán acudir á los Intendentes, á fin de que tomando éstos los oportunos informes reservados, y exigiendo con igual sigilo las manifestaciones que estimen conducentes á verificar la verdadera quantia de la herencia, transijan el derecho por una cantidad alzada, y pasen oficio al Comisionado principal en la misma capital para que perciba la castidad que señalen.

34. Desde la publicacion de este Reglamento regirá solo lo prevenido en él; y los adeudos anteriores cuyo cobro estuviere pendiente se gobernarán por las reglas de su tiempo.

CAPITULO II.

DE LOS BIENES GANANCIALES.

§. Único.

1 Los bienes que marido y muger adquieren, y multiplican durante su matrimonio mientras viven juntos, se les comunican por mitad en estos Reynos de Castilla, aunque provengan de donacion que el Rey, ú otro les haga (1), ó si los compran, suene la venta en cabeza de uno, ó de ambos, porque se atiende al tiempo de su adquisicion, y no al sugeto en cuyo nombre aparecen comprados, pues para este efecto se gradúan, y estiman los dos por una sola persona, y sino consta, ni se acredita quales son, ó quanto importan los que cada uno llevó, ó durante el matrimonio le donaron, ó heredó, todos se presumen gananciales (2). Del mismo modo son comunes las deudas que contraen (3); pero cada conyuge tiene obligacion de satisfacer de los suyos propios, ya sean, ó no gananciales, las que contraxo, y tenía antes de casarse (4). Por una costumbre muy antigua, que llegó á tener fuerza de ley en la Ciudad y Obispado de Córdoba, las mugeres no adquirian gananciales si no se pactaba expresamente; pero como resultasen de semejante costumbre perjuicios gravísimos en el orden y conservacion de los matrimonios con daños irreparables á las costumbres públicas, solicitó en el Consejo el año de 1789 Don Blas Manuel de Codes, siendo Diputado del Comun de aquella Ciudad, que anulándose la ley, costumbre ó estilo que gobernaba para esto en el Reyno de Córdoba, se mandase que las mugeres que contraxesen matrimonios en él, fuesen tratadas como las de Castilla y Leon, donde eran comunicables los

(1) Leyes 1. y 4. t. 4. l. 10. N. R. (2) Leyes 1. t. 3. lib. 3. del Fuero Real, y 203. del Estilo. Rodrig. Suar. en ella versic. Ad finem accedens: y repet. cap. Per vestras col. 3. versic. Hodie tamen: : Montalvo en ella verb. de Consuno: : Mat. en la 1. tit. 9. lib. 5. R. glos. 2. n. 1.

(3) Ley 14. tit. 20. lib. 3. del Fuero Real. (4) Leyes 1. tit. 3. lib. 3. del Fuero Real, y 207. y 223. del Estilo.

de cuentas corrientes, poniendo en uno ú otro el visto-bueno el Recaudador; cuyo pago se exigirá dentro del año siguiente á la vacante; y en quanto á las deducciones del valor íntegro de estas rentas serán de admision las cargas legítimas con que se hallen gravadas, y el diez por ciento de administracion.

20. A continuacion de los indicados documentos se pondrá por el Recaudador el líquido haber para S. M. y la diligencia de cobranza, con nota de haber dado á los interesados con igual fecha el recibo correspondiente.

21. Para regular el capital de los censos, foros, feudos y demas derechos perpetuos ó redimibles, y que no conste por documento su valor, se considerará por la práctica y reglas con que se gobiernen los Jueces de cada provincia para la adjudicacion entre varios coherederos, ó en las escrituras de venta de propiedades cuyas fincas tengan semejantes cargas.

22. Si los sucesores transversales de Vinculos, Patronatos, Fideicomisos y otros semejantes falleciesen dentro del año primero de la posesion sin haber pagado esta contribucion, quedarán sus bienes obligados á satisfacer su importe á prorata del tiempo que disfrutaron las rentas hasta día del fallecimiento.

23. Si los Vinculos, Mayorazgos y Patronatos de Legos se hallasen en litigio, deberá pagar el derecho el Administrador ó Depositario, recibéndolo de menos á su tiempo la persona á quien por la sentencia corresponda, comprendiéndose en esta regla los pleitos pendientes.

24. Quando los Escribanos entren á actuar en los inventarios de bienes adquiridos por transversalidad, serán obligados á pasar aviso á los Recaudadores para su noticia, y de haberlo executado pondrán nota en los autos.

25. Si algun Escribano intentase por falta de noticias de las partes; ó de la instruccion necesaria obligar á estas á que formalicen inventario, como preciso para el pago de este derecho, contra la libertad concedida á los interesados de poder suplirlos por medio de relaciones juradas, devolverán duplos los derechos, y pagarán doscientos ducados de multa con la aplicacion ordinaria.

26. No se podrá dar posesion, sopena de nulidad, á los herederos y sucesores de las herencias y Mayorazgos, Vinculos y Patronatos, sin que paguen el derecho, ú otorguen obligacion de hacerlo dentro del término señalado, á satisfaccion del Recaudador.

27. En las herencias de bienes libres en que haya usufructuarios se pagará el derecho deduciendo su importe del capital, y no se adeudará otro por la muerte del usufructuario.

28. Si por el interes del comercio ó por otra justa y grave causa no conviniere á los herederos formar inventarios judiciales ó extrajudiciales, ni presentar con publicidad las relaciones juradas de los bienes hereditarios, podrán acudir á los Intendentes, á fin de que tomando éstos los oportunos informes reservados, y exigiendo con igual sigilo las manifestaciones que estimen conducentes á verificar la verdadera quantia de la herencia, transijan el derecho por una cantidad alzada, y pasen oficio al Comisionado principal en la misma capital para que perciba la castidad que señalen.

34. Desde la publicacion de este Reglamento regirá solo lo prevenido en él; y los adeudos anteriores cuyo cobro estuviere pendiente se gobernarán por las reglas de su tiempo.

CAPITULO II.

DE LOS BIENES GANANCIALES.

§. Único.

1 Los bienes que marido y muger adquieren, y multiplican durante su matrimonio mientras viven juntos, se les comunican por mitad en estos Reynos de Castilla, aunque provengan de donacion que el Rey, ú otro les haga (1), ó si los compran, suene la venta en cabeza de uno, ó de ambos, porque se atiende al tiempo de su adquisicion, y no al sugeto en cuyo nombre aparecen comprados, pues para este efecto se gradúan, y estiman los dos por una sola persona, y sino consta, ni se acredita quales son, ó quanto importan los que cada uno llevó, ó durante el matrimonio le donaron, ó heredó, todos se presumen gananciales (2). Del mismo modo son comunes las deudas que contraen (3); pero cada conyuge tiene obligacion de satisfacer de los suyos propios, ya sean, ó no gananciales, las que contraxo, y tenía antes de casarse (4). Por una costumbre muy antigua, que llegó á tener fuerza de ley en la Ciudad y Obispado de Córdoba, las mugeres no adquirian gananciales si no se pactaba expresamente; pero como resultasen de semejante costumbre perjuicios gravísimos en el orden y conservacion de los matrimonios con daños irreparables á las costumbres públicas, solicitó en el Consejo el año de 1789 Don Blas Manuel de Codes, siendo Diputado del Comun de aquella Ciudad, que anulándose la ley, costumbre ó estilo que gobernaba para esto en el Reyno de Córdoba, se mandase que las mugeres que contraxesen matrimonios en él, fuesen tratadas como las de Castilla y Leon, donde eran comunicables los

(1) Leyes 1. y 4. t. 4. l. 10. N. R. (2) Leyes 1. t. 3. lib. 3. del Fuero Real, y 203. del Estilo. Rodrig. Suar. en ella versic. Ad finem accedens: y repet. cap. Per vestras col. 3. versic. Hodie tamen: : Montalvo en ella verb. de Consuno: : Mat. en la 1. tit. 9. lib. 5. R. glos. 2. n. 1.

(3) Ley 14. tit. 20. lib. 3. del Fuero Real. (4) Leyes 1. tit. 3. lib. 3. del Fuero Real, y 207. y 223. del Estilo.

gananciales. El Consejo consultó á S. M. acerca de este punto, y habiendose dignado conformarse con su dictamen, se expidió Real Provision en 16 de Junio de 1801 aboliendo aquella costumbre, y mandando que la ley general de la participacion de los gananciales en los matrimonios sea extensiva á las mugeres Cordovesas, segun y como se practica con las de Castilla y Leon (1).

2 De esta regla general se exceptúan varios casos, en que no se comunican á los casados los bienes que ganan mientras lo están. El primero, quando la novia subsiste en su casa, sin haber ido á habitar con su marido, pues entonces como no ha puesto trabajo, ni cuidado en su aumento y conservacion (que es uno de los motivos, porque se concede á las mugeres la mitad) no debe participar de ellos (2). El segundo, quando se divorcian por culpa de uno de ellos; pues el que la tuviere, nada llevará (3).

3 El tercero, quando cometen delito de lesa Magestad ú otro por el que segun derecho deben perderlos. Se reputan por gananciales todos los aumentados, hasta que por el crimen se declaran por perdidos, aunque éste sea de tal calidad, que por derecho incurra en la pena el agresor (4). Pero si la muger es adúltera, ó se vuelve Mora, Judia, ú de otra secta, pierde no solo los gananciales, sino su dote, y arras, y se hacen del marido; pero si este tuviere hijos de ella, deben heredar esta parte de bienes, la qual no es comunicable á los hijos que tenga de otra muger (5), y lo mismo la sucederá si contra la voluntad de su marido se vá á la casa de hombre sospechoso (6), porque se presume adul-

(1) Véase en el Apéndice esta Real Provision y la Circular de 14 de Abril de 1804, declaratoria de algunas dudas que ocurrieron (2) Montalvo en dicha ley 1. del Fuero glosa 1. Palac. Rub. en la 16. de Toro número 12. y rep. col. 2. versic. Unde lucra habitat: Cov. de Spons. part. 2. cap. 7. §. 1. n. 6. Cast. en la ley 16. de Toro verb. Durante el matrimonio: Matienzo en la 2. tit. 9. lib. 5. R. glos. 1. n. 41. (3) Gom. en la ley 50. de Toro n. 72. versicul. Ex quibus notabiliter: Mat. en la citada ley 2. glos. 1. n. 53. y sig. (4) Ley 10. y 11. tit. 4. l. 10. N. R. y 6. tit. 25. P. 7.

(5) Leyes fin. tit. 2. lib. 3. del Fuero: 23. tit. 11. P. 4.: 15. tit. 17. y 6. tit. 25. P. 7. y 11. tit. 4. l. 10. N. R. (6) Leyes fin. tit. 2. lib. 3. del Fuero, y 15. tit. 17. P. 7.

tera. Si el marido apostatase incurre en la misma pena de perdimiento de los bienes gananciales.

4 El quarto, quando uno de los dos los adquiere por donacion que el Rey, ú otro le hace; ó por sucesion *extestamento*, y donacion de algun extraño; ó *ex testamento*, ó ab intestato de sus consaguineos, pues probando ser suyos por alguna de estas causas, no tiene el consorte parte en ellos (1); y la razon es, por no ser visto haberlos donado, ni dexado á los dos, sino á él solo; fuera de que la adquisicion que se hace por sucesion, no pertenece á la sociedad (2), ni por consiguiente es comunicable á los socios. El quinto, quando son castrenses, ó provienen de salario ó estipendio militar. Esto se limita, si los adquieren á expensas de ambos, pues entonces al modo que estas son comunes, deben serlo los salarios, porque son sus frutos, y éstos de qualquier calidad que sean se comunican igualmente entre los casados, por cuya razon los bienes quasi castrenses no son comunicables, pues el oficio de Juez, Abogado, Escribano, &c. que exerce el marido es la propiedad, y lo que con qualquiera de ellos gana, es fruto (3), y éste se les comunica.

5 El sexto, quando la muger vive deshonestamente estando viuda. Entonces no solo pierde los gananciales, sino que debe restituirlos á los herederos de su marido, aunque sean estraños (4). El séptimo, quando la muger los renuncia antes, al tiempo, ó despues de haberse casado. En este caso valdrá el pacto, ó renunciacion, así de los presentes como de los futuros, pero no debe pagar deudas (5).

6 El octavo, quando el marido con Real permiso, ó sin él hace reparos y mejoras en las fortalezas y cercas de las Ciudades, Villas, Lugares, Casas, y heredamientos de su mayorazgo, pues la muger, sus hijos, herederos y sucesores

(1) Leyes 2. y 4. tit. 4. l. 10. N. R. Gom. en la 50. de Toro vers. Secundus, y tertius est: (2) Leyes Nec adjecit 9. y et quia 10. ff. Pro socio, y si societatis 4. Cod. eod. Mat. en 3. tit. 9. lib. 5. glos. 6. n. 1. y fin. (3) Gom. en dicha ley versic. Quartus est: n. 72. (4) Leyes 5 y 11. tit. 4. l. 10. N. R. (5) Ley 9. tit. 4. l. 10. N. R. Merquecho de Divisione bonor. lib. 2. cap. 15. n. 8. y cap. 16. n. 1. y 2. Rodrig. Suar. en la ley 1. tit. de las Ganancias, lib. 3. del Fuero, Gom. y Cast. en la 60. de Toro, Palac. Rub. in Repet. Rub. de Donat. inter vir. & uxor. §. 47. n. 13. 19. y 20. y §. 63. n. 2. Advent. respons.

res no tienen derecho á pedir la mitad de ellas, que como gananciales debia tocarles, ni el de mayorazgo está obligado á darles cosa alguna, porque se consolidan con su propiedad (1).

7 Y el noveno, quando alguno de los conyuges lleva solamente en propiedad al matrimonio una, ó mas alhajas, de que un tercero tiene el usufruto, y por muerte del usufructuario recae este en el dueño de aquella, porque como proviene de la misma causa porque se adquirió la propiedad, y se consolida con ella, no se contempla cosa distinta, y así no tiene estimacion el usufruto adquirido en estos términos, ni es comunicable al otro conyuge, antes bien se gradúa para este efecto como si la hubiera llevado en propiedad, y usufruto á su matrimonio; pero los frutos que las alhajas producen, se comunican á los casados, y deben servir para ayudarles á mantener las cargas matrimoniales (2).

8 Aunque uno de los casados lleve al matrimonio, ó adquiera durante él mas bienes que el otro de qualquier calidad que sean, sin excepcion ni distincion de castrenses, quasi castrenses, adventicios, ni profecticios, se comunican por igualdad á entrambos todos los frutos que producen (3), porque estos no gozan del privilegio que los bienes referidos. Si los frutos son de árboles, viñas ó huertas, basta que aparezcan ó se vean nacidos, pues no viéndose, tocan al dueño del fundo, y se consolidan con su propiedad. Si el fundo está sembrado con trigo, cebada, ú otra semilla que no ha nacido, ni se vé, entonces se ha de dividir ésta, ó su valor entre los conyuges, y si nada está sembrado nada se comunicará, y solo tendrá obligacion el dueño propietario de satisfacer al conyuge, ó á sus herederos la mitad de los gastos hechos en sus labores aquel año (4). Si los frutos son de rebaños, ú otros animales productivos, ya esten nacidos, ó en el vientre de sus madres, se comunican tambien á los conyuges (5); lo qual

(1) Ley 5. tit. 17. l. 10. N. R. Gom. en la 46. de Toro, Mat. en la 6. citada, glos. 3. (2) Leyes 4. ff. de Jur. dot. y 3. y 5. tit. 4. l. 10. N. R. Gom. en la 50. de Toro n. 78. y lib. 2. Var. cap. 15. n. 21. Cast. de Usuf. cap. 76. Cov. de Matrim. part. 2. cap. 7. §. 1. n. 11. (3) Leyes 3. y 5. tit. 4. lib. 10. N. R. (4) Leyes 10. tit. 4. lib. 3. del Fuero Real, y 26. tit. 11. P. 4. (5) Gom. en la ley 50. de Toro, n. 71. Mat. en la 4. tit. 9. lib. 5. R. glos. 1. n. 4.

se practica en las particiones, en cuyo tratado lib. 1. cap. 5. §. 5. lo explicaré con mas extension, por ser su propio lugar.

9 Si el marido lega alguna cosa á su muger, no se la ha de contar en su parte de gananciales, sino entregarsela de los bienes propios de su marido (1); y lo mismo debe practicarse, quando ella le hace algun legado, porque versa igual razon. Si ambos casan algun hijo suyo, y le prometen dote, ú donacion deben pagársela por mitad de los gananciales, y no habiéndolos, de sus bienes patrimoniales; pero si uno solo se la ofrece, está obligado á satisfacerla (2); de lo qual trataré mas latamente en el lib. 1. cap. 4. de mi segunda parte.

10 Quando el marido enagena constante matrimonio algunos de los gananciales, ó todos, lo que puede hacer sin consentimiento ni licencia de su muger, no siendo castrenses ni casi castrenses, valdrá la enagenacion, porque la muger no tiene uso ni dominio en los gananciales hasta que el marido muere. Pero si los enagena con el fin de perjudicarla, y esto se prueba, será nula la enagenacion y tendrá derecho á los gananciales. Consistiendo los bienes enagenados en número, peso, ó medida, ó siendo muebles, que no existen, debe el marido de su patrimonio, ó sus herederos reintegrarla su parte, y en su defecto deducirse de la suya, y aplicarla á su muger, porque es visto haber enagenado los suyos, y no los de ésta por defecto de potestad. Si el marido es pobre, puede la muger haciendo previa excusion en sus bienes, demandar la parte que la corresponda al que los posea, por haber sido enagenada en fraude, y perjuicio suyo; pero existiendo, no necesita hacer la excusion para reivindicarla del poseedor (3). En quanto á si podrá, ó no donarlos hay variedad en los AA. y conformándome con lo que afirma *Acevedo en la ley 5, tit. 9. lib. 5. núm. 9. al 18.* conciliando las opiniones digo que sí, con tal que la donacion sea á consanguineos, ó muy moderada, de modo que en qualquier evento no defraude á la muger en la mitad, ó mas del haber que en ellos la toca, porque el marido es el que regu-

(1) Ley 8. tit. 4. l. 10. N. R. (2) Ley 4. tit. 3. l. 10. N. R.

(3) Gom. en la ley 50. de Toro n. 72. vers. Quintus : : y n. 74.

larmente los gana con afanes y desvelos, y la muger poco trabajo tiene en conservarlos, mayormente en estos tiempos, en que muchas no solo no debian llevarlos, sino perder de su dote y herencias lo que en luxo, y otras superfluidades desfalcán á los maridos; sobre lo qual habia de haber consideracion á su mas, ó menos aplicacion, para refrenarlas de esta suerte su beleydad, locura y prodigalidad, y obligarlas por este medio á cumplir con su obligacion, como lo harian si la ley, y los AA. demasiado afectos, y apasionados, no las protegiesen tanto.

APENDICE AL CAP. II.

Provision de 16 de Junio de 1801. declarando que las mugeres Cordobesas deben participar de los gananciales como las de los Reynos de Castilla y de Leon. = Siendo Diputado del Comun de la Ciudad de Córdoba Don Blas Manuel de Codes, representó al Consejo en 9 de Mayo de 1789, ley 13. tit. 4. l. 10. N. R. y su nota, que uno de los estorvos capitales que habia tenido y tendria aquella poblacion para no conseguir su felicidad, era que las mugeres no participasen gananciales en los matrimonios, lo que los retrahia del trabajo y ocupacion que por lo comun era, ó debia ser en obras manuales, objeto el mas útil é importante, siendo consiguiente la desaplicacion, disipacion y el vicio faltando la esperanza del premio, que es el que estimula al trabajo. Que el cuerpo del derecho Español estaba tan distante de dar enunciativa de ello, que antes al contrario mandaba que lo que ganasen marido y muger durante su matrimonio fuese partible por mitad, inclinándose por lo mismo á creer, que como dicha Ciudad y parte de su Reyno fué frontera de Moros mucho tiempo, las gentes que la poblaban eran quasi todas de armas y sus bienes heredados ó adquiridos reputados por castrenses, y por lo mismo excluidas las mugeres de su participacion, lo que se habia ido continuando de modo que se tenia por ley, tanto que algunos padres antes de ahora, deseosos de eximir á sus hijas de tal tiranía las llevaban fuera á celebrar sus matrimonios, hasta que de algunos años á esta parte contrataban el que hubiesen de tener gananciales, pero esto lo hacian pocos, pues los mas no se atrevian á pronunciarlo: siendo constante que las mugeres que se casaban por sí, no pensaban en otra cosa, que en lograr marido, y el comun del pueblo jamas se acordaba de esto; y que siendo, como era cierto, el hecho, y el efecto perjudicialísimo á la causa pública por las razones expresadas, pidió al Consejo se sirviera consultar á S. M. inclinándole su Real justificacion para que tuviese á bien de anular la ley, costumbre ó estilo que gobernaba para esto en el Reyno de Córdoba; mandando que las mugeres que contraxesen matrimonios en él, fuesen tratadas como las de Castilla y Leon. Vista por el Consejo esta representacion y otras que se le dirigieron sobre el mismo asunto, y teniendo presente lo informado por el Acuerdo de la Chancillería de Granada con audiencia del Ayuntamiento de la Ciudad de Córdoba, y lo expuesto por el Pro-

curador general del Reyno, y por los tres Señores Fiscales, hizo consulta á S. M. en 17 de Abril de este año, manifestando entre otras cosas, hallaba sin género de duda que la ley general, por la qual las mugeres reportan la mitad de los bienes ganados en el consorcio, era de extender á las mugeres Cordobesas de todo aquel Reyno, y que contenia injusticia lo contrario, porque no habia, ni hay ley, ni fuero escrito que lo prohiba á pesar de la voz comun vulgar, y sin origen legitimo de que los Señores Reyes Católicos, ó mas bien la Reyna Doña Isabel, decretase en voz la pretendida prohibicion en pena de la vagancia y desaplicacion de las mugeres Cordobesas: que esta supuesta costumbre tenia por decontado la nota de inconstante; asi porque en el mismo Reyno hay muchos pueblos en que no se conoce, como porque en la misma Ciudad se destruye con el pacto antes de poderse experimentar, si se verificaba ó no la causa impulsiva de ello, que de todos modos seria y es injusta y perjudicial al matrimonio; injusta, porque dexa sin premio el mérito de las mugeres virtuosas, que han cumplido con la obligacion de acrecentar el patrimonio de la familia, de que son un agente principal; y perjudicial, porque funda y fomenta la inaccion y el aborrecimiento de los cuidados domésticos de la economía y prosperidad de las casas que necesariamente gobiernan: que tambien hallaba el Consejo, que el comunicar á mugeres Cordobesas la ley general de las ganancias, era conforme á los principios y reglas generales del contrato de Sociedad que se induce y establece con el matrimonio, y que al sacar de sus juicios, el que convienen ó tratan los Cordobeses, seria una deformidad muy de bulto, para la qual habria de darse un motivo, ó causa de gravísimo peso, y ésta era desconocida por todos términos: que todavia seria conforme á las reglas de justicia el que las Cordobesas participasen de las ganancias, si éstas se considerasen puramente como premio de los cuidados ó afanes con que contribuye la muger casada á la felicidad de la familia; y que estando en favor de toda la presuncion de que cumplen sus obligaciones, no seria razonable envolver á todas en el castigo de las viciosas, quienes analógicamente á sus descaminos eran corregidas en los casos prevenidos por derecho. Enterado S. M. de dicha consulta, y por su Real resolucion dada á ella, tuvo á bien conformarse con el parecer del Consejo, y en su cumplimiento se expidió esta Real Provision. Por la qual se manda abolir en quanto sea necesario la supuesta ley, costumbre ó estilo que haya gobernado hasta ahora en la Ciudad de Córdoba, de que las mugeres casadas no tengan parte en los bienes gananciales adquiridos durante el matrimonio: y que la ley general de la participacion de las ganancias en los matrimonios sea extensiva á las mugeres Cordobesas de todo aquel Reyno, segun y como se practica con las de Castilla y Leon.

Circular de 14 de Abril de 1804. = Con fecha de 6 de Marzo de 1802 se comunicó circularmente la resolucion tomada por S. M. á consulta del Consejo, en que tuvo á bien abolir la costumbre que habia gobernado hasta entónces en la ciudad de Córdoba, de que las mugeres casadas no tuviesen parte en los bienes gananciales adquiridos durante el matrimonio, y mandar que la ley general de la participacion de las ganancias en los matrimonios fuese extensiva á las mugeres de todo aquel Reyno, segun y como se practica en los de Castilla y Leon.

De resultas de esto se ocurrió á S. M. manifestando las dudas y pley-

tos que podían suscitarse sobre la inteligencia de dicha resolución, y pidiendo se sirviese declarar si la participación de ganancias á las mugeres Cordobesas debía entenderse solo en los matrimonios celebrados despues de su circulacion; si era extensiva á los contraidos en tiempo en que se hallaban privadas de este beneficio; ó si en este caso deberían ser propias del marido las ganancias habidas hasta el tiempo en que se publicó la ley, y partibles desde esta época hasta el dia de la disolucion del matrimonio.

Esta representacion se remitió de orden del Rey al Consejo para que expusiese su dictámen; y habiéndolo executado en consulta de 17 de Diciembre del año proximo con inteligencia de lo propuesto por los tres Señores Fiscales, por Real resolución á ella, que fué publicada en 12 de Enero último, conformándose S. M. con el parecer del Consejo, y teniendo presente que la expresada Real determinacion no es derogatoria de alguna ley, fuero ó costumbre racional anterior, sino declaratoria de un derecho de que solo han estado privadas las mugeres Cordobesas por una supuesta costumbre, ó mas bien pernicioso abuso, se ha servido declarar que comprehende no solo los matrimonios contraidos despues del 28 de Mayo de 1801 en que se publicó en el Consejo, sino tambien todos los celebrados antes de aquel dia, y que subsistian en él; pero con exclusion de los que se hubiesen disuelto antes de aquella época, por evitar los inconvenientes que produciria la extension á ellos.

Lo que participo á V. de orden del Consejo, á fin de que haciéndolo presente en el Acuerdo de ese Tribunal, se halle enterado para su observancia en los casos que ocurran, y disponga se circule á los Corregidores, Alcaldes mayores y Justicias de su territorio en la forma de estio.

CAPITULO III.

De los bienes que deben reservar el viudo ó la viuda á los hijos del primer matrimonio.

§. Unico.

I La muger que contrae segundas nupcias, está obligada á reservar á los hijos de su primer matrimonio la propiedad de todos los bienes que hubo de su marido por Arras, Testamento, fideicomiso, Legado, Donacion entre vivos, ó por causa de muerte, y por otro qualquier título lucrativo, aunque antes de casarse se los haya donado francamente, á cuya donacion llaman en latin *Sponsalitia largitas*. Por esta causa no puede enagenarlos, hipotecarlos, grabarlos, ni disponer de ellos entre los del segundo matrimonio, ni entre otros parientes, ni extraños por no ser propiedad suya, antes

bien los suyos propios están tácitamente afectos, é hipotecados á su responsabilidad, ó á la de su importe: debe dar suficiente caucion y seguridad de restituirselos, y usar de ellos á arbitrio de buen varon; que es como buen administrador, y padre de familia (1); pues por el hecho de volverse á casar, pierde el dominio en su propiedad, y la queda solo el usufruto mientras viva; razon porque no puede mejorar con estos bienes á ninguno de los hijos de su primer matrimonio, y así deben dividirlos entre sí con igualdad, ó á prorrata de su haber con arreglo á la institucion, y Testamento paterno (2); lo que prevendrá Contador en las particiones para que conste á los interesados, y á su tiempo usen de su derecho.

2 No solo está obligada á reservarles los mencionados bienes, sino los que herede por muerte ab intestato de alguno de ellos; pero en este caso reservará únicamente los que el hijo difunto heredó de su padre, mas no los que le donó otro pariente ó extraño, aunque sea por contemplacion de su padre, ó adquiridos con su industria y trabajo: ó le dió alguno, ó los que vendió, ó permutó: ó los que recayeron en ella por otro qualquiera título que no sea de sucesion: ni quando queda viuda antes de los 25 años, aunque dentro del de la viudedad los cumpla, pues la menor edad la exime de la pena de reservacion: ni tampoco los que el hijo la dexó en Testamento, porque en el *ab intestato* sucede meramente por ministerio, y disposicion de la ley, y *ex testamento* por la de ésta, y mediante la voluntad de su hijo como si fuera extraño (3), bien que en mi concepto lo mismo debe proceder *ex testamento* que *ab intestato*, excepto en la parte de que el hijo puede testar, y así deberá reservar las dos terceras partes, y la otra tercera no, porque de ella puede disponer á favor de quien quisiere, en virtud de la ley 6. de Toro, y no disponiendo, se verifica que suceden en ella mediante su voluntad, como sucederia un extraño. Y respecto ser esto opi-

(1) Leyes 16. tit. 13. P. 5. 1. tit. 2. lib. 3. del Fuero Real. Feminæ 3. Cod. de Secund. nupt. y Mater, quæ Cod. ad Tertyllian. (2) Auth. Ex testamento: Authent. In donatione, y Auth. Lucrum, Cod. de Secund. nupt. (3) Auth. Ex testamento, Cod. de Secund. nupt. Mat. en la ley 3. tit. 1. lib. 5. R. glos. 2. n. 15. y 16. Morquecho de Divis. honor. lib 4. cap. 12. n. 2. al 7.

tos que podían suscitarse sobre la inteligencia de dicha resolución, y pidiendo se sirviese declarar si la participación de ganancias á las mugeres Cordobesas debía entenderse solo en los matrimonios celebrados despues de su circulacion; si era extensiva á los contraidos en tiempo en que se hallaban privadas de este beneficio; ó si en este caso deberían ser propias del marido las ganancias habidas hasta el tiempo en que se publicó la ley, y partibles desde esta época hasta el dia de la disolucion del matrimonio.

Esta representacion se remitió de orden del Rey al Consejo para que expusiese su dictámen; y habiéndolo executado en consulta de 17 de Diciembre del año proximo con inteligencia de lo propuesto por los tres Señores Fiscales, por Real resolución á ella, que fué publicada en 12 de Enero último, conformándose S. M. con el parecer del Consejo, y teniendo presente que la expresada Real determinacion no es derogatoria de alguna ley, fuero ó costumbre racional anterior, sino declaratoria de un derecho de que solo han estado privadas las mugeres Cordobesas por una supuesta costumbre, ó mas bien pernicioso abuso, se ha servido declarar que comprehende no solo los matrimonios contraidos despues del 28 de Mayo de 1801 en que se publicó en el Consejo, sino tambien todos los celebrados antes de aquel dia, y que subsistian en él; pero con exclusion de los que se hubiesen disuelto antes de aquella época, por evitar los inconvenientes que produciría la extension á ellos.

Lo que participo á V. de orden del Consejo, á fin de que haciéndolo presente en el Acuerdo de ese Tribunal, se halle enterado para su observancia en los casos que ocurran, y disponga se circule á los Corregidores, Alcaldes mayores y Justicias de su territorio en la forma de estio.

CAPITULO III.

De los bienes que deben reservar el viudo ó la viuda á los hijos del primer matrimonio.

§. Unico.

I La muger que contrae segundas nupcias, está obligada á reservar á los hijos de su primer matrimonio la propiedad de todos los bienes que hubo de su marido por Arras, Testamento, fideicomiso, Legado, Donacion entre vivos, ó por causa de muerte, y por otro qualquier título lucrativo, aunque antes de casarse se los haya donado francamente, á cuya donacion llaman en latin *Sponsalitia largitas*. Por esta causa no puede enagenarlos, hipotecarlos, grabarlos, ni disponer de ellos entre los del segundo matrimonio, ni entre otros parientes, ni extraños por no ser propiedad suya, antes

bien los suyos propios están tácitamente afectos, é hipotecados á su responsabilidad, ó á la de su importe: debe dar suficiente caucion y seguridad de restituirselos, y usar de ellos á arbitrio de buen varon; que es como buen administrador, y padre de familia (1); pues por el hecho de volverse á casar, pierde el dominio en su propiedad, y la queda solo el usufruto mientras viva; razon porque no puede mejorar con estos bienes á ninguno de los hijos de su primer matrimonio, y así deben dividirlos entre sí con igualdad, ó á prorrata de su haber con arreglo á la institucion, y Testamento paterno (2); lo que prevendrá Contador en las particiones para que conste á los interesados, y á su tiempo usen de su derecho.

2 No solo está obligada á reservarles los mencionados bienes, sino los que herede por muerte ab intestato de alguno de ellos; pero en este caso reservará únicamente los que el hijo difunto heredó de su padre, mas no los que le donó otro pariente ó extraño, aunque sea por contemplacion de su padre, ó adquiridos con su industria y trabajo: ó le dió alguno, ó los que vendió, ó permutó: ó los que recayeron en ella por otro qualquiera título que no sea de sucesion: ni quando queda viuda antes de los 25 años, aunque dentro del de la viudedad los cumpla, pues la menor edad la exime de la pena de reservacion: ni tampoco los que el hijo la dexó en Testamento, porque en el *ab intestato* sucede meramente por ministerio, y disposicion de la ley, y *ex testamento* por la de ésta, y mediante la voluntad de su hijo como si fuera extraño (3), bien que en mi concepto lo mismo debe proceder *ex testamento* que *ab intestato*, excepto en la parte de que el hijo puede testar, y así deberá reservar las dos terceras partes, y la otra tercera no, porque de ella puede disponer á favor de quien quisiere, en virtud de la ley 6. de Toro, y no disponiendo, se verifica que suceden en ella mediante su voluntad, como sucedería un extraño. Y respecto ser esto opi-

(1) Leyes 16. tit. 13. P. 5. 1. tit. 2. lib. 3. del Fuero Real. Feminæ 3. Cod. de Secund. nupt. y Mater, quæ Cod. ad Tertullian. (2) Auth. Ex testamento: Authent. In donatione, y Auth. Lucrum, Cod. de Secund. nupt. (3) Auth. Ex testamento, Cod. de Secund. nupt. Mat. en la ley 3. tit. 1. lib. 5. R. glos. 2. n. 15. y 16. Morquecho de Divis. honor. lib 4. cap. 12. n. 2. al 7.

nable, se adherirá cada uno al dictamen que mas le convenza.

3 Procede esta obligacion no solo quando la muger se casa segunda vez, sino dos, tres, ó mas, por lo que debe reservar á cada hijo, ó hijos los bienes que de su respectivo padre hubo (1); pero si el marido, ó maridos la concedieron licencia para volverse á casar, ó despues de viuda la impetró del Rey, ó de sus hijos, no está obligada á reservarlos, antes bien se dividirán entre todos con igualdad (2), porque siempre que los bienes están unidos con pleno derecho al patrimonio de alguno, no se debe hacer distincion, ni separacion de ellos sino en los casos por derecho expresos (3).

4 En todos los casos en que la muger está obligada á hacer la reservacion á sus hijos, en los mismos sin limitacion, ni excepcion lo está el marido si vuelve á casarse (4); pero de los bienes que multiplican y adquieren con su industria constante matrimonio, nada tienen obligacion de reservarles, aunque se casen muchas veces, y del tal matrimonio, ó matrimonios en que adquirieron los bienes, hayan hijos, antes bien pueden disponer de ellos como de los patrimoniales, porque los adquieren con su industria y trabajo, que es titulo oneroso (5).

5 Todo lo que dexo explicado, procede, y ha lugar quando por muerte del conyuge que sobrevive quedan bienes suficientes para satisfacer á los hijos del anterior matrimonio el importe de los heredados del hijo, ó hijos muertos, y á la muger última su dote, arras, y demas derechos que llevó, y constante el suyo heredó, ó quando existen los mismos bienes; pero en caso que no haya para todos y la madre haya dexado, v. gr. tres hijos, y el padre heredado de dos de ellos, que murieron ab intestato sin sucesion, ó en la edad pupilar, las legitimas maternas que les tocaron, é importó la dote de su madre, y despues de muertos, ó antes vueltose

(1) Ley Cum aliis 4. Cod. de Secund. nupt. (2) Ley 3. tit. 12. P. 4. Boer. decis. 185. n. 5. Fachineo controv. jur. lib. 3. cap. 65. Gom. en la ley 14. de Toro n. 6. Mar. en la 3. tit. 1. lib. 5. R. glos. 2. n. 43.

(3) Ley fin. in fin. ff. de Inofficis. testam. Gom. en la 8. de Toro n. 9. Covar. in Epitome de Succes. ab intest. n. 9. y 10. (4) Leyes Generales 5. Si quis prioris 8. §. in fin. Cod. de Secund. nupt. y 7. tit. 4. l. 10. N. R. (5) Ley 6. tit. 4. l. 10. N. R. Gutier. lib. 2. pract. q. 95. n. 21. Gom. en la ley 14. de Toro, n. 6. Mat. en la 3. tit. 1. lib. 5. R. glos. n. 43.

á casar; se pregunta si muerto el padre, y no existiendo los bienes maternos, será preferida la muger última, ó sus hijos por su dote al hijo que sobrevive del matrimonio precedente que pretende la herencia, ó parte materna de sus dos hermanos difuntos que su padre debió reservarle, y de que perdió la propiedad por haber pasado á segundas nupcias?

6 En este caso parece que será preferido el hijo del matrimonio anterior, porque el privilegio dotal no solo compete á la muger contra los bienes de su marido, sino á sus herederos legítimos; de suerte que en concurrencia de dos dotes la que es primero en tiempo lo es en derecho, por ser créditos de una naturaleza, y gozar ambas del mismo privilegio de prelacion: solo tendrá preferencia la segunda en los bienes dotales conocidos que existan. Pero en mi concepto lo contrario es lo cierto: lo primero, porque el hijo que sobrevive al tiempo que su madre murió, no tuvo mas derecho como uno de tres que á la tercera parte de la dote, ni puede adquirirlo despues por estar satisfecho de ella, por lo que la accion que le compete, no es dotal, sino hereditaria proveniente de la muerte ab intestato de sus hermanos, de quien es heredero, pues en el instante que ellos, ó su padre como su legítimo administrador se apoderan de los bienes de su difunta madre, se hacen estos patrimonio suyo, y cesa la accion y privilegio de dote, por no transmitirse éste al heredero de su hijo, ni á otros, ni revivir despues que espiró; y solo será dotal quando el hijo, ó descendiente legítimo por no hallarse reintegrado de su legítima materna, ó abolenga, la pretende. Lo segundo, porque para repetir los bienes referidos le concede la ley únicamente tácita hipoteca sin privilegio de prelacion contra los de su padre; y aunque es primera en tiempo á la de la dote segunda, como la de ésta tiene el de antelacion segun derecho (1) á todas las tácitas anteriores que carecen de él, debe serlo tambien por su dote la muger segunda á quien compete. Y lo tercero, porque el padre en el instante que fallecen sus hijos se hace dueño de sus bienes en virtud de la ley 6. de Toro, y la reservacion á que le obli-

(1) Leyes 33. tit. 13. P. 5. Licet. 7. Cod. Qui potior. in pignor. hab. y Dotis Cod. de Jure dot.

gan las leyes citadas en los números precedentes, no es otra cosa que una pena, que le imponen porque vuelve á casarse, pues se presume que amará mas á la muger segunda, como que la disfruta, y á sus hijos, y por enriquecerlos defraudará á los de la primera, y no es justo que los de aquella se lucrén con los bienes de ésta, por no ser sus parientes por aquella línea, por lo que pierde su propiedad, y pasa al hijo que sobrevive, el qual por beneficio de la ley es heredero forzoso ab intestato de sus hermanos como consanguíneo mas cercano, y viene á ser lo mismo que si murieran después que su padre sin Testamento, ni tener mas bienes que los maternos, por lo que se queda en la clase de acreedor hipotecario legal sin otro privilegio, ni antelación que la que el tiempo le dé en concurrencia de otros iguales en la tácita hipoteca. Y aunque se diga que los hereda inmediatamente de su madre, y no de sus hermanos, esto es alucinarse, y querer confundir la luz con una pura ficción, y sofistería, pues no puede haber intermediación donde hay física interposición de personas. Tampoco sirve decir que este caso está comprehendido virtualmente en la regla de que: *en concurrencia de dos dotes la primera en tiempo lo es en derecho*, porque á mas de no estarlo y deberse entender la legal disposición segun suena, se vé que á la dote se conceden expresamente dos privilegios, uno de tácita hipoteca, y otro de prelación; y á los bienes reservables, ó (hablando con propiedad) al hijo contra los del padre el de tácita hipoteca solo. Si los estimara dotales, se los concedería igualmente, como se prueba del hecho mismo de no estar obligado el padre á reservar los que el hijo adquirió por otro título lucrativo, y de que quando la madre hace la reservación, no procede la acción del hijo por razón de dote, porque los del padre no gozan del privilegio dotal, por no ser dotales, sino por acción penal, y de reivindicación de bienes propios poseídos por un tercero con cargo de restitución, y prohibición de enagenarlos. Mas lo referido se limita, si los bienes reservables existen, pues entonces debe llevarlos el hijo, por ser los mismos que dexó su madre, tener dominio en su propiedad desde que su padre se casó, y haber sido éste un mero usufructuario obligado á devolverlos.

7 La muger que se casa dentro del año de la viudedad, está obligada á restituir á los herederos de su marido la mitad del lecho quotidiano, si se deduce de los gananciales, como habiéndolos debe deducirse, y sino los hay, y por este motivo se saca de los bienes propios de su marido, á volverlo enteramente á los hijos procreados en aquel matrimonio, pues por ser hacienda de su padre, les pertenece en posesión, propiedad y usufructo, (1) y aunque algunos afirman que solo tiene obligación de reservárselo, y ha de gozar de su usufructo durante su vida, no me conformo con su dictamen, porque la ley 6. tit. 6. lib. 3. del fuero Real que de esto trata, y está en uso, y no derogada, no dice tal cosa, segun se prueba de su contexto: : *Si el marido, ó la muger muriere, el lecho que habian quotidiano, finque al vivo; é si se casare, tórnenlo á particion con los herederos del muerto*. Sobre lo qual véase mi segunda parte lib. 1. cap. 6. La propia obligación tiene el marido en caso de volverse á casar; por lo que si al tiempo de hacerse la particion están casados otra vez (ya sea dentro, ó fuera del año de la viudedad, pues la ley no distigue) no se les debe abonar; y así se executó años pasados en el Consejo, confirmando cierta sentencia de Don Juan Gayon, Teniente Corregidor de esta Villa, por la qual aprobó la particion hecha en estos términos, de que entre otras cosas se habia agraviado una viuda casada segunda vez. Se previene que aunque el Testador legue al conyuge que sobrevive el quinto, se le debe entregar el lecho, ó su importe, porque se lo concede el derecho, y es deuda contra sus bienes á falta de gananciales.

CAPITULO IV.

DE DOTES Y ARRAS.

§. I.

1 Esta voz ó palabra *Dote* tiene diversos significados segun se aplica. Unas veces llaman doté á las virtudes morales,

(1) Ley 4. tit. 6. lib. 3. del Fuero Real. Montalv. en ella. Gutierr. lib. 2. pract. quæst. 93. 94. y 95.

gan las leyes citadas en los números precedentes, no es otra cosa que una pena, que le imponen porque vuelve á casarse, pues se presume que amará mas á la muger segunda, como que la disfruta, y á sus hijos, y por enriquecerlos defraudará á los de la primera, y no es justo que los de aquella se lucrén con los bienes de ésta, por no ser sus parientes por aquella línea, por lo que pierde su propiedad, y pasa al hijo que sobrevive, el qual por beneficio de la ley es heredero forzoso ab intestato de sus hermanos como consanguíneo mas cercano, y viene á ser lo mismo que si murieran después que su padre sin Testamento, ni tener mas bienes que los maternos, por lo que se queda en la clase de acreedor hipotecario legal sin otro privilegio, ni antelación que la que el tiempo le dé en concurrencia de otros iguales en la tácita hipoteca. Y aunque se diga que los hereda inmediatamente de su madre, y no de sus hermanos, esto es alucinarse, y querer confundir la luz con una pura ficción, y sofistería, pues no puede haber intermediación donde hay física interposición de personas. Tampoco sirve decir que este caso está comprendido virtualmente en la regla de que: *en concurrencia de dos dotes la primera en tiempo lo es en derecho*, porque á mas de no estarlo y deberse entender la legal disposición segun suena, se vé que á la dote se conceden expresamente dos privilegios, uno de tácita hipoteca, y otro de prelación; y á los bienes reservables, ó (hablando con propiedad) al hijo contra los del padre el de tácita hipoteca solo. Si los estimara dotales, se los concedería igualmente, como se prueba del hecho mismo de no estar obligado el padre á reservar los que el hijo adquirió por otro título lucrativo, y de que quando la madre hace la reservación, no procede la acción del hijo por razón de dote, porque los del padre no gozan del privilegio dotal, por no ser dotales, sino por acción penal, y de reivindicación de bienes propios poseídos por un tercero con cargo de restitución, y prohibición de enagenarlos. Mas lo referido se limita, si los bienes reservables existen, pues entonces debe llevarlos el hijo, por ser los mismos que dexó su madre, tener dominio en su propiedad desde que su padre se casó, y haber sido éste un mero usufructuario obligado á devolverlos.

7 La muger que se casa dentro del año de la viudedad, está obligada á restituir á los herederos de su marido la mitad del lecho quotidiano, si se deduce de los gananciales, como habiéndolos debe deducirse, y sino los hay, y por este motivo se saca de los bienes propios de su marido, á volverlo enteramente á los hijos procreados en aquel matrimonio, pues por ser hacienda de su padre, les pertenece en posesión, propiedad y usufructo, (1) y aunque algunos afirman que solo tiene obligación de reservárselo, y ha de gozar de su usufructo durante su vida, no me conformo con su dictamen, porque la ley 6. tit. 6. lib. 3. del fuero Real que de esto trata, y está en uso, y no derogada, no dice tal cosa, segun se prueba de su contexto: : *Si el marido, ó la muger muriere, el lecho que habian quotidiano, finque al vivo; é si se casare, tórnenlo á particion con los herederos del muerto*. Sobre lo qual véase mi segunda parte lib. 1. cap. 6. La propia obligación tiene el marido en caso de volverse á casar; por lo que si al tiempo de hacerse la particion están casados otra vez (ya sea dentro, ó fuera del año de la viudedad, pues la ley no distigue) no se les debe abonar; y así se ejecutorió años pasados en el Consejo, confirmando cierta sentencia de Don Juan Gayon, Teniente Corregidor de esta Villa, por la qual aprobó la particion hecha en estos términos, de que entre otras cosas se habia agraviado una viuda casada segunda vez. Se previene que aunque el Testador legue al conyuge que sobrevive el quinto, se le debe entregar el lecho, ó su importe, porque se lo concede el derecho, y es deuda contra sus bienes á falta de gananciales.

CAPITULO IV.

DE DOTES Y ARRAS.

§. I.

1 Esta voz ó palabra *Dote* tiene diversos significados segun se aplica. Unas veces llaman doté á las virtudes morales,

(1) Ley 4. tit. 6. lib. 3. del Fuero Real. Montalv. en ella. Gutierr. lib. 2. pract. quæst. 93. 94. y 95.

y prendas naturales de que el hombre está adornado. Otras á las perfecciones y dones sobrenaturales de que Dios dota graciosamente á las criaturas. Y otras veces se entiende civil, y jurídicamente por lo que se dá por razon de casamiento, y de esta dote paso á tratar en la siguiente forma.

2 La Dote entendida civil, y jurídicamente es como una manera de donacion que la muger hace de sus propios bienes á su marido por razon de casamiento; ó todo lo que la muger lleva al matrimonio, y entrega, ú otro en su nombre á su marido para ayuda de mantener con sus frutos las cargas matrimoniales. Y *donation propter nuptias* es lo que el marido, ó esposo da, ú ofrece á su muger, ó esposa por razon de casamiento, y á esta donacion llaman vulgarmente en estos Reynos: *Arras*, ó *dotacion* (1).

3 El marido puede constituir, y aumentar, asi ántes como despues de contraer matrimonio, la donacion que haga á su muger, y ésta su dote igualmente, y uno y otro han de tomar posesion de lo que mutuamente se dan y no de otra suerte, á menos que en el lugar de la celebracion del contrato haya costumbre contraria (2), pero el dominio, y usufruto de todo, corresponde siempre al marido para mantener las cargas matrimoniales (3).

4 Los bienes de la dote se llaman *adventicios* y *profecticios*. Los *adventicios* son los que la muger entrega por sí misma, ó su madre, tío, primo, ó pariente por línea materna, ó algun extraño á su marido en su nombre, ó los que la muger adquiere con su industria ántes de casarse, ó algun extraño la da. Llámense *adventicios*, porque no provienen del padre, abuelo, ni de otro ascendiente por esta línea. Y los *profecticios* son los que la da su padre, ú otro pariente por línea paterna, ó algun extraño por respeto y atencion de su padre (4).

5 Las Arras son de tres maneras. Unas lo que el esposo da, ú ofrece á la esposa por razon de la dote que con ella

(1) Leyes 1. tit. 11. P. 4. Plerumque 10. §. 3. y Arg. leg. Dotis 1. ff. de Jure dot. (2) Leyes 1. tit. 11. P. 4. y pen. ult. Cod. de Donat. ante nupt. Begnudel. Biblioth. verb. Dos num. 30. (3) Ley 7. tit. 11. P. 4.

(4) Leyes 2. tit. 11. P. 4. Profecticia 4. ff. de Jur. dot. y unic. Cod. de Rei uxoriae act.

recibe; ó por honor del matrimonio, y atencion á la virtud, honestidad, y otras apreciables prendas y circunstancias de que está adornada, que es lo mas frecuente; ó por remuneracion y recompensa de su virginidad y nobleza, bien que esto es indecoroso, y ruboroso en mugeres de honor y juicio; lo uno, porque el marido jamás se ennobleze con los brillos de su muger, y lo otro, porque suena á venta de su cuerpo. A esta oferta ó dádiva llaman comunmente tambien *donation propter nuptias*, ó *dotacion*, que antiguamente se llamaba *ante nuptias*, porque se hacia ántes del matrimonio, hasta que el Emperador Justiniano permitió que se pudiese hacer constante él: su dominio pasa irrevocablemente á la muger, y por su muerte á sus herederos. Otras, lo que el esposo da simple y francamente á la esposa para su adorno, v. gr. anillos, aderezos, &c. ó ésta á él con esperanza, y fin de casarse. Esta donacion se llama en latin, *Sponsalitia largitas*, y en ella puede el donante imponer condiciones á su arbitrio, y aunque no se exprese que es con el fin de casarse, se entiende así (1). Quando ganan, ó no esta donacion los esposos, ya se siga, ó no el matrimonio, lo trata *Gom. en la Ley 52 de Toro* n. 1. y siguientes, cuya esplicacion omito por no ser precisa al Escribano. Y otras lo que los esposos de futuro se prometen, ó entregan ántes de contraer matrimonio en señal, ó prenda para justificar y hacer constar los esponsales de futuro; ó una especie de pena que se imponen, para que la pague el que se aparte, y en lo antiguo tambien se daban para confirmacion del matrimonio (2), lo qual no se practica hoy. Otra donacion suelen hacerse marido y muger despues de consumado el matrimonio, sobre cuya validacion ó insubsistencia, y de qué bienes puede ser hecha, véase el capítulo 5.

6 Los bienes de los casados se nombran de diversos modos. Unos se llaman *dotales*, y son los que la muger, ú otro en su nombre entrega á su marido para ayudar á mantener las cargas matrimoniales, y de ellos corresponde á la muger el dominio natural, y á su marido el civil durante el matrimonio, que es la administracion y usufruto; y así la dote se

(1) Ley 2. tit. 11. P. 4. Parl. different. 125. (2) Parl. ibi. n. 6.
Tomo I. II

llama patrimonio propio de la muger (1). Esto se entiende, excepto que las utilidades que se perciban del fundo dotal no prevengan de fruto, ó no deban estimarse por rédito, sino por suerte principal que aumente la dote, como sucede quando el novio recibe antes de casarse algunos bienes fructíferos de la novia, y se está aprovechando de ellos sin darla de vestir, ni otra cosa, pues en este caso el importe de sus frutos es aumento, y no réditos de la dote (2), y disuelto el matrimonio se transfiere en la muger el dominio civil, y se consolida con el natural (3).

7 En dos casos se transfiere irrevocablemente al marido el dominio civil y natural de los bienes dotales, con obligación de restituir su importe disuelto el matrimonio. El primero, quando la dote consiste en bienes muebles, que se consumen con el uso, y son los que se cuentan, miden y pesan, ó dinero; y el segundo, quando se le dan valuados con estimacion que causa venta (que en duda siempre la causa); en cuyos casos puede hacer de los bienes lo que quisiere como suyos, y es de su cuenta y riesgo el incremento ó decremento que padezcan; lo qual se entiende efectuando-se el matrimonio, pues sino tiene efecto, aunque se estimen, y los tenga en su poder antes de contraerlo, toca á la esposa su deterioro, ó aumento (4). Pero si el marido despues de casado los vende, y no tiene con que reintegrarlos, puede su muger recobrarlos, ó su importe del comprador á eleccion de éste, haciendo prévia excusion en los bienes del marido (5).

8 Si son inmuebles, y el marido los recibe sin apreciar, ó con estimacion que no causa venta, pertenece á su muger su dominio natural irrevocable en ellos, y su deterioro ó aumento, y el civil al marido, el qual no los puede enagenar, obligar, ni hipotecar aunque su muger lo consienta, porque jamás se transfiere en él su dominio natural y verda-

(1) Ley In rebus 30. Cod. de Jure dot. ley Filius, ff. de Collation. honor. ley Pater, ff. de Evit. y ley Quambis, ff. de Jure dot. (2) Leyes 7. y 28. tit. 11. P. 4. y 7. y 12. ff. de Jur. dot. (3) Ley Dotis, ff. Solut. matrimonio. (4) Leyes 7. 18. y 21. tit. 11. P. 4. Si res in dotem. 42. ff. de Jure dot. Quotidie 5. y Cum dotem. 10. Cod. eod. tit. y unic. Cod. de Rei usoriae act. Gutierrez de Joram. confirm. part. 1. n. 9. y sig. (5) Oiea de Ces. jure tit. 5. quæst. 12. n. 11.

dero (1); excepto si ésta concurre á la celebracion del contrato, se obliga espontáneamente con juramento á no reclamarlo ni contravenirlo (2), y renuncie (como puede) el derecho y accion hipotecaria que la compete contra los bienes de él (3), pues conteniendo estos requisitos, valdrá su enagenacion y gravámen.

9 Causa venta la estimacion de los bienes dotales, quando se aprecian de tal suerte que se entregan al marido como vendidos por el precio en que se valúan; en cuyo caso le toca el desfalco ó incremento que tengan. Todos los suyos presentes y futuros están tácitamente obligados á su responsabilidad, y su muger es preferida á los demas acreedores en su importe (4), excepto en los casos que explicaré en el §. II; pero si no se le entregan en esta forma, y su valuacion se hace solamente para que se sepa su valor, por si se menoscaban ó mejoran, y no con otro fin, pertenece á la muger el riesgo que haya en ellos, no proviniendo el menoscabo de culpa de su marido (5). Si la dote consiste en ganados, y no se aprecian al tiempo de la entrega, debe haber el marido los frutos que produzcan, y cumple con restituir otros tantos de los hijos que procreen, si algunos murieren (6).

10 Si la muger conoce que su marido disipa ó desfalca su dote, y viene á pobreza por su culpa, puede demandarle judicialmente que se la entregue ó afiance su responsabilidad, ó que se deposite en persona lega, llana y abonada, y se la acuda con sus frutos para sus alimentos, á lo qual debe deferir el Juez; mas no la compete esta accion quando la deterioracion ó menoscabo no procede de culpa de su marido (7); bien que en todos casos se la admite la demanda, especialmente si este tiene otros acreedores, para que no pierda su dote, ni quede indotada.

(1) Ley In rebus 30. Cod. de Jure dot. Inst. in princip. Quibus alienare licet., vel non. (2) Cap. Licet mulieris in 6. y cap. Cum contingat. 28. de Jure jurand. (3) Ley Jubemus 21. Cod. ad Velleyan. (4) Leyes 18. y 19. tit. 11. P. 4. 23. 29. y 33. tit. 13. P. 5. In rebus 30. Cod. de Jure dot. y Assiduis 12. §. 1. Cod. Qui potior in pignori hab. (5) Leyes 18. y 19. tit. 11. P. 4. Begnud. Biblioth. verb. Æstimatio n. 9. 10. y 11. verb. Dos. n. 2. Covar. practica. cap. 28. (6) Ley 21. tit. 11. P. 4. (7) Leyes si constante 34. ff. Solutio matrim. Ubi adhuc 29. Cod. de Jur. dot. 1. tit. 9. P. 3. y 29. tit. 11. P. 4.

11 Otros bienes se llaman *paraphernales*, ó *extradotales*, y son los que la muger lleva al matrimonio sin incluirlos en los dotales, ó recaen en ella por algun título lucrativo despues de casada; como con mas extension explico en mi segunda parte adicionada lib. 1. cap. 3. á donde remito al lector. Llamanse Parafemales de la dizeion griega *Parapherna*, compuesta de *Para*, que significa casi ó cerca, y *pherna* que en idioma Castellano equivale á dote, por cuya razon se llaman casi dotales ó juntos á la dote, y en ellos tendrá dominio el marido, y le pertenecerán sus frutos, si su muger se los dá con esta intencion, y no de otra suerte. Si consta su entrega, aunque no gozan del privilegio de antelacion que los dotales, gozan del de tácita hipoteca, por lo que los del marido están sujetos igualmente á su responsabilidad y restitucion; y así entregándolos á su marido, será preferida en su importe á los acreedores anteriores personales y chirografarios de él, y á los posteriores que tengan hipoteca tácita, ó general expresa; pero si los administra por si propia, por haberlo pactado así antes de casarse, y no los entrega á su marido, no gozarán del privilegio de prelacion, ni el de tácita hipoteca, porque como retiene su dominio y usufruto, y puede hacer de ellos lo que quiera, es de su cuenta y riesgo el deterioro que padezcan; y lo mismo procede quando se duda si se los entregó ó no, pues entonces no será responsable el marido (1).

12 Otros se llaman *Antiphernales*, ó *contradotales*, y son los que el marido señala á su muger por compesacion de su dote, de cuyos efectos, conveniencias y otras cosas trata *Antonio Gomez* en la ley 50 de Toro num. 9. y sig. y por no necesitar saberlas el Escribano, omito su explicacion. En estos bienes tiene tambien el marido el dominio y usufructo.

13 Otros se llaman *Propios*, y son los que cada conyuge lleva al matrimonio, y hereda, ó adquiere durante él por última voluntad, ó por contrato lucrativo, y á éstos llaman tambien *hereditarios*. En todos ellos tiene su dueño la propiedad y dominio natural, pero en los de la muger roca á su marido el civil para administrarlos, y mantener con sus

(1) Leyes 17. tit. 11. P. 4. fin. Cod. de Pact. conveni. y Potior. : al princip. y §. Colonus, ff. Qui potior in pignor. hab.

frutos las cargas del matrimonio (1), si al tiempo de casarse no se pactó expresamente otra cosa entre los dos en quanto á los parafernales como pueden hacerlo.

14 Finalmente otros se llaman *Comunes*, *gananciales* ó *multiplicados*, y son los que adquieren los conyuges en constante matrimonio por su trabajo, industria, compra ó en otra manera semejante mientras viven juntos, de los quales cada uno debe haber la mitad en estos Reynos de Castilla, pero su dominio pertenece al marido (2); y aunque al tiempo de casarse lleve uno mas que otro, de qualquier calidad que sean, ó los adquiera mientras están casados, se comunican igualmente á entrambos los frutos que producen (3).

15 El padre puede ser apremiado á dotar á la hija que está en su poder, aunque ella no tenga bienes suyos, y quedará obligado por la dote que la ofrezca, si se efectúa el matrimonio (4); y en quanto á como debe ofrecerla la dote, quando es administrador de bienes de ella, para evitar dudas y pleytos, véase lo explicado en el capítulo 4. lib. 1. de mi segunda parte adicionada. Pero si la hija se casa contra su voluntad antes de los 25 años con sugeto indigno en calidad, ó en costumbres, no podrá ser obligado á dotarla en pena de su ingratitud, é inobediencia sino solamente á darla los necesarios alimentos. (5) Tambien pueden ser apremiados el abuelo y visabuelo paternos en el caso de que tengan en su poder algunos bienes de sus nietas y viznietas, y no en otro (6). La madre católica no debe ser compelida á dotar á su hija, pero si es Judía, Mora, ó de otra secta, puede serlo si la hija es christiana, como igualmente qualquiera que tiene en su poder alguna muger con todos sus bienes, si por servirse de ella, y disfrutar su hacienda, ó por otros fines particulares intenta impedirle que se case (7).

16 Las dotes pueden darse antes ó despues de contraer

(1) Leyes 2. y 5. t. 4. l. 10. N. R. (2) Leyes 203. del Estilo 1. tit. 3. del Fuero Real, y 1. y 4. t. 4. l. 10. N. R. (3) Leyes 3. y 5. t. 4. l. 10. N. R. (4) Leyes 8. tit. 11. P. 4. ult. Cod. de Dot. promis. y Qui liberos 19. ff. de Ritu nuptiar. (5) Ley Qui á liberis, §. Si vel parens, de Liber. agnoscend. arg. cap. Cum haberet, de eo qui duxit. Ferrar. Biblioth. verb. Dos, n. 6. y 7. (6) Ley 8. tit. 11. P. 4. Gom. en la ley 50. de Toro n. 22. Gutier. lib. 2. pract. quæst. 10. (7) Ley 9. tit. 11. P. 4.

matrimonio, puramente, ó con condicion, y á los plazos que se estipulen; y deben observarse los pactos que imponga el que las diere, no siendo opuestos á derecho y buenas costumbres (1), al modo que en las donaciones, porque realmente lo son. Si alguno dota á muger, con quien cree tener parentesco, y se casa, aunque despues se verifique no ser parientes, no puede demandar lo que la dió en dote, porque es una obra de piedad, y lo propio milita con otras hechas tambien por piedad (2).

17 La muger puede llevar en dote bienes raices, muebles, semovientes, deudas, derechos y acciones. Si es menor, y los bienes son raices, debe intervenir licencia judicial para su entrega, pues no basta la de su Curador; pero si son de las otras clases, es suficiente la de éste (3). Si la dote consiste en deudas, y es su padre, ú otro ascendiente el deudor, y el marido negligente en cobrarlas, toca á la muger el riesgo que haya en su cobranza, y aunque su heredero demande al marido, ó al suyo su importe, no ha de ser oido, porque los hijos, é yernos no deben apremiar á sus padres y suegros como á los que no lo son. Si el deudor es estraño, se ha de distinguir. O la deuda es obligatoria ó voluntaria: si es obligatoria por proceder de contrato oneroso, v. gr. venta, empréstito ú otro semejante, debe satisfacerla el marido de sus propios bienes en el caso de que por su culpa, ú omision no se cobre; y si es voluntaria, por provenir de donacion ú otro contrato lucrativo, se distingue otra vez: ó la cosa donada es cierta y señalada, ó no; si lo es, y el dendor se obliga á entregarla, corre la misma pariedad que siendo obligatoria: y si no lo es, toca á la muger el peligro que haya en su cobranza, aunque por no pedirla su marido se pierda (4). Y por quanto suelen hacerse gastos judiciales, y otros en la cobranza de deudas para que la dote sea líquida y efectiva, y el marido en nada perjudicado, convendrá que en el instrumento dotal se obligue á responder de su importe líquido, deducidos los gastos judiciales, y demas que en su cobranza se le ocasionen, de que llevará cuenta exácta y puntual, y no de

(1) Leyes 10. 11. 13. y 30. al fin tit. 11. P. 4. y cap. Donatio 8. de donat. inter vir. & uxor. (2) Ley 35. tit. 14. P. 5. (3) Ley 14. tit. 11. P. 4. (4) Ley 15. tit. 11. P. 4. Olea de Ces. Jur. tit. 5. q. 12.

otra suerte. Con esta cláusula no se le computarán, ni compensarán con los frutos dotales, y cesarán las dudas que por la variedad de opiniones hay sobre esto, segun expondré en mi segunda parte lib. 1. cap. 3. lo que tendrá presente el Escribano.

18 Muchas veces llevan en dote las mugeres legado annuo, usufruto, pension, ó renta impuesta en fondo vitalicio ó empleo, y la práctica de esta Corte en constituir la dote de estas cosas es: considerar por tal el importe de los diez años primeros siguientes al dia de la celebracion del matrimonio, haciendo capital de él, y obligándose el marido á restituirlo á su muger, ó á sus herederos, aunque ésta no viva los diez años; y si vive mas hace suyo el producto, porque se contempla fruto de dote; pero yo no me conformo con esta práctica, que en mi concepto es muy desarreglada, y tengo por justificado y equitativo el que si la dote consiste en pension, legado annuo, ó renta vitalicia de capital puesto en fondo vitalicio, ó en otra manera semejante, se obligue el marido, si quisiere, á responder del importe de los diez años en el caso que su muger los viva, ó los menos que pacten, si muere antes que se cumplan, y no de otra suerte, deducidos los gastos de cobranza, y tambien los réditos anuales á tres por ciento, respecto querer que sea capital lo que es fruto en realidad, constituyendo la obligacion solamente del residuo. Si es usufruto de casa, ú otro edificio, debe hacerse la misma regulacion, deduciendo la tercera parte de su producto por razon de reparos menores, huecos, y malas pagas, para que las otras dos sean efectivas, y dote líquida. Si es de tierras, viñas, ú olivares debe observar lo propio, sin hacer mas deducion que de los gastos de cobranza, y réditos expresados. Si es empleo que el marido debe servir, se considerará por dote la mitad de la renta de los diez años, y se le dexará la otra mitad por el trabajo personal de servirlo; pero si muerta su muger ha de continuar en él, serán íntegros los diez años. Tambien podrá estipular quando se case: *Que en atencion á quedar siempre vivo, ileso, y sin el menor menoscabo á la Novia, el derecho de percibir su renta, ó pension annua, sin que por casarse se le disminuya; si falleciere testada, ó intestada antes que el Novio, no ha de ser obligado éste á entre-*

gar á sus herederos legítimos, ni estraños, ni éstos poder pedirle jamas en juicio, ni fuera de él, el todo, ni parte de las anualidades que haya cobrado, antes bien se han de graduar y estimar en estos casos como desde ahora se gradúan y estiman por frutos de aquel derecho, á cuyo fin se les priva de toda acción para demandarlas; y solo en el de que el Novio muera primero, se han de considerar por mas dote suya, y no por frutos, y ceder en su privativo beneficio las que perciba de las pactadas, y como tales deducirse su importe de los bienes que él dexa, y lo contrario sea nulo, y de ningun valor ni efecto, como practicado contra este pacto nupcial, expreso y prohibitivo. Con esta cláusula no queda el Novio tan perjudicado, ni debe darle cuidado el que despues de muerto se exijan, ó no de su caudal las anualidades percibidas, pues lo que le interesa es que no le molesten en vida por su importe; y á la Novia tampoco se irroga detrimento, porque si sobrevive al Novio, logra el abono de las que éste cobró; por lo que pueden convenirse en este pacto, y como justo se deberá observar. Lo mismo podrá pactar entonces para con el legado vitalicio que le hagan durante su matrimonio, pues no pactándolo, no se tendrá por dotal el importe de las anualidades de él. Pero prevengo lo primero, que si al tiempo de casarse no se constituye esta dote, no se estimarán por dotales sus frutos decenarios, ni parte de ellos en concurrencia de acreedores del marido, porque por el mismo hecho de no haberse pactado, ni obligado á su restitucion, es visto haber querido la muger que no fuesen dotales, ni parafernales, sino frutos de aquel derecho, por cuyo defecto se desestimaron en el Consejo en cierto pleyto que seguí como apoderado de una Señora sobre terceria dotal por el Oficio de Don Josef Perez, Escribano del número de esta Villa en el año pasado de 1765. De esta clase de dote trata el Señor Olea de *Ces. jur. tit. 6. quæst. 2.* con mucha delicadeza y extension, y tambien otros con bastante variedad. Y lo segundo, que el capital impuesto del caudal de ambos conyuges en fondo vitalicio por la vida del Superstite, ó de algun hijo, ó hijos de ambos, ó de extraño, no se debe inventariar, ni partir, porque ya no existe, ni se puede recuperar. Lo que se ha de hacer, es dividir el derecho de

percibir las anualidades que se paguen durante la vida de aquel en cuya cabeza está impuesto, por cuya muerte espiran á proporcion de lo que á cada uno corresponda segun su haber, y de esta suerte á ninguno se perjudica; lo que tendrá presente el Escribano si le ocurre, como me ocurrió, lo practiqué, y se aprobó.

19 Aunque el que dá, ó promete la dote, no obligue expresamente sus bienes á su pago, y saneamiento, quedan obligados tácitamente á su restitucion no solo los presentes, sino los futuros del marido que la recibe (1). Si algun tercero la deduce en juicio, y se la quita, y no fué apreciada, pertenece el menoscabo á la muger, la qual, y el que la dió no tienen obligacion de sanearla, habiéndose constituido con buena fé; ni por consiguiente ha lugar su eviccion; pero si fué con dolo, ó se dió apreciada, ó empezó por promesa, y obligacion de darla, y no por tradicion, ó el que la dió se obligó á su eviccion, y saneamiento, queda, y está obligado á todo (2). Si el que la dá, ó recibe apreciada, se siente agraviado de su valuacion, puede pedir que se deshaga el agravio, ó lesion en qualquiera cantidad que sea, sin embargo de que no exceda, ni llegue á la mitad del justo precio, como sucede en las ventas, cuyo privilegio está concedido al contrato dotal por favor de la dote (3). La accion de repetir el engaño no prescribe mientras no llega el caso de la restitucion, á menos que al tiempo de constituirla se renuncie, porque la ley no prefiere término para ello; por lo que si la muger llevó en dote bienes raices estimados, el marido los cuidó, y conservó de modo que al tiempo de su muerte no se conoció en ellos ruina, ni menoscabo, y sin embargo los apreciadores nombrados por sus herederos, y por su muger, los dán menos valor que el que se les dió al tiempo de casarse, deberá ésta tomarlos por el precio que tenian entonces, sin que los herederos del marido sean responsables al menos valor, porque este puede provenir del tiempo, ó no haber tenido mas realmente quando los llevó, aunque mas se les diese, como sucede regularmente en todas las dotes, pues se

(1) Ley 23. tit. 13. P. 5. (2) Ley 22. tit. 11. P. 4. y ley 1. Cod. de Jur. d. Gom. lib. 2. Var. cap. 2. n. 37. (3) Ley 16. tit. 11. P. 4. Greg. Lop. en ella.

tasa por veinte lo que no se puede vender por diez; fuera de que de los bienes raíces no se transfiere el dominio al marido, y así no deben valuarse, excepto que haya aumentos, ó menoscabos conocidos, y que de estos haya sido él la causa.

20 Si la novia libre mayor de 25 años, y sin descendientes ofrece algo al novio, quedan obligados sus bienes, aunque al tiempo de la oferta no se exprese, porque en qualquier manera que parezca que uno quiso obligarse á otro, queda obligado (1), al modo que los bienes del novio lo están á la donacion *propter nuptias*, que hace á la novia (2); en cuyo caso se estenderá la cláusula en los términos que expresa la nota primera puesta á continuacion de la escritura de capital; bien entendido, que aunque la oferta ó donacion que la novia soltera, ó viuda sin hijos haga al novio, exceda de la decima, ú octava partes de sus bienes, valdrá, por ser hecha por contrato oneroso, con tal que no sea muy excesiva, mediante que el derecho reprueba semejantes donaciones, segun diré en el capítulo siguiente. Y sin embargo de que afirman algunos que las leyes que hablan con el novio, deben entenderse con la novia, no me parece muy acertada esta opinion, porque ademas de no hablar directa, ni indirectamente con ella, milita diversa razon, pues (como dice el derecho) (3) las mugeres son naturalmente avarientas, y codiciosas, lo quieren todo para sí, por parecerlas neciamente que se lo merecen, y se les debe de fuero, y sienten entrañablemente desprenderse de lo que poseen, á menos que ceda en su privativa utilidad, y adorno, ó para adquirir mas con ello, por lo qual no hubo necesidad de prohibirlas que hiciesen donaciones; y así muy rara vez se vé que las hagan á los novios, sino que sean viejas, ricas, y feas, y el novio buen mozo; pero con los hombres es distinto, porque por lo regular son pródigos, mayormente estando para casarse, y como ciegos de esto que llaman amor, que no es mas que el fuego de la concupiscencia que los infatúa, esclaviza, y convierte en brutos, no se detienen en ofrecer, y donar; por quedar airosos, y congratular á las novias, y á su parentela; y como su alucinada, y necia prodigalidad cede

(1) Ley 1. t. 1. l. 10. N. R. (2) Ley 23. tit. 13. P. 5. (3) Ley 3. tit. 14. P. 4.

en grave detrimento suyo, fué preciso refrenársela, pues de lo contrario se les ocasionarian mayores daños. Si le da alguna cosa, sabiendo que la está prohibido casarse con él, no puede demandarsela despues (1); y si ambos con ciencia del impedimento se dán mutuamente algo, lo pierden, y toca al Fisco (2).

21 Por tres causas gana el marido la dote, que su muger lleva al matrimonio, y ésta la donacion, que en razon de él la hace su marido. La primera, quando al tiempo de casarse pactan que si alguno de los dos muere sin hijos, herede el todo ó parte del dote y de la donacion el que sobreviva. La segunda por costumbre, de suerte que si en el lugar de su domicilio la hay de que falleciendo uno de ellos sin hijos, herede el otro lo que le donó, lo llevará, aunque nada estipulen. Y la tercera por adulterio que la muger cometa, por el qual gana el marido su dote, y arras (3), de cuyo crimen solo él puede acusarla (4); pero en los dos primeros casos está contraria la práctica, y costumbre de estos Reynos, pues nada heredan, aunque el muerto no dexé sucesion, á menos que conste expresamente de su última voluntad, y así solo lleva la muger las arras en caso que quepan en la decima de los bienes del marido, ó las joyas, ó vestidos, si no exceden de la octava parte de su dote, por lo que no se hacen hoy estas donaciones, y aunque se hagan no valen, como advierte Gregor. Lop. en la ley 3. que se cita, glos 2.

22 Pactando marido, y muger al tiempo de casarse que si fallece uno de ellos sin hijos ni ascendientes, ha de llevar el otro la donacion que se hacen, ó arras que se ofrecen por razon de casamiento, y los gananciales, debe observarse el pacto, aunque despues de casados vayan á vivir á lugar en que haya costumbre contraria; pero si nada pactan, valdrá la costumbre de el en que contraen matrimonio, y no la de el en donde fijan su domicilio (5); lo qual será al contrario pactándolo constante matrimonio, como diré en el cap. 5.

23 Para ganar el marido los frutos de la dote, ya sea, ó no estimada, deben concurrir tres circunstancias. La pri-

(1) Ley 50. tit. P. 14. 5. (2) Ley 51. tit. 14. P. 5. (3) Leyes 23. t. 11. P. 4. y 15. tit. 17. P. 7. (4) Leyes 1. y 2. tit. 17. P. 7. Gutier. lib. 2. pract. quæst. 19. (5) Ley 24. tit. 11. P. 4. Larrea allegat. n. 115. n. 25.

mera, que el matrimonio se celebre segun el orden establecido. La segunda, que tenga la posesion de la dote; y la tercera que sufra las cargas matrimoniales; pero esto se limita respecto de las esclavas que se dan en dote, pues si se diere alguna apreciada, y el marido prometió dar el precio de ella en caso de que el matrimonio se departiese por muerte ó por juicio, en tal caso será de su cuenta el provecho ó el daño que viniese á la esclava; pero si no se le entrega apreciada, pertenece á su muger el peligro (1). Tampoco es del marido lo que los siervos de la muger adquieren por donacion que alguno les hace, pero sí lo que ganan con su industria (2).

24 Qualquiera esposa de presente ó de futuro, disuelto el matrimonio, gana la mitad de todo lo que el esposo la dió antes de consumarlo, sea, ó no preciso, si la besó, y si no la besó, nada gana, y así debe volver á los herederos del esposo; pero falleciendo alguno de los dos despues de consumado, llevará la muger, ó los suyos todo lo que el esposo la dió, siendo desposados, si no hubo arras en el casamiento, pues si las hubo elegirá la muger, y por su muerte sus herederos, tomando las arras, ó lo que el marido la dió, cuya eleccion han de hacer dentro de veinte dias despues de requeridos por los del marido, y pasados, la harán los de éste (3), y podrán darla de las dos cosas la que quieran.

25 Los padres no pueden mejorar, dar, ni prometer á sus hijas por razon de dote, ni casamiento, tercio ni quinto de sus bienes, ni otra cosa alguna, ni se entiende ser mejoradas tácita, ni expresamente por ninguna manera de contrato entre vivos, como dexo sentado, y solo se les permite donarlas lo siguiente: el que tiene 200 mil maravedis hasta 500 mil de renta puede darlas por sola una vez un cuento de maravedis en dote, el que pasa de los 500 mil, y llega hasta un millon, y 400 mil maravedis, cuento y medio: y el que tiene cuento y medio de renta, la de un año, y si mas tiene, no debe exceder de doce cuentos de maravedis, aunque su renta anual sea mayor, pena de perder el exceso (4); pues para dotar, y que la dote se considere suficiente, se

(1) Ley 20. tit. 11. P. 4. (2) Ley 25. tit. 11. P. 4. (3) Leyes 57. de Toro, que es la 3. t. 3. l. 10. N. R. y si á sponso 16. Cod. de Donat. ante nupt. (4) Leyes 16. y 7. t. 3. l. 10. N. R.

ha de atender á los haberes del dotante, á los hijos con que se halla, dignidad de las personas, y costumbre de la patria: si no excede de la legitima, se tiene por suficiente, y excediendo, por inoficiosa (1). Lo mismo procede para con las nietas, aunque la ley no habla de ellas, porque versa igual razon, debe obrar la propia disposicion legal, y no han de ser de mejor condicion que sus madres, y por otras razones que traen los AA (2).

26 Debe pagarse la dote de los bienes gananciales, y no habiéndolos, si padre, y madre la ofrecen, la satisfarán por mitad de los patrimoniales, y si uno solo la ofrece, está obligado á su entrega por el todo (3); pero la madre mediante no tener obligacion de dotar á su hija, segun dexo expuesto, puede pactar que si el padre fallece, y no hay gananciales se entienda no haberla dotado, ni prometido cosa alguna, y por consiguiente no deberse desfaltar su dote, ni bienes hereditarios por esta causa; pues si no lo estipula, se quedará la hija con la mitad de la dote en cuenta de su legitima materna, y percibirá íntegramente la paterna, y su madre carecerá de aquella parte durante su vida. Si lo pacta, tendrá la hija que traer toda la dote á colacion, y participacion con los demas herederos, y la recibirá en cuenta de su legitima paterna, y si excede á ésta, restituirá el exceso, mediante no poder ser mejorada en contrato entre vivos por razon de dote, ni casamiento, y la madre en nada quedará perjudicada.

27 Hay una opinion bastante comun entre gentes poco instruidas, de que el novio tiene obligacion de dotar á la novia, y llega á tal extremo este abuso, y es tan poco el honor, tan grande la codicia, y ninguna la vergüenza de muchas, que á cara descubierta regatean lo que las ha de ofrecer en arras, y qué vestidos, joyas ó preséas, que llaman *vistas*, las ha de dar para casarse, y si no, no hay boda; de modo que lo quieren todo sin deberse las nada, y en buen castellano se venden, y todo lo incluyen en su carta

(1) Leyes Quæro 60. Sive generalis 61. y Cum post. 69. §. Gener 4. ff. de Jur. dot. (2) Mat. en la ley 1. tit. 1. lib. 5. R. glos. 1. n. 3. 4. y 5. Baeza de Non meliorand filiab. cap. 21. y 31. Gutier. lib. 2. pract quæst. 14. (3) Ley. 4. t. 3. l. 10. N. R.

dotal, como si le llevarán por dote; pero lo más de notar es, que hasta las personas distinguidas inciden en este indecoroso modo de pensar, queriendo cohonestarlo con el colorido de que es por honor del matrimonio, como si este necesitara para ser honrado, que interviniese interes. Y para que unos y otros depongan este error dimanado de la falta de lectura de las leyes, digo que no hay tal obligación, ya sea la novia doncella, ó viuda, noble, ó plebeya, joven, y hermosa ó anciana, y soltero, ó viudo, mozo, ó viejo, y feo el novio, y que antes bien es acto puramente voluntario, y urbano en este el hacerlo, así porque no hay ley que lo mande, ni á ello le precise, como porque una de Toro Recop. (1) prohíbe que pueda renunciarse la del Fuero Real (2) que lo permite, prefiniendo, y limitando lo que el novio puede darla en joyas, ó preséas, ó vestidos ú ofrecerla en arras, y manda que aunque se renuncia no valga su renunciación, y que el Escribano que autorice contrato con ella, incurra en perdimiento del oficio, y no puede usarlo mas, pena de falsario, con la qual concuerda otra Recopilada (3), donde se prohíbe también al Consejo de la Cámara dispensar en ello, y que ésta se renuncie, anula las facultades que en su contravención se dieren, y hace otras prevenciones muy oportunas. De todas estas disposiciones legales se infiere que el novio no tiene obligación de dotarla, ni de darla vistas, si no quiere. En quanto á si en los contratos nupciales puede, ó no ofrecer el quinto á la novia, y como se ha de estender la cláusula, véase el capítulo 6. de mi segunda parte adicionada, en donde lo tengo explicado.

28 Y respecto de que si la novia mayor de 25 años, y libre de todo dominio, quiere donar algo al novio puede hacerlo, y si se lo dona, ú ofrece quedarán sus bienes obligados á su cumplimiento, como dexo sentado: me resta decir que para exterminar, y cortar de raíz los abusos, y excesos, que cometían los novios en las ofertas, y donaciones que hacían á sus novias, y evitar los notables perjuicios que se les irrogaban, ordenó, y dispuso la ley del Fuero Real, confirma-

(1) Ley 50. de Toro, que es la 1. t. 3. l. 10. N. R. (2) Ley 2. tit. 1. lib. 3. del Fuero. (3) Ley 5. §§. 1. al fin, y 1. t. 3. l. 10. N. R.

da por las dos Recopiladas, que quedan citadas en el número inmediato, que ningun novio pueda dar, ni prometer á la novia en arras, ó donación *propter nuptias* mas que la décima parte de los bienes libres que tenga; y no queriendo ofrecerla arras, que tampoco pueda darla en joyas, ó preséas, ni en vestidos, que la ley de Partida llama *donadíos* ni en otra cosa alguna mas que la octava del importe de la dote que con ella recibiere: que todos los contratos, pactos, y promesas que en fraude, y contravención de lo expuesto se hicieren, sean nulos; y que el exceso que se dé, ú ofrezca, se pierda, y aplique al Fisco; cuyas leyes están confirmadas por un auto acordado (1), y de ellas se prueba que el novio no tiene obligación de dar joyas, ó preséas, y vestidos, y ofrecer arras á la novia antes de casarse, ó de consumir el matrimonio, sino solamente una cosa, ú otra, porque hablan disyuntiva, y no conyuntiva, ó copulativamente; pero si lo hiciera todo, podrá elegir la novia dentro de los veinte dias segun dexo expresado, y pasados toca hacer la elección á los herederos de su marido. Esto se entiende quando la novia hubiere incluido en su carta dotal las joyas, preséas, ó vestidos, pues no habiéndolas incluido, se deben tener como donados despues de casada, en cumplimiento de la obligación alimentaria de su marido, y así se inventariarán, y llevará las arras, y los vestidos se la aplicarán en parte de su haber hasta en lo que alcancen.

29 Aunque el novio sea pobre al tiempo de contraer matrimonio, puede ofrecer arras á la novia, señalándole cantidad determinada, para que si cupiere en la décima parte de los bienes que adquiriera constante él, se la aplique, ó lo que importe la de los que tenga quando fallezca (2); y si se las demanda, cumple con entregar la décima, y á nada mas está obligado (3). Esto se entiende, ya trayga, ó no dote la novia, si el novio dexa herederos forzosos, pues no dexándolos, se la entregará toda la cantidad ofrecida, no obstante que exceda, ó no quepa en la décima, si se pactó en la es-

(1) Ley 8. tit. 3. l. 10. N. R. (2) Ley 2. tit. 2. lib. 3. del Fuero Real. Ayora de Partit. part. 1. cap. 7. n. 18. (3) Dicha ley 2. tit. 2. lib. 3. del Fuero.

critura, se reputará por donacion, y deuda á su favor, y como tal deberán pagársela íntegramente los herederos estraños de su marido, porque pudo dexarles menos, ó nada é instituir á su muger por su universal heredera. Se previene lo primero, que si lo que la ofrece en arras, cabe en la décima parte de los bienes que tiene quando se casa, y no en la de los que dexa al tiempo de su muerte; ó la ofrece la décima de los que entonces posee, ó de los que le toquen, y se encuentren por su fallecimiento á su eleccion, podrá elegir la muger, y deberá aplicarsela lo que elija, con tal que no exceda de la décima de los que en uno de los dos tiempos se verificó pertenecerle, aunque dexé hijos, porque en el mismo instante en que se celebró el contrato á su favor, adquirió derecho á ello, y á elegir; su marido contraxo esta deuda, y gravamen que debe pagar, y deben sufrir sus hijos; y la ley no se lo prohíbe, lo que practiqué en particiones que hice, y se aprobaron judicialmente; y para evitar disputas se pactará así en la escritura en que se ofrezcan, de lo qual trataré con mas extension en el lib. 1. cap. 6. de mi segunda parte. Y lo segundo, que el novio puede ofrecer las arras con la condicion de que si la novia muriese antes, se entienda nula la oferta, no tengan derecho á exigirselas sus herederos legitimos, ni estraños, ni él esté obligado, ni pueda ser compelido á entregar su importe, ni parte de él, y solo ella sobreviviéndole pueda pedir las, por querer cedan en beneficio personal, y privativo suyo, y no de sus herederos ex testamento ni ab intestato. Tambien puede poner otras condiciones posibles y honestas, las que deberán observarse, porque el donante tiene facultad de ponerlas al tiempo que hace la donacion, ú oferta graciosa, como ésta lo es pura y absolutamente por proceder de mera generosidad del novio.

30 Si el novio es menor de 25 años, y no tiene Curador, puede donar bienes muebles á la novia; pero si lo tiene, es preciso que concurra á la donacion, y si quiere donarla raíces, debe intervenir licencia judicial por no ser suficiente la de su curador, bien que si hace la donacion sin ella, y pasan quatro años despues de cumplidos los 25 sin reclamarla, es visto por este silencio confirmarla, y ratificarla.

la, y por lo mismo queda firme (1).

31 Se duda si el novio viudo que tiene hijos, ú otro descendiente legitimo del anterior matrimonio, podrá dar, ú ofrecer en arras á su futura esposa la decima parte de sus bienes, y despues por última disposicion, ó por contrato entre vivos el quinto de ellos, viviendo los hijos. Algunos son de opinion que puede respecto de que la ley del Fuero, y demas citadas hablan indistintamente sin expresar si el novio ha de ser soltero, ó viudo, con hijos, ó sin ellos. Pero no obstante, digo que no puede hacer ambas cosas. Lo primero, porque sus hijos, y descendientes legitimos tienen adquirido derecho, y quasi dominio en todos sus bienes, son como dueños de ellos, y se les deben por derecho natural, y positivo excepto el quinto. Y lo segundo, porque se contraviene á la ley 28 de Toro posterior á la del Fuero, que le prohíbe tambien indistintamente disponer de mas que de un quinto en vida, y muerte, que es por contrato, y última voluntad; por lo que si la dá, ú ofrece arras, y despues la lega el quinto, gravará su legitima en el importe de las arras, excediendose de las facultades que tiene. Se replicará diciendo que el contrato de arras es oneroso, y remuneratorio, y el quinto gracioso, y voluntario; y que la prohibicion, y limitacion de dicha ley de Toro se debe entender quando el que lega el quinto por última voluntad, hizo donacion graciosa por contrato entre vivos, mas no quando fué remuneratoria, porque la remuneracion es especie de paga, y compensacion de beneficio recibido. Y se responde, que no es oneroso sino para el novio, pues si obligára á la novia diriamos que se vendia por este corto interés, lo qual es ruboroso é indecoroso, y que el matrimonio se hacia por él, siendo así que debe contraerse por mútuo amor, y por los honestos, y santos fines que prescribe nuestra santa ley, y no por otros; á mas de que es voluntario en el novio el ofrecerla, ó no las arras, y por lo mismo aunque sea viejo, feo, y viudo, y la novia moza, doncella, noble y hermosa, no debe en conciencia, ni en justicia darselas, ni ofre-

(1) Mat. en la ley 2. tit. 2. lib. 5. R. glos. 1. n. 5. Gom. en la ley 50. de Toro n. 14.

cerselas, sino quiere, por no obligarle á ello ley alguna. No es remuneratorio, porque la remuneracion supone beneficio, ó servicio recibido de aquel á quien se remunera, el que no hay de la novia; y sin embargo de que se toman por causa, y pretexto para llamarlo así la virginidad, hermosura, mocedad, nobleza, y otras circunstancias de ella, todo esto no es mas que un colorido, y embeleso inventado por los fatuos demasiado afectos, y apasionados á las mugeres, para disipar á los novios, y enriquecer á las novias, que no debe ceder en detrimento de los que en conciencia, y en justicia son acreedores á todos los bienes de sus ascendientes, pues ninguno debe lucrarse con perjuicio de otro. Si fuera contrato oneroso, y remuneratorio, no estarian como están obligadas las viudas que se vuelven á casar, á reservar á los hijos del anterior matrimonio las arras dadas, ú ofrecidas por su padre, segun con legal apoyo queda sentado en el capítulo 3 antes bien las harian suyas como la dote; y á mas de esto si el novio pobre ofrecia á la novia cantidad determinada para quando tuviese bienes, y al tiempo de la disolucion del matrimonio no cabia en la decima parte de los que habia adquirido constante él, la percibiria integra, como otros acreedores perciben sus créditos, aunque nada quedase que heredar á los hijos, por ser primero pagar, que heredar, y no llamarse herencia sino el residuo baxadas deudas; lo que no se practica, ni debe practicar teniendolos, sino limitarse á lo que la ley permite. Tambien se dirá que el novio soltero ofrece la decima á su futura esposa, y despues la lega el quinto, y que el padre mientras vive puede vender, y gravar sus bienes, y hacer de ellos lo que quiera como dueño, y todo es válido. Pero el novio soltero, ó viudo sin descendientes puede hacerlo todo, porque es libre, y dueño absoluto de sus bienes, á los quales como nadie tiene adquirido derecho, á nadie perjudica; pero el que los tiene, solo es dueño del quinto, y de lo demas es un mero administrador legal con algunas mas prerogativas, y facultades, y no otra cosa, porque sus descendientes tienen adquirido derecho á ello, por razon de sus legítimas, en las quales, no tiene potestad para gravarles, antes bien tiene obligacion de aumentar-selas, segun afirma San Pablo en el capítulo XII. de la Epis-

tola que escribió á los Corintios; y aunque se permite al padre vender sus bienes, trocarlos, y obligarlos, es porque se presume que tendrá necesidad, ó se le podrá seguir utilidad, y que no perjudicará á sus hijos, lo que no sucede en las donaciones, pues de ellas se conoce á todas luces que se les sigue daño, y el padre no recibe beneficio. Para confirmacion de mi dictámen se ha de tener presente, que si la donacion, que el que no tiene hijos hace de todos, ó de la mayor parte de sus bienes, aunque sea solo de los presentes, es nula, y se revoca por la supernascencia de ellos, como diré en el capítulo 5, con mas razon debe revocarse la que hace el que los tiene, porque donando mas del quinto, dá mas de lo que es suyo, por cuyas razones, y por otras que tengo expuestas en el cap. 6 de mi segunda parte adicionada, digo que el contrato de arras debe llamarse con propiedad lucrativo, y no oneroso, ni remuneratorio: que por lo mismo no puede el novio viudo que tiene descendientes legítimos, donar á la novia mas que el quinto en vida y muerte, del qual deberán sacarse los gastos del funeral, y que si excede, no valdrá el exceso, porque carece de potestad para ello.

32 Las arras gozan del privilegio de tácita hipoteca, y no de el de prelación que tiene la dote, y la razon es, porque en ésta trata la muger de evitar su daño, y en aquellas de lucrarse y adquirir utilidad (1). Esto se entiende, á menos que se den por aumento de dote, pues entonces se estimarán por tal (2) y gozarán del mismo privilegio de prelación, aunque algunos fundados en una ley de Partida, dicen que en todos estos casos gozan de él, pero no es opinion que debe seguirse. La muger puede demandar á su marido las arras que la ofreció, y éste no debe enagenarlas, ni disiparlas, aunque sea con su permiso. Tampoco debe hacerlo si muere, y dexa hijos, mientras vivan éstos, excepto que se las dé apreciadas (3), ó que ella concorra al contrato

(1) Leyes Ubi adhuc 29. Cod. de Jur. dot. y Assiduis 12. §. Hæc autem 2. Cod. Qui potior in pignore hab. Gom. en la ley 30. de Toro n. 41. y 78. (2) Auth. de Æqualitat. dot. collat. 8. tit. 9. novel. 97. cap. 2. Cur. Philip. Comer. ter. cap. 12. verb. Prelacion. n. 32. (3) Leyes 4. tit. 2. lib. 3. del Fuero Real, y 7. tit. 11. P. 4. Auth. Silve à me Cod. ad Velleyan.

de enagenacion, y lo jure, renunciando el derecho hipotecario que tiene contra los bienes de su marido, al modo que en la dote (1), porque tocan á sus herederos *ex testamento*, y *ab intestato*, si no dispone expresamente de ellos, aun quando no tenga hijos del matrimonio en que se le prometieron, y á su responsabilidad están tácitamente afectos é hipotecados los bienes del marido en qualquier parte que se hallen (2), lo qual se entiende si en la oferta no se pactó otra cosa, como se puede, por ser donacion puramente graciosa.

33. Para la exacción y deducción de las arras se ha de tener presente si el novio las dió, ú ofreció á la novia. Si se las dió, é incorporó en su carta dotal, deben sacarse como bienes suyos, juntamente con la dote, del cuerpo del caudal, antes que el capital del marido, porque son aumento de ellas; y si se las ofreció solamente, se han de deducir del caudal privativo de éste, como deuda contra él, y no de los gananciales, por no ser débito contraído por el marido constante matrimonio, sino antes, pues de sacarse del cúmulo de estos se la perjudica en el importe de la mitad de las arras, porque se la aplican de su mitad de gananciales. Si al tiempo de hacer la particion está casada la muger segunda vez, y el marido dexó hijos, se la ha de aplicar solamente el usufruto de ellas; porque su propiedad es de los hijos, y debe reservarsela, como queda expuesto en el capítulo 3, lo que se previene al Escribano por si se le ofrece hacer particion, y para su mayor instruccion vea el cap. 6 lib. 1. de mi segunda parte, en donde como en su propio lugar trato de esto con toda extension, distinguiendo de casos. En quanto á si el marido estará ó no obligado á abonar á su muger íntegramente las arras que la ofreció quando fué engañado en la dote que ésta prometió llevar, véase dicho capítulo 6.

34. Disuelto el matrimonio debe haber la muger, ó quien su accion y derecho represente, no solo la dote que llevó al poder de su marido, ó su estimacion, si fué apreciada, y las arras que la ofreció, sino tambien la parte de

(1) Ley *Jubemus* 21. Cod. ad *Vellejan.* y cap. *Cum contingat*. 28. de *Jurejuran.* (2) Leyes 24. tit. 13. P. 5. y 51. de *Toro*, que es la 2. t. 3. l. 10. N. R.

gananciales que la toca, si al tiempo de casarse, ó despues no los renunció, y lo que por herencia, legado, donacion, ó en otra manera semejante adquirió constante él. Pero es de advertir, que si el que dió la dote fué algun extraño, y al tiempo de darla puso la condicion de que muriendo la muger sin hijos se lo habia de volver y restituir, ú otra semejante, debe observarse (1), porque el donante puede imponer en la donacion las condiciones posibles y honestas que quiera al tiempo de hacerla, como dexo expuesto.

35. Obligandose el marido á restituir la dote, ó su estimacion, está en su eleccion el volver una ú otra, y si hay desfalco en los bienes dotales, y no proviene de culpa suya, es de cuenta y riesgo de su muger (2). Si se pacta que ésta ha de elegir, debe restituir lo que elija, y no existiendo la cosa dotal, puede ser compelido á entregar su estimacion, y no cumple con dar otra de igual valor y bondad (3). Elijiendo la muger ó sus herederos los bienes dotales, y no su precio, pueden repetirlos de los terceros poseedores, á quienes su marido los haya enagenado, sin ser necesario hacer exclusion en los de éste (4). Si se obliga á volver la dote estimada, sin poner mas expresion, debe restituir su estimacion, porque por el mismo hecho es visto haber querido obligarse á ello (5); y aunque la reciba estimada, si se pacta que disolviéndose el matrimonio dentro de cierto tiempo, ha de entregarla en las mismas especies que recibió, y por la propia estimacion, cumple con volverlas, y no debe ser apremiado á dar su precio (6). De todo lo qual se prueba, que segun se obligue el marido á la restitucion de la dote, quedará obligado; y se infiere que si recibió los bienes muebles dotales estimados, y perecen despues por algun incendio, ó se mandan quemar por haber muerto ética su muger, á fin de evitar que el contagio inficione á otros, estará obligado á

(1) Leyes 26. 30. y 31. tit. 11. P. 4. ultima. Cod. *Solut. matrimon.* y 11. y 4. t. 4. l. 10. N. R. Cap. *Significavit*. 2. de *Donat. inter vir. & uxor.* & *ibi Barb.* n. 6. *Gutier.* lib. 2. *pract. quæst.* 118. (2) Leyes 18. tit. 11. P. 4. y *Plerumque* 10. §. *Si res in dotem* 6. ff. de *Jur. dot.* (3) Ley 19. tit. 11. P. 4. (4) *Gom.* en la ley 53. de *Toro* n. 44. *Gutier.* de *Juram. confirm.* part. 1. cap. 4. n. 9. (5) *Greg. Lop.* en la ley 18. tit. 11. P. 4. glos. 1. 2. y 7. (6) Ley *Si inter virum, & uxorem* 21. Cod. de *Jure dot.*

restituir su estimacion; pero no, si los recibió sin apreciar; y la razon es, porque de lo primero se le transfiere su dominio, y es de su cuenta y riesgo el daño ó aumento que tengan, y de lo segundo toca á su muger, como queda senta do.
 36 Pero si mejoró los bienes dotales que se le entregaron sin apreciar, puede repetir y descontar las expensas útiles y necesarias hechas en ellos, de suerte que consistiendo la dote en especie y cantidad juntamente, las hechas en la alhaja ó especie, disminuyen la dote en cantidad, y así restituirá la alhaja ó alhajas íntegras, y de la cantidad solo el exceso al importe de los gastos, si lo hubiere. Consistiendo solamente en especie, puede retenerla por derecho pignoraticio hasta reintegrarse del desembolso hecho en su beneficio y utilidad, lo qual entiendo á mas de los frutos que los bienes produxeron constante matrimonio, pues los hace suyos el marido para ayuda de mantener sus cargas, y no deben descontarse; pero no puede pretender las expensas voluntarias, ya sean hechas con beneplacito de su muger, ó sin él, porque éstas no mejoran, ni aumentan los bienes dotales, ni su valor (1). Para la deducion de estas expensas se ha de atender si hay ó no gananciales. Si los hay, han de sacarse de su total, porque como aumentos hechos durante el matrimonio, son comunicables á los conyuges, y si no los hay, se deben abonar al marido, aplicandole el residuo, despues de deducido el importe de la dote y arras, para el cumplimiento del haber que llevó al matrimonio, pues aunque sean aumentos hechos constante él, nada toca á su muger, ni á sus herederos, porque se conoce que los suplió de su capital, del qual debe ser reintegrado antes que se separen los gananciales y que están embebidos, y empleados en beneficio de las alhajas dotales, por cuya razon puede retenerlas hasta hacerse pago. En la misma forma se hará la deducion de las expensas hechas en cobrar, y recuperar los créditos, y fincas dotales, ó en defender los pleytos que se muevan sobre su propiedad, posesion ó servidumbre.

(1) Leyes fin. tit. 11. P. 4. 1. ff. de Imp. in reb. dotolib. fact. y uníc. Cod. de Rei oriz act. Gom. en la ley 50. de Toro, n. 51. Garcia de Expens. cap. 13. Gutier. de Jurament. confirm. part. 1. cap. 16. Olea de Ces. jur. tit. 5. quæst. 12. n. 27. Cov. Pract. cap. 28. num. 5.

37 Consistiendo la dote en bienes raices, debe el marido restituírlos incontinenti que el matrimonio se disuelva; pero si consiste en muebles, ó dinero, cumple con hacer su restitucion dentro de un año siguiente, á menos que tenga hijos menores, que entonces como legitimo administrador de sus bienes, ha de retenerlos hasta que sean capaces de gobernarse. Para la exáccion de la dote se ha de atender á la costumbre del lugar donde se celebró el matrimonio, y no á la del domicilio del marido, y si los conyuges hicieron algun pacto antes, ó al tiempo de casarse no solo en quanto á la dote, y arras, sino á los gananciales, debe observarse, y no la costumbre (1). Se previene que mientras no se entrega á la muger su dote, debe percibir alimentos, porque subsiste la compañía legal, de cuyo fondo se han de sacar hasta que llegue el caso de su extincion, y disolucion; y si los herederos del marido se resistieren á alimentarla, tendrán que pagarla los intereses correspondientes ó entregarla su dote, estando ésta en su poder, y no en otros términos, porque es carga anexa á ella misma (2); sobre lo qual vease mi segunda parte lib. 1. cap. 6. §. 2. en donde lo trato con extension, y distincion de casos.

38 Pero si el marido es pobre, le han de dexar su muger ó sus herederos con que alimentarse, y no deben reconvenirle por mas de lo que pueda restituir, ni ser preso por esta causa, antes bien cumple con hacer caucion de pagarla, si á mejor fortuna viniere (3); y aunque este privilegio es personal, y como tal parece que debe extinguirse con la persona, no se extingue, pues gozan tambien de él sus hijos, y el padre (4).

39 No prescribe la accion de repetir la dote hasta que

(1) Leyes 24. y penult. tit. 11. P. 4. y uníc. §. Cum autem. 7. Codic. de Rei uxoria act. (2) Sig. de Claus. lib. 2. cap. 11. §. Dotes n. 151. y 152. Spino de Legat. sub condit. glos. 14. n. 105. y ley Si cum dotem. 5. ff. Solum matrimon. (3) Leyes ultim. tit. 11. P. 4. Patronus 17. Non tantum. 20. cum seq. ff. de Re judic. y Maritum 12. cum seq. ff. Solut. matrim. Gon. lib. 3. Decret. tit. 23. n. 11. Gom. en la ley 50. de Toro, n. 49. (4) Leyes Quia tale 13. Rei judicæ 15. Quia patennis 16. Etiam filios 18. ff. Solut. matrim. y ultim. al fin tit. 11. P. 4. §. Item si de dote. Instit. de act. Gut. de Juram. confirm. part. 1. cap. 27. Angelo, y Jason in §. Item si de dote.

el matrimonio se disuelve, y la razon es, porque no corre término ni prescripcion al que tiene impedimento legal, mientras éste subsiste. Esto se entiende á menos que la muger viendo que su marido se la disipa, no use de su derecho, pues por este silencio, y tácito consentimiento puede prescribir, y ser perjudicada. Lo mismo milita para con sus hijos, estando fuera del paternal dominio; pero la de repetir los bienes parafernales prescribe (1).

40 El marido puede imponerse pena, para que se le exija en el caso de que no cumpla con la restitucion de la dote segun se obliga, á mas de las costas que se causen en su exacción, lo qual se prueba de la ley 86. tit. 18 Part. 3. que trae la forma de ordenar la escritura dotal; pero esta pena, y otra qualquiera que se ponga en los contratos, no debe exceder del duplo, no contando en ella la suerte principal (2), excepto en los censos.

41 Los contrayentes suelen imponerse pena convencional, que se llama así por ser de convenio de ellos, y con su placer no solo en este contrato, sino en otros contra el que falte á su cumplimiento, á cuya pena dan el nombre de *Arra*, que es lo mismo que señal, ó prenda, y diversa de las arras, ó donacion *propter nuptias*, de queda hecha mencion (3). Y para instruccion del Escribano digo que esta arra, ya sea de dinero, ó de otra cosa mueble, ó raiz, puede ser ofrecida solamente por un contrayente al otro, como se prueba de la ley 84. tit. 18. Partid. 3. que dice: *E porque este otorgamiento, è promision fuese mejor guardado, el sobredicho Martin Estevan estableció, è otorgò à Juan Garcia el de susodicho por arras, è en nombre de arras, è otro sì como por peño tal viña, ó tal heredad, que es en tal lugar, è à tales linderos, è desapoderòse de la tenencia de ella, è apoderò à él, è à tal pleyto que si su fijo non le quisiese tomar por marido en la manera que sobredicho es, è el non gela quisiese dar, que el señorío, è la posesion, è la tenencia de aquella viña, è de aquella heredad sea, è finque en Juan Garcia, para hacer della, è*

(1) Leyes 1. al fin. Cod. de Annal. except. y In rebus 30. Cod. de Jure dot. Auth. Nisi tricennal Cod. de Bon. matern. y ley 8. t. 19. P. 3. Greg. Lop. en ella, y Covarrub. lib. 1. Variar. c. 7. n. fin. (2) Leyes 10. tit. 5. lib. 4. del Fuero Real y 247. del Est. (3) Ley 1. tit. 11. P. 4.

en ella todo lo que quisiere, bien así como de lo suyo. Esta arra puede ser tambien entregada.

42 Si los esposos de futuro, ú otro en su nombre la ofrecen, y por culpa de alguno de ellos no se efectua el matrimonio, no por eso el que se retrate debe ser compelido á satisfacerla, porque es contra la libertad del estado matrimonial, y de apremiarle á su solucion podrán rosultar graves inconvenientes, como se prueba de la ley 39. tit. 11. Part. 5. que dice: *Onde dicimos que si acaecière que alguno dellos no quiera cumplir el casamiento, entonces aquel que fizo la promision por el que non lo quiere hacer, nin cumplir, que non es tenuto de pechar la pena, è esto es, porque el casamiento non debe ser por miedo de pena, mas por amor, è con consentimiento de mas las partes, así como diximos en la quarta Partida deste nuestro libro, que habla de los casamientos.* Si la entregan en la forma que expresa la ley inserta en el número anterior, no podrá repetirla el contraventor del pacto.

43 Pero en los contratos de venta, transaccion, compromiso, y otros semejantes si los contrayentes estipulan que el que se aparte, ha de pagar la pena tantas quantas veces quebrante el pacto, y que sin embargo pueda ser compelido á celebrar el contrato; á todo queda obligado (1); por lo que me parece útil, y muy á proposito que quando ocurra instrumento con pena convencional, en que los Escribanos suelen poner esta cláusula: *Y quieren que se exijan incontinenti al que se apartare total ó parcialmente de lo pactado en esta escritura, tantos reales de vellon, que por pena convencional se imponen mutuamente, y en que desde ahora se dan por condenados sin mas sentencia, declaracion, ni conocimiento de causa tantas quantas veces lo quebrantare sin remision, á cuya exacción se ha de proceder executivamente como por sentencia definitiva de Juez competente pasada en autoridad de cosa juzgada y consentida, que por tal lo reciben, y á mas de esto se le compela á observar literal, y especificamente esta escritura, ya se pague ó no dicha pena, ó graciosamente se remita, pues por el mismo hecho ha de ser visto haberla aprobado, y ratificado, añadiendo fuerza á fuerza, y contrato á contrato: añadan la siguiente:*

(1) Leyes 34. tit. 11. P. 1. tit. 1. l. 10. N. R.
Tomo I. Min

Y para su mas puntual, é inviolable cumplimiento se conforman con lo dispuesto por las leyes 34. tit. 11. Partid. 5. y 2. tit. 16. lib. 5. Recop. y ordenada con este aditamento, se obiará qualquiera duda que pueda suscitarse sobre su inteligencia.

44 Si el que promete y entrega la arra, es menor, no queda obligado á su cumplimiento, porque le compete el beneficio de restitucion *in integrum*, á menos que jure que por su menor edad, lesion, ni por otra causa no reclamará el contrato, ni pedirá la arra, ni relaxacion de juramento, pues en este caso queda obligado á su observancia, porque el juramento vigoriza, y hace válido el contrato; que sin él no lo es, excepto que ceda en detrimento de tercero, ó sea contra ley y buenas costumbres, y suple los efectos de la cláusula: *rata manente pacto* (1).

45 Las escrituras matrimoniales, ó que se hacen con motivo de los casamientos, tienen diversos nombres. Una se llama: *Promesa de dote y capital*, que es de los bienes que la esposa ha de llevar al matrimonio por dote, y caudal suyo propio, y de los que tiene el esposo, ó sus padres le han de dar para ayuda de mantener las cargas matrimoniales. Este contrato es conocido vulgarmente por el nombre de *Capitulaciones matrimoniales*, pues por evitar gastos, y no hacer para cada cosa una escritura, otorgan esta, en la qual suelen intervenir los padres, tios, ó curadores de los contrayentes, si los tienen, y no solo se pacta lo expuesto, sino la donacion *propter nuptias* que el esposo, ó sus padres hacen á la esposa, de cuya extension trata la ley 87. tit. 18. Part. 3. en qué especies han de llevar los contrayentes su dote y capital: qué ha de dar el novio á la novia cada año por razon, ó con título de alfileres, ó gastos de cámara, que es para vestirse, y otras urgencias y adornos mugeriles, de lo que ha de poder disponer libre y absolutamente como dueña, y de lo que con ello adquiriera tambien, y no reputarse jamas lucrado en el matrimonio, ni incluirse en el inventario que se execute por muerte del novio, sino tenerse como bienes parafernales de la novia,

(1) Leyes 28. al fin, tit. 11. P. 5. y 16. tit. 11. P. 3. y 6. tit. 19. P. 6. y Regla. Non est obligatorium, de Reg. jur. in 6. Gutier de Juram. confirm. part. 1. cap. 60. n. 1. y Canon. quest. tract. de Matrim. cap. 17. Salg. Labir. cred. part. 3. cap. 1. n. 120. 143. y 164.

y entenderse que los ha reservado para sí privativa y exclusivamente, y que con esta condicion los posee sin intervencion ni dependencia del novio, ó marido, lo qual se estila pactar entre Grandes, Títulos y otras personas pudientes, y se observa el pacto nupcial, porque todo se estima como alimentos que el marido dá á su muger, motivo por el qual hace suyo lo que ahorra. Asimismo estipulan la viudedad anual que ha de gozar la novia por muerte de su marido de los mayorazgos que posee, y que para ello sacará, ú obtendrá éste la competente facultad dentro de cierto término, y no lo haciendo, se la da poder en la capitulacion para que ella la obtenga. Tambien suelen imponerse alguna pena convencional contra el que se retractare de lo estipulado, y despues que se casan, ó el dia antes otorgan las respectivas escrituras de dote y capital con referencia é insercion de la de capitulaciones, porque éstas no lo son, ni por ellas se califica lo que entraron en su matrimonio, sino solamente la promesa de lo que ha de ser.

46 Del modo de estender la escritura trata la ley 84. tit. 18. Part. 3. pero rara vez se ofrece, ni se hace separada, antes bien se evacua su contexto en la de capitulaciones por la propia razon que la de promesa de dote y capital.

47 Otra se llama, *Consentimiento de ambos contrayentes en casarse*, cuya estension trae la ley 85. tit. 18. Part. 3. pero no se estila esta escritura, porque hoy se celebra el matrimonio ante el Párroco y testigos, segun la disposicion del Concilio, y lo que suele hacerse, es darse los contrayentes al tiempo de otorgar las capitulaciones palabra mútua de casarse, ofrecerse, ó entregarse arra en señal de matrimonio, y pactar que han de celebrarlo con arreglo á lo prevenido por nuestra Santa Madre la Iglesia, pues si falta este requisito incurrirán en las penas que la ley 5. t. 2. l. 10. N. R. impone á los que clandestinamente lo contraen, por cuya palabra mútuamente dada y aceptada, contraen esponsales de futuro, y quedan ligados para no poder casarse sin previo consentimiento del otro contrayente; de cuyos esponsales, ó palabra de casamiento, y para su apartamiento estenderé las correspondientes escrituras. Pero si son hijos de familia menores de 25 años, han de obtener la licencia de sus padres, se-

gun y como se previene en la Pragmatica-Sancion de 28 de Abril de 1803, ley 18. t. 2. l. 10. N. R.

48 Otra es la carta de pago y recibo que el esposo estando próximo el día del matrimonio, ó despues de contraído, otorga á favor de su esposa de los bienes que trae á su poder para ayuda de mantener las cargas matrimoniales, ya sea voluntariamente precediendo ó no capitulaciones, ó apremiado por el Juez en caso de querer recibirlos, y resistirse á su otorgamiento, pues al modo que si no quiere recibir la dote, ó parte de ella, nadie le puede precisar á ello, del mismo modo recibéndola, se le puede estrechar á dar resguardo de lo que se le entrega. Pero es de advertir, que así como el novio debe especificar las deudas que tiene quando se casa, si ha salido de la patria potestad, segun diré en el núm. siguiente; de la misma manera debe hacerlo la novia en igual caso, y circunstancias, pues lo que importen, es menos dote, y de omitirlo se perjudica al novio. De esta escritura trata la ley 86. tit. 18. Part. 3. y como regular, y comun en la práctica la estenderé para instruccion del Escribano.

49 La otra es el capital que hace el marido de los bienes que lleva al matrimonio, cuya escritura formaliza á su favor su muger por sí sola, ó juntamente con sus padres si los tiene, y en caso que estos no quieran intervenir, con su citacion judicial, para que quando el matrimonio se disuelva, sepan los herederos de cada uno lo que llevó á el, qué aumentos ó menoscabos hay, y lo que legítimamente les toca, pues de no hacerlo, se contemplarán todos excepto la dote, por gananciales, y si la muger muere antes, será perjudicado su marido, y muriendo despues, sus hijos, ó tendrán que justificar por otro medio lo que entró al matrimonio para no serlo. Puede hacerse antes, ó despues de casarse. Si se hace antes, no es menester que la muger jure no haber sido conminada por el esposo, porque no está baxo de su dominio, y no puede violentarla. Si lo otorga despues, no necesita licencia de su marido, porque por el propio hecho de formalizarlo á su favor es visto darsela, y es mejor que lo otorgue despues, porque si lo otorga antes, y está en su casa, ó en la de sus padres, ó de otro, no puede saber, ni declarar si el marido futuro tiene, ó no aquellos bienes; despues de casa-

da como que ya los ha visto, si. Si precedió capitulacion al matrimonio, y en ella se obligó, ó en la carta dotal á otorgar despues de casada el capital, tampoco necesita jurar que el marido no la violentó, respecto formalizarlo en cumplimiento de la obligacion contraída entonces, en cuyo tiempo estaba libre de su dominio, y no la podia violentar, y así no es del caso el juramento. No ha de obligarse la muger á restituir al marido su importe, como algunos ignorantes lo suponen, confundiendo un instrumento con otro, sin distinguir los fines, efectos, y naturaleza de cada uno, porque no los recibe, ni se la entregan, ni se la transfiere su dominio, como al marido el de los suyos, ni tiene potestad para manejarlos, usar, y disponer de ellos sin el marital permiso, ya sean, ó no estimados, y por lo mismo no puede ser compellido á responder de lo que no recibe; por lo que se obligará únicamente á tenerlos por caudal de su marido, y fondo puesto por él en la sociedad conyugal, deduciéndose previamente su dote, arras, y demas bienes que ella herede, ó la donen constante matrimonio, á fin de que el residuo se estime por lucrado, y adquirido durante este, y de lo que corresponda al marido se la satisfagan con la preferencia correspondiente las arras que la haya ofrecido, teniendo cabimiento en la décima. Concurrirá tambien el marido á esta escritura, declarará con juramento en caso de no estar baxo la patria potestad si aquellos bienes son ó no suyos, qué cargas tienen los raices, y demas que admiten gravamen, á cuánto ascienden, y que no están sujetos á otra. Tambien dirá si tiene algunas deudas contra sí, y su importe, con expresion de no tener otras, obligándose á declarar, y dexar apuntado lo que gaste en la cobranza de las que tenga á su favor, para evitar perjuicios á su muger, ó herederos en caso de que no haya mas gananciales, ó aunque los haya, pues la mitad de las expensas la tocan, y deben aplicarsela, y deducirse del capital del marido, que á no haberlas hecho en la cobranza de sus créditos, estarian existentes, y la tocaria su mitad. Si es viudo con hijos, debe hacer descripcion antes de volverse á casar, de los bienes que existan en su poder pertenecientes á estos, obligandoseles á restituirselos en los términos que explicaré en el capítulo 1. lib. 1. de mi se-

gunda parte adicionada, para que no sean perjudicados en su legítima materna.

§. II.

Del privilegio de la dote.

50 Dexo sentado que los bienes del marido están hipotecados tácitamente á la responsabilidad de la dote, arras y bienes parafernales de su muger, cuyo privilegio, y otros se concedieron á las mugeres por las grandes cargas matrimoniales que sufren, y son: el obsequio y reverencia al marido, el peligro de los partos, el cuidado, procreacion, y crianza de sus hijos, el gobierno de su casa, la conservacion, y aumento de sus bienes, y otras (1), y porque no estén indótadas, pues conviene á la República que se casen, para que el estado se propague (2). Baxo de este supuesto paso á explicar en qué casos será, ó no privilegiada la muger casada por su dote á otros acreedores de su marido, y para instruccion del Escribano digo, que siempre que la entrega de los bienes dotales al marido se hace constar por instrumento anterior, ó posterior al matrimonio en que el Escribano da fé de ella, ó por otro medio legal en que no interviene fraude, ni dolo, pues no basta probar que la muger los tenia antes de casarse, sino que tambien ha de justificar que los entró en la sociedad conyugal, será preferida por la hipoteca tácita á todos los acreedores anteriores que la tengan, y á los posteriores, aunque la de estos sea general expresa. Igualmente lo será al Fisco; pues sin embargo de que éste, y la dote gozan de igual privilegio, el del Fisco se entiende, quando es anterior en tiempo, mas no dudándose de la anterioridad, ó siendo de un tiempo mismo, porque entonces prefiere la dote, excepto que el Fisco esté en posesion de los bienes del deudor. El de la dote empieza desde que se contrae el matrimonio, y no desde la tradicion de los bienes do-

(1) Ley Assiduis 12. Cod. Qui potior. in pignor. hab. Genes. cap. 3. Apost. ad Corinth. cap. 11. y ad Ephes. cap. 5. (2) Leyes 1. ff. Solut. matrimonio y 2. ff. de Jure dot.

tales, aunque sea ésta anterior, porque su fin es que el matrimonio se efectúe, y sirvan de ayuda los bienes para mantener sus cargas. Lo mismo sucede si es posterior, porque se retrotrae al tiempo en que el matrimonio se celebró, y por esto si la muger, ú otro por ella ofrece al marido cierta cosa en dote, y despues de casados obliga éste sus bienes á otro antes que la muger se la entregue, será preferida al acreedor posterior á la promesa dotal, y se retrotraera la obligacion de responder de la dote al tiempo en que el matrimonio se celebró (1), aunque algunos dicen que al de la promesa, porque en él tiene su principio, y así la carta de dote que se otorga en virtud de capitulaciones despues de casados los novios, goza del mismo privilegio que la que se hace antes de casarse con fé de entrega, porque como las capitulaciones preceden á la boda y se expresa en ellas la dote que la novia ha de llevar, y se promete al novio, se retrotrae al tiempo de la promesa, y en ella tiene su principio el privilegio dotal, verificándose el matrimonio, y la tradicion real. Tambien será preferida á los acreedores posteriores simples sin qualidad prelativa de dominio, refeccion, funeral, &c. que tengan hipoteca especial expresa, porque es anterior en tiempo, y goza ademas del privilegio de prelacion; pues el acreedor primero que tiene hipoteca tácita, ó expresa general en los bienes de su deudor, prefiere al segundo que la tiene tácita, ó expresa especial sin privilegio en una ó mas fincas de él (2), porque quando el acreedor segundo llega á adquirir la hipoteca especial, ya se hallan sujetas la finca ó fincas por la general anterior á la responsabilidad de la dote, y así debe ser pagada primero ésta.

51 Mas no será preferida la muger á los acreedores anteriores de su marido que tengan hipoteca expresa especial, ó general en sus bienes, ni la segunda á la primera, porque

(1) Leyes 33. tit. 13. P. 5. Licet. 7. Cod. Qui potior. in pignor. hab. 2. Cod. de Privileg. Fisc. Dotis Cod. de Jur. dot. y In ambiguis, ff. de Reg. jur. Boler. tit. 5. q. 15. n. 8. y 9. Gom. en la ley 50. de Toro. n. 40. Gutier. de Juram. Confirm. part. 1. cap. 46. n. 10. versic. Hypotheca autem: Covar. lib. 1. Variar. cap. 7. Cur. Philip. lib. 2. Comer. terr. cap. 12. verb. Prelacion n. 30. y 31. (2) Leyes quingeneraliter 2. y Potior. 11. al principio, y §. Si colonus ff. y Si decreto 2. y Si generaliter 6. Cod. Qui potior. in pignor. habeant.

gunda parte adicionada, para que no sean perjudicados en su legitima materna.

§. II.

Del privilegio de la dote.

50 Dexo sentado que los bienes del marido están hipotecados tácitamente á la responsabilidad de la dote, arras y bienes parafernales de su muger, cuyo privilegio, y otros se concedieron á las mugeres por las grandes cargas matrimoniales que sufren, y son: el obsequio y reverencia al marido, el peligro de los partos, el cuidado, procreacion, y crianza de sus hijos, el gobierno de su casa, la conservacion, y aumento de sus bienes, y otras (1), y porque no estén indótadas, pues conviene á la República que se casen, para que el estado se propague (2). Baxo de este supuesto paso á explicar en qué casos será, ó no privilegiada la muger casada por su dote á otros acreedores de su marido, y para instruccion del Escribano digo, que siempre que la entrega de los bienes dotales al marido se hace constar por instrumento anterior, ó posterior al matrimonio en que el Escribano da fé de ella, ó por otro medio legal en que no interviene fraude, ni dolo, pues no basta probar que la muger los tenia antes de casarse, sino que tambien ha de justificar que los entró en la sociedad conyugal, será preferida por la hipoteca tácita á todos los acreedores anteriores que la tengan, y á los posteriores, aunque la de estos sea general expresa. Igualmente lo será al Fisco; pues sin embargo de que éste, y la dote gozan de igual privilegio, el del Fisco se entiende, quando es anterior en tiempo, mas no dudándose de la anterioridad, ó siendo de un tiempo mismo, porque entonces prefiere la dote, excepto que el Fisco esté en posesion de los bienes del deudor. El de la dote empieza desde que se contrae el matrimonio, y no desde la tradicion de los bienes do-

(1) Ley Assiduis 12. Cod. Qui potior. in pignor. hab. Genes. cap. 3. Apost. ad Corinth. cap. 11. y ad Ephes. cap. 5. (2) Leyes 1. ff. Solut. matrimonio y 2. ff. de Jure dot.

tales, aunque sea ésta anterior, porque su fin es que el matrimonio se efectúe, y sirvan de ayuda los bienes para mantener sus cargas. Lo mismo sucede si es posterior, porque se retrotrae al tiempo en que el matrimonio se celebró, y por esto si la muger, ú otro por ella ofrece al marido cierta cosa en dote, y despues de casados obliga éste sus bienes á otro antes que la muger se la entregue, será preferida al acreedor posterior á la promesa dotal, y se retrotraera la obligacion de responder de la dote al tiempo en que el matrimonio se celebró (1), aunque algunos dicen que al de la promesa, porque en él tiene su principio, y así la carta de dote que se otorga en virtud de capitulaciones despues de casados los novios, goza del mismo privilegio que la que se hace antes de casarse con fé de entrega, porque como las capitulaciones preceden á la boda y se expresa en ellas la dote que la novia ha de llevar, y se promete al novio, se retrotrae al tiempo de la promesa, y en ella tiene su principio el privilegio dotal, verificándose el matrimonio, y la tradicion real. Tambien será preferida á los acreedores posteriores simples sin qualidad prelativa de dominio, refeccion, funeral, &c. que tengan hipoteca especial expresa, porque es anterior en tiempo, y goza ademas del privilegio de prelacion; pues el acreedor primero que tiene hipoteca tácita, ó expresa general en los bienes de su deudor, prefiere al segundo que la tiene tácita, ó expresa especial sin privilegio en una ó mas fincas de él (2), porque quando el acreedor segundo llega á adquirir la hipoteca especial, ya se hallan sujetas la finca ó fincas por la general anterior á la responsabilidad de la dote, y así debe ser pagada primero ésta.

51 Mas no será preferida la muger á los acreedores anteriores de su marido que tengan hipoteca expresa especial, ó general en sus bienes, ni la segunda á la primera, porque

(1) Leyes 33. tit. 13. P. 5. Licet. 7. Cod. Qui potior. in pignor. hab. 2. Cod. de Privileg. Fisci. Dotis Cod. de Jur. dot. y In ambiguis, ff. de Reg. jur. Boler. tit. 5. q. 15. n. 8. y 9. Gom. en la ley 50. de Toro. n. 40. Gutier. de Juram. Confirm. part. 1. cap. 46. n. 10. versic. Hypotheca autem: Covar. lib. 1. Variar. cap. 7. Cur. Philip. lib. 2. Comer. terr. cap. 12. verb. Prelacion n. 30. y 31. (2) Leyes quingeneraliter 2. y Potior. 11. al principio, y §. Si colonus ff. y Si decreto 2. y Si generaliter 6. Cod. Qui potior. in pignor. habeant.

ésta es anterior en tiempo; pero esto se limita en quanto á los bienes dotales de aquella que existen, y son conocidos, aunque se hayan dado estimados al marido, porque como ambas dotes son de igual privilegio y naturaleza, y los bienes de la muger segunda no perdieron la de dotales por haberse apreciado, ni ésta trata de adquirir nuevo dominio en ellos, sino de recuperarlo, vuelve por lo mismo á ella, y es preferida en ellos á la primera (1); y así no se darán á ésta en pago de su dote; pero si no son conocidos, será satisfecha antes que la segunda; porque como no pueden separarse de los del marido por no distinguirse, ni conocerse, se contemplan todos propios de este, por habersele transferido su dominio, y de ellos deben ser reintegrados de sus créditos por su orden y graduacion sus acreedores, y el que es primero en tiempo, lo es regularmente en derecho (2), cesando el privilegio de prelacion.

52 Tampoco será preferida la muger al acreedor posterior que prestó dinero á su marido para comprar alguna finca ó alhaja determinada, si la hipotecó especialmente á su responsabilidad, y no de otra suerte, pues en ella tendrá el acreedor derecho prelativo por la especial y expresa hipoteca (3); y es la razon, porque la hipoteca que dimana del acto, es preferida como especial á todas las generales, y aunque el acreedor es posterior en tiempo segun la fecha del contrato, no lo es segun la obligacion é hipoteca, pues quando el marido llega á adquirir el dominio, y hacerse dueño de la alhaja, y ésta empieza á ser obligada generalmente á la dote, ya el acreedor tiene hipoteca especial, y anterior en ella, que es preferida á la general, en virtud del pacto con que se liga, y es lo mismo que si la alhaja hipotecada fuera su propio dinero, el qual no debe responder de la dote de la muger de su deudor, por no estar obligado á ello, y ser anterior; pero

(1) Leyes 33. tit. 13. P. 5. In rebus Cod. de Jure dot. y Uxor. marito, ff. de Donat. inter vir. & uxor. Gom. en la ley 50. de Toro n. 42. y sig. Covar. lib. 1. Variar. cap. 7. (2) Regla Qui potior, de Reg. jur. in 6. y ley 27. tit. 13. P. 5. (3) Leyes 27. y 30. tit. 13. P. 5. y Licet 7. Cod. Qui potior. in pignor. hab. Carl. de Judici. tit. 3. disp. 28. Salg. Labir. cred. part. 1.º cap. 43. n. 34. Cur. Philip. Comer. terr. cap. 12. verb. Prelacion. n. 16.

si presta el dinero para reparar nave, casa ú otro edificio, ó pagar su alquiler, ó el del almacén en que estuviere la cosa, ó para conducirla de una parte á otra, ó satisfacer á los oficiales su trabajo, ó alimentar á los sirvientes, ó al ganado, ó para otro beneficio suyo, será preferido á todos los acreedores anteriores del mutuario, mas no á la dote, arras, ni Fisco, á menos que sean posteriores (1). Si el acreedor dió su dinero para enterrar al marido, lo debe cobrar antes que la muger, ni otro alguno cobren sus créditos, por ser preferido el suyo á todos los que el marido contraxo en su vida (2), de lo qual, y de otros acreedores trataré mas largamente en el juicio de concurso lib. y cap. 3. de mi segunda parte, adonde como á su propio lugar remito al lector.

53 El privilegio de prelacion que compete á la muger por su dote contra los bienes de su marido en concurrencia, y perjuicio de los acreedores anteriores de éste que tienen hipoteca tácita en ellos, y de los posteriores que la tienen general, ó especial expresa, se transfiere á sus hijos y herederos legítimos para su repetición y cobranza, mas no á los estraños, pues el que pasa únicamente á estos, es el de la tácita hipoteca, como remedio subsidiario concedido al contrato dotal, y no á la persona, porque aquel es personal, y este real (3), al modo que los herederos del pupilo tampoco lo tienen contra otros acreedores en los bienes de su tutor (4).

54 Pero aunque el marido confiese haber recibido la dote, si por otro medio no se justifica su numeracion y entrega, no gozará del privilegio dotal, y así perjudicará totalmente al marido y á sus herederos estraños su confesion, mas no á sus acreedores, y á sus ascendientes y descendientes legítimos solo en el tercio ó quinto. Ademas padecerá los vicios

(1) Leyes 26. al fin 27. 28. y 29. tit. 13. P. 5. Cur. Philip. Comer. terr. cap. 12. verb. Prelacion n. 25. y cap. 3. verb. Hypotheca n. 33. y 34.

(2) Ley 30. al fin, tit. 13. P. 5. Gom. en la ley 30. de Toro n. 2.

(3) Ley unic. Cod. y Dabimus, ff. de Privileg. dot. y 13. §. 3. ff. de Fundo dotali. §. Fuerat 29. Institut. de Act. Cur. Philip. Comer. terr. c. 12. verb. Prelacion. 34. Greg. Lop. en la ley 33. tit. 13. P. 5. glos. 6. y 7. Gom. en la 50. de Toro, n. 45. (4) Gutier. de Tutel. part. 2. cap. 16. Gonz. lib. 5. Decret. n. 23. cap. 9. n. 3. y 4.

de dote confesada, y no recibida: se estimará por donacion entre marido y muger hecha constante matrimonio, que por derecho está reprobada, y aun se presumirá que el marido la constituyó de sus propios bienes por beneficiar á su muger, y defraudar á sus acreedores y herederos forzosos, y que ésta nada llevó al matrimonio. Esto procede, y se entiende, aunque su confesion sea jurada, porque el juramento asertorio que recae sobre actos pasados, ni los da valór, ni los confirma. Esto tiene lugar quando se promete observar, y no contravenir á algun pacto que se haga, ó contrato que se celebre (1) por lo que es muy útil á la muger que la escritura de recepcion de dote se otorgue con fé de entrega antes de casarse, para ser preferida á los acreedores de su marido. Se previene que por los demas bienes que la muger lleva fuera de los dotales, no goza del privilegio de prelacion (2).

§. FINAL.

Escrituras correspondientes á este capítulo.

Carta de pago, y recibo de dote.

55 En tal Villa á tantos de tal mes y año ante mí el Escribano y testigos Alvaro de Medina, de estado soltero, mayor que expresó ser de 25 años, y que por sí propio se gobierna, natural de esta Villa, é hijo legítimo de legítimo matrimonio de Pedro de Medina, y de Ana Lopez difuntos, vecinos y naturales que fueron tambien de ella, dixo, que á honra y gloria de Dios, y para su santo servicio está tratado de casarse *in facie Ecclesie* con Rosa Crespo del mismo estado y naturaleza, hija legítima y de legítimo matrimonio de Juan Crespo, y de Gabriela Diaz, asimismo difuntos, vecinos y naturales que igualmente fueron de ella, á cuyo fin precedieron las tres amonestaciones que manda el Santo Concilio de Trento, y que la mencionada su futura esposa prometió llevar diferentes bienes muebles y dinero, y entregarlos al otorgante por dote y caudal suyo propio para ayuda de mantener las cargas matrimoniales, con tal que formalice á su favor la correspondiente escritura, á lo

(1) Covar. lib. 1. Variar. cap. 7. Carl. de Judic. tit. 3. disp. 34. Gom. en la ley 50. de Toro, n. 37. y sig. Gutier. de Joram. confirm. part. 1. cap. 3. y 15. Begnudel. Bibliot. verb. Debitor, & creditor, n. 127. y sig. Cur. Philip. lib. 2. cap. 12. verb. Prelacion, n. 38. (2) Ley proculus, ff. de Jure dot. Cur. Philip. cap. cit. n. 32.

que condesceñdió; y para que tenga efecto, en la mejor forma que haya lugar en derecho. Otorga que recibe en este acto de la precitada su futura esposa por dote y caudal suyo propio los bienes siguientes.

Aquí se ponen los bienes por clases, partidas y precios, con señales individuales, y prosigue la escritura.

Importan á una suma los bienes y dinero que comprenden las partidas precedentes, tantos mil reales de vellon (salvo error de pluma, ó suma) de las quales el otorgante se da por contento, y entregado á su voluntad, por recibirlos en este acto de la mencionada su futura esposa, á mi presencia y de los testigos que se nominarán, de que doy fé, y como real y efectivamente satisfecho de ellos, formaliza á su favor el resguardo mas firme y eficaz que á su seguridad conduzca; y declara que los bienes referidos han sido valuados por personas inteligentes electas de conformidad de ambos interesados, y que en su tasacion no hubo lesion, ni engaño, y en el caso que lo haya, del que sea en poca ó mucha suma, hace á favor de su futura esposa gracia y donacion pura, perfecta, é irrevocable inter vivos, con insinuacion, y toda la firmeza legal necesaria, y á mayor abundamiento aprueba y ratifica la citada tasacion, y se obliga á no reclamarla, y si lo hiciere, sea visto por lo mismo haberla aprobado nuevamente, añadiendo fuerza á fuerza, y contrato á contrato, á cuyo fin renuncia la ley 16. tit. 11. Partid. 4. que dice: *que si el que dá, ó recibe la dote apreciada, se siente agraviado de su valuacion, puede pedir que se deshaga el engaño en qualquier cantidad que sea, aunque no llegue, ni exceda de la mitad del justo precio, como en las ventas, y las demas leyes que le sean propicias, para que en ningun tiempo le sufragen. Y en atencion á la virtud, honestidad y loables prendas de que está adornada su futura esposa, la ofrece por aumento de dote, ó en arras, y donacion propter nuptias, segun mas útil la sea, para en el caso que se efectúe su matrimonio, y no de otra suerte, tantos mil reales de vellon, que confiesa caben en la décima parte de los bienes libres que al presente posee, y por sí no tienen cabimiento, se los consigna en los mejores, mas bien parados y efectivos que adquiriera en lo sucesivo á su eleccion; y unida dicha cantidad á lo dotal, asciende su total suma á tantos mil reales de la propia especie, los quales se obliga á restituir, y entregar en dinero efectivo á su futura esposa, ó á quien su acción tenga, luego que el matrimonio se disuelva por qualquiera de los motivos prescriptos por derecho, y á ello quiere ser apremiado por todo rigor, como tambien á la solucion de las costas que en su exacción se causen, cuya liquidacion defiere en su juramento, y la releva de otra prueba, para lo qual renuncia la ley penúltima de dicho título y Partida,*

de dote confesada, y no recibida: se estimará por donacion entre marido y muger hecha constante matrimonio, que por derecho está reprobada, y aun se presumirá que el marido la constituyó de sus propios bienes por beneficiar á su muger, y defraudar á sus acreedores y herederos forzosos, y que ésta nada llevó al matrimonio. Esto procede, y se entiende, aunque su confesion sea jurada, porque el juramento asertorio que recae sobre actos pasados, ni los da valór, ni los confirma. Esto tiene lugar quando se promete observar, y no contravenir á algun pacto que se haga, ó contrato que se celebre (1) por lo que es muy útil á la muger que la escritura de recepcion de dote se otorgue con fé de entrega antes de casarse, para ser preferida á los acreedores de su marido. Se previene que por los demas bienes que la muger lleva fuera de los dotales, no goza del privilegio de prelacion (2).

§. FINAL.

Escrituras correspondientes á este capítulo.

Carta de pago, y recibo de dote.

55 En tal Villa á tantos de tal mes y año ante mí el Escribano y testigos Alvaro de Medina, de estado soltero, mayor que expresó ser de 25 años, y que por sí propio se gobierna, natural de esta Villa, é hijo legítimo de legítimo matrimonio de Pedro de Medina, y de Ana Lopez difuntos, vecinos y naturales que fueron tambien de ella, dixo, que á honra y gloria de Dios, y para su santo servicio está tratado de casarse *in facie Ecclesie* con Rosa Crespo del mismo estado y naturaleza, hija legítima y de legítimo matrimonio de Juan Crespo, y de Gabriela Diaz, asimismo difuntos, vecinos y naturales que igualmente fueron de ella, á cuyo fin precedieron las tres amonestaciones que manda el Santo Concilio de Trento, y que la mencionada su futura esposa prometió llevar diferentes bienes muebles y dinero, y entregarlos al otorgante por dote y caudal suyo propio para ayuda de mantener las cargas matrimoniales, con tal que formalice á su favor la correspondiente escritura, á lo

(1) Covar. lib. 1. Variar. cap. 7. Carl. de Judic. tit. 3. disp. 34. Gom. en la ley 50. de Toro, n. 37. y sig. Gutier. de Joram. confirm. part. 1. cap. 3. y 15. Begnudel. Bibliot. verb. Debitor, & creditor, n. 127. y sig. Cur. Philip. lib. 2. cap. 12. verb. Prelacion, n. 38. (2) Ley proculus, ff. de Jure dot. Cur. Philip. cap. cit. n. 32.

que condesceñdió; y para que tenga efecto, en la mejor forma que haya lugar en derecho. Otorga que recibe en este acto de la precitada su futura esposa por dote y caudal suyo propio los bienes siguientes.

Aquí se ponen los bienes por clases, partidas y precios, con señales individuales, y prosigue la escritura.

Importan á una suma los bienes y dinero que comprenden las partidas precedentes, tantos mil reales de vellon (salvo error de pluma, ó suma) de las quales el otorgante se da por contento, y entregado á su voluntad, por recibirlos en este acto de la mencionada su futura esposa, á mi presencia y de los testigos que se nominarán, de que doy fé, y como real y efectivamente satisfecho de ellos, formaliza á su favor el resguardo mas firme y eficaz que á su seguridad conduzca; y declara que los bienes referidos han sido valuados por personas inteligentes electas de conformidad de ambos interesados, y que en su tasacion no hubo lesion, ni engaño, y en el caso que lo haya, del que sea en poca ó mucha suma, hace á favor de su futura esposa gracia y donacion pura, perfecta, é irrevocable inter vivos, con insinuacion, y toda la firmeza legal necesaria, y á mayor abundamiento aprueba y ratifica la citada tasacion, y se obliga á no reclamarla, y si lo hiciere, sea visto por lo mismo haberla aprobado nuevamente, añadiendo fuerza á fuerza, y contrato á contrato, á cuyo fin renuncia la ley 16. tit. 11. Partid. 4. que dice: *que si el que dá, ó recibe la dote apreciada, se siente agraviado de su valuacion, puede pedir que se deshaga el engaño en qualquier cantidad que sea, aunque no llegue, ni exceda de la mitad del justo precio, como en las ventas, y las demas leyes que le sean propicias, para que en ningun tiempo le sufragen. Y en atencion á la virtud, honestidad y loables prendas de que está adornada su futura esposa, la ofrece por aumento de dote, ó en arras, y donacion propter nuptias, segun mas útil la sea, para en el caso que se efectúe su matrimonio, y no de otra suerte, tantos mil reales de vellon, que confiesa caben en la décima parte de los bienes libres que al presente posee, y por sí no tienen cabimiento, se los consigna en los mejores, mas bien parados y efectivos que adquiriera en lo sucesivo á su eleccion; y unida dicha cantidad á lo dotal, asciende su total suma á tantos mil reales de la propia especie, los quales se obliga á restituir, y entregar en dinero efectivo á su futura esposa, ó á quien su acción tenga, luego que el matrimonio se disuelva por qualquiera de los motivos prescriptos por derecho, y á ello quiere ser apremiado por todo rigor, como tambien á la solucion de las costas que en su exacción se causen, cuya liquidacion defiere en su juramento, y la releva de otra prueba, para lo qual renuncia la ley penúltima de dicho título y Partida,*

y el término anual que le concede. Y para poder cumplir lo referido mas puntual y exáctamente, se obliga tambien no solo á no disipar, gravar, hipotecar, ni sujetar á sus deudas, crímenes, ni excesos el importe de esta dote y arras, sino antes bien á tenerlo pronto para su restitucion, y que en todo evento goce del privilegio dotal. Y al cumplimiento de todo lo referido obliga sus bienes muebles, raices, derechos y acciones presentes y futuros; da ámplio poder á los Señores Jueces de esta Villa para que á ello le compelan como por senténcia definitiva pasada en autoridad de cosa juzgada y consentida, que por tal lo recibe; renuncia todas las leyes, fueros y privilegios de su favor; y así lo otorga, y firma, á quien doy fé conozco, siendo testigos Fulano, Fulano y Fulano vecinos de esta Villa.

Nota. La escritura anterior es de dote estimada que causa venta, en la qual puse la obligacion de restituir su importe, y no los bienes, porque como se transfiere su dominio al marido, y puede hacer de ellos lo que quisiere, solo cumple con dar su estimacion, y á ello se le puede apremiar; mas esto no quita que se añada esta cláusula: *Y en el caso de que haya algunos existentes al tiempo de la disolucion del matrimonio, si no pudiere satisfacer en dinero el total importe de los muebles dotales, ha de cumplir con restituir los que existan, y por la deterioracion que hayan padecido, y por los consumidos, su valor en otros equivalentes á justa tasacion, segun los ha recibido para que no sea perjudicada en su dotal haber.* Esta cláusula es justa; bien que sin embargo de que no se ponga, siempre tiene la muger, ó su heredero, derecho prelativo á los que llevó, y existen, porque por la estimacion no pierden la naturaleza de dotales, como dexo expuesto; y aunque la es mas conveniente que la cláusula se ordene segun lo queda en la escritura, y que los bienes de su dote se estimen, y entreguen apreciados al marido con estimacion que cause venta, es mas gravoso á éste recibirlos estimados, especialmente si son animales, ó muebles que se deterioran, ó consumen con el tiempo y uso; y obligarse á restituir en dinero lo que no se le entrega en él, ni en plata, ni oro por su intrínseco valor, es muy duro, y gravoso al marido, así por no haberlo recibido en estas especies, como porque en venta nunca dan por los muebles ni con mucho el importe de su valuacion, al modo que es muy equitativo, y arreglado hacer la paga en bienes equivalentes á justa tasacion, segun se le entregaron, pues no se pone de peor condicion su muger, ni se la irroga detrimento; y así aconsejo al Escribano que no ponga la cláusula de la restitucion en dinero del valor de los bienes muebles, excepto que el novio lo quiera, sino en otros equivalentes á justa tasacion. Pero si fueren raices, ó alhajas preciosas, ú otras que no se consumen con el tiempo y uso, como los vestidos, se pondrá la cláusula de que

se obliga á volverlos por el precio en que se estimaron al tiempo de la entrega, y en caso que por su culpa, ú omision padezcan algun detrimento, á resarcirla en dinero, probado que sea, y no en otros términos. De esta suerte se evitan muchos pleitos, y perjuicios al marido, y á sus herederos, pues pueden restituir las mismas alhajas, mediante no transferirsele el dominio de ellas; y si en la valuacion hubo agravio, reclamarlo al tiempo de su restitucion, especialmente no siendo inteligente en materia de tasaciones, al modo que siempre que en qualquier cuenta haya error, debe deshacerse. Pero se previene al Escribano que si la novia es hija de familia, tiene mas hermanos; y ademas de la dote que sus padres la dan, lleva algunos bienes heredados de otra parte, ó regalados por el novio, ó por otras personas, deben ponerse en la escritura dotal con separacion, y distincion, y expresarse en ella su importe, y de qué proviene, para que por muerte de sus padres no tenga que colacionarlos todos como si provinieran de su substancia, ni sea por esta razon perjudicada, advirtiendose que por muerte de éstos colacionará el de los que la den en cuenta de su legitima, y no los demas, pues de faltar esta claridad resultarán pleitos, á que no se debe dar lugar.

Carta de dote confesada.

56 En tal parte á tantos de tal mes, y año ante mí el Escribano, y testigos Lorenzo del Rio (*aquí se pondrá su naturaleza, vecindad y filiacion*) dixo que en tantos de tal mes y año contraxo matrimonio *in facie Ecclesie* con Teresa Maria de estado doncella (*y aquí la naturaleza y filiacion de ésta*), la qual traxo á su poder por dote, y caudal suyo propio diferentes bienes que entonces se valuaron, y ascendió su valor á tantos reales, y de ellos ofreció otorgar á su favor el competente resguardo, y la prometió por aumento de dote, ó en arras, y donacion *propter nuptias* tanta cantidad, y por la celeridad con que se casaron, graves ocupaciones, y ausencia del otorgante, y otros motivos que ocurrieron, no pudo formalizarlo; y mediante tener ahora proporcion para ello, cumpliendo con la promesa hecha = Otorga y confiesa haber recibido real, y efectivamente de la referida su muger, y que ésta traxo por dote, y caudal suyo propio los bienes siguientes.

Aquí se pondrán los bienes como en la escritura precedente.

Importan á una suma los bienes expresados tantos mil reales de vellon (*salvo error*) de que el otorgante se da por contento, y entregado á su voluntad, por haberlos recibido de la mencionada su muger, y traído ésta á su poder por dote, y caudal suyo propio al tiempo que contraxeron matrimonio, cuya entrega ha sido cierta, y

efectiva, y por no parecer de presente, renuncia la excepcion de la *non numerata pecunia*, la ley 9. del tit. 1. Partid. 5, que de ella trata, los dos años que prefiere para la prueba de su recibo, que dá por pasados como si lo estuvieran, y las demás leyes que le favorecen, y otorga á favor de la precitada su muger el resguardo mas firme, y eficaz que á su seguridad conduzca, (*proseguirá como la anterior hasta la oferta de arras, y entonces dirá*) y cumpliendo con la oferta que hizo á su muger de tantos reales por aumento de dote, ó en arras, y donacion *propter nuptias*, desde luego en atencion á su virtud, honestidad, y relevantes prendas, reitera, y siendo necesario la hace de nuevo dicha oferta, y confiesa que los tantos reales cabian entonces, y caben actualmente en la décima parte de los bienes libres que posee, y en el caso de que no quepan, se los consigna, &c. *proseguirá como la antecedente.*

Nota. Si la dote consiste en dinero, se expresará la cantidad en el ingreso de la escritura, y lo propio se hará aunque consista en bienes muebles tasados, en caso que no se tenga presente específicamente los que fueron, sino solo su importe, y si el marido quiere jurar haber sido cierta la entrega de ellos, bien puede, sin que el Escribano incurra en pena por poner en la escritura el juramento.

Del modo de estender la carta de dote, y capital en virtud de apremio judicial.

57 Quando el marido es omiso, ó no quiere otorgar la carta de dote á favor de su muger, puede compelerle á ello el Juez de su domicilio, ante quien en este caso ocurrirá la muger con pedimento presentando memoria, ó relacion de los bienes que llevó al matrimonio, y sus precios, haciendo expresion del día, mes, y año en que lo contraxo, de los motivos que entonces hubo para que su marido no otorgase á su favor carta de pago, y recibo de ellos, de que la prometió formalizarla luego que se casasen, de que aunque ha pasado tanto tiempo, y le instó repetidas veces que la otorgase no pudo conseguirlo, y de que está en descubierto, y expuesta á ser perjudicada en su dotal haber; y pretendiendo que el Juez mande que baxo de juramento declare si es cierto llevó á su poder por dote, y caudal suyo quando se casó los bienes contenidos en la memoria presentada, que entonces se valuaron, é importaron la misma cantidad, y que de ellos la ofreció otorgar el correspondiente resguardo, y no lo cumplió, y estando negativo, que con su citacion se la reciba informacion de ello, y constando la certeza por uno, ú otro medio, se le apremie á su otorgamiento. A esta pretension deferirá el Juez, y evacuada la declaracion ó informacion, se hará en la escritura dotal relacion sucinta de estos autos, los que se unirán originales con la memoria, é insertarán en ella, y en lo demás no se dife-

rencia de la dote confesada. Si el marido se resiste al otorgamiento, se le acusan tres rebeldías, y en el último auto manda el Juez que se tengan por bienes dotales de la muger los comprendidos en la memoria, y que de los autos se la dé el conducente testimonio á la letra para su resguardo, lo qual perjudicará al marido, y á sus herederos del mismo modo que si la otorgára. Se previene que estos autos deben protocolarse en las escrituras de aquel año, y que la muger no necesita licencia de su marido para comparecer en juicio á dicho efecto, porque usa contra él de sus acciones civiles, á fin de no ser perjudicada. Lo mismo puede practicar el marido quando los padres de su muger no quieren concurrir con ella al otorgamiento de su capital, pues con su citacion puede autorizarla el Juez para su otorgamiento, y por su rebeldía les perjudicará como si hubieran concurrido, y su importe se estimará por caudal del marido al tiempo de la disolucion del matrimonio.

Escritura de arras.

58 En tal Villa á tantos de tal mes y año, ante mí el Escribano y testigos Pedro Fernandez natural, y vecino de ella, de estado soltero, é hijo legítimo de &c. dixo: que está tratado de casarse *in facie Ecclesie* con Luisa Martinez del mismo estado, hija legítima de &c. y natural de tal parte, y que atendiendo á la honestidad, virtud, y otras loables prendas que en ella concurren, determinó hacerla cierta donacion *propter nuptias*; y para que conste, y tenga efecto, en la mejor via, y forma que haya lugar en derecho, cerciorado del que le compete, de su libre, y espontánea voluntad=Otorga que promete en arras; y donacion *propter nuptias* á la expresada Luisa Martinez su futura esposa: tantos mil reales de vellon, que confiesa caben en la décima parte de los bienes libres que al presente tiene, y si no cupieren, se los consigna en los que en lo sucesivo adquiriera á su eleccion, para que gocen del privilegio concedido á esta clase de donacion, ó del que la sea mas favorable, y útil, si se efectuare el matrimonio que tiene tratado, y no de otra suerte; y en el caso que éste se disuelva por alguna de las causas prescriptas por derecho, se obliga y á sus herederos á satisfacerlos en dinero efectivo luego que se le pidan, á cuyo fin los tendrá pronto para su entrega baxo la pena de tanto, que se impone en caso de contravencion, á la qual, y á la satisfaccion de las costas, intereses, y daños que se originen en su exacción á su futura esposa, ó á quien la represente, cuya liquidacion defiere en su juramento, y la releva de otra prueba, quiere ser apremiado por todo rigor legal. Asimismo se obliga á no revocar esta donacion y oferta, ni reclamarla con pretexto alguno, y si lo hiciere, sea visto por el propio hecho haberla aprobado, y ratificado, añadiendo fuerza á fuer-

za, y contrato á contrato; y al cumplimiento de éste obliga sus bienes, muebles, raices, derechos, y acciones, &c.

Nota. Si el novio dá, ú ofrece en arras á la novia alhaja raiz determinada, se expresarán sus linderos, valor, sitio, y demas señales conducentes, y la conferirá poder para tomar posesion de ella; y para que no sea necesario tomarla, se pondrá la cláusula de *Constituto* que estenderé en otro capítulo, y en este caso puede tambien imponerse pena en defecto de cumplimiento del contrato, como se prueba de la *ley 87. tit. 18. Part. 3.* que trae la forma de ordenar esta escritura. Si ofrece las arras por aumento de dote, gozarán del privilegio de ésta; y pactando que si la novia muere antes, ningún heredero suyo ha de tener derecho á ellas, ni poder demandárselas jamás, ni sus hijos aunque los dexen, y lleguen á tomar estado, pues solo la novia ha de poder exigir las de sus bienes en caso que le sobreviva, y ceder esta oferta en beneficio personal, privativo suyo; y para con sus herederos legítimos, y estraños ex testamento y ab intestato entenderse nula, y como no hecha, si fallece antes que el novio, valdrá el pacto, y deberá observarse, y no estará obligado á entregarlas, ni su importe á los herederos que ella insituya. Lo mismo se observará con otra qualquiera condicion permitida, y honesta que imponga al tiempo de su oferta, como todo donante la puede imponer entonces.

Capitulaciones matrimoniales.

59 En tal parte á tantos de tal mes y año, ante mí el Escribano y testigos Don Pedro y Doña Juana de tal su muger, y Don Francisco su hijo, Don Diego, y Doña Elena consortes, y Doña Maria su hija de estado doncella, todos naturales y vecinos de esta Villa, y mayores de veinte y cinco años, y las referidas Doña Juana, y Doña Elena en uso de la licencia marital prevenida por la *ley 55. de Toro*, que pidieron á sus respectivos maridos, y éstos las concedieron para formalizar este instrumento, de que doy fe: dixeron que mediante la Divina voluntad, y para su santo servicio tienen tratado que los enunciados sus hijos contraigan matrimonio según orden de nuestra Santa Madre la Iglesia Católica Apostólica Romana, y determinado darles diferentes bienes á fin de que puedan mantener las obligaciones de su estado; y para que tenga efecto, en la mejor forma que haya lugar en derecho, cerciorados del que les compete, de su libre, y espontánea voluntad = Otorgan que pactan, y capitulan lo siguiente:

Que los mencionados Don Francisco y Doña Maria se han de casar *in facie Ecclesie* tal dia, precedida la solemnidad que previene el Santo Concilio de Trento, por palabras de presente que constituyen legítimo y verdadero matrimonio, no resultando impedimen-

to canónico, ú otro accidental porque deba diferirse, y velarse á su tiempo, para lo qual los expresados Don Diego, y Doña Elena prometen al citado Don Francisco á su hija por esposa y muger, y éstos á mi presencia se dán mutuamente su fé y palabra de futuro de casarse, de que doy fé, y se obligan á no tratarse, ni contraer esponsales con persona alguna sin previo consentimiento por escrito del otro contrayente, refiriendo en él esta condicion; y con licencia que sus padres les conceden, de que igualmente doy fé, se imponen la pena convencional de tantos reales, para que el que se aparte de su cumplimiento, la satisfaga al otro, y pagada, ó no, ó graciosamente remitida, quieren ser apremiados por todo rigor á celebrar el matrimonio, y satisfacer las costas y daños que el infractor cause al otro interesado; cuya liquidacion defieren en su juramento, y se relevan de otra prueba; y mediante la licencia que los nominados Don Pedro, y Don Diego han dado á sus hijos para imponerse pena, satisfacerla, y las costas, y daños que se originen por su contravencion, y que éstos ningunos bienes tienen al presente, quieren que se practiquen con ellos, y no con sus hijos todas las diligencias concernientes á su exacción, á cuyo fin se constituyen principales pagadores, y sujetan á su íntegra responsabilidad y satisfaccion.

Que los prenotados Don Pedro y Doña Juana darán al citado Don Francisco su hijo tanta cantidad en tales especies en cuenta de sus legítimas, y los mencionados Don Diego y Doña Elena, á su hija Doña Maria tanta en dote con la misma cantidad en dinero y bienes muebles, una y otra para ayuda de mantener las cargas matrimoniales, cuyas cantidades y bienes se obligan á entregarles para tal dia, vispera de el en que se casen, y no haciéndolo así respectivamente, ningunos de sus hijos ha de ser compelido á casarse; y si por algun accidente no pudiere ser efectiva su entrega, queda á eleccion de estos el cumplir, ó no la palabra dada, por cuyo motivo se han de anular como desde ahora anulan los esponsales contraídos.

El mencionado Don Francisco, atendiendo á la honestidad, virtud y loables prendas de que está naturalmente adornada su futura esposa, y usando de la facultad legal que tiene, la ofrece por aumento de dote, ó en arras, y donacion *propter nuptias*, según mas útil y propicio la sea si llegare á efectuarse su matrimonio, tanta cantidad, que confiesa cabe en la décima parte de los bienes libres que sus padres le han prometido, en los que, y en los demas que adquiriese constante él, se la consigna á su eleccion, y quiere que goce del privilegio concedido por derecho á esta donacion.

Que ha de otorgar á favor de su futura esposa carta de pago y recibo, así de los bienes que sus padres la ofrecieron en dote, y la entreguen, como de los demas que lleve á su poder, y la regalen

otras qualesquiera personas, previniéndole con toda claridad, distincion y separacion, para que si sobreviviere á sus padres, no esté obligada á traer á colacion y particion con sus hermanos mas cantidad que la que la prometieron, y dieron de su propio caudal, y en ella reiterará la donacion que la dexa hecha, á todo lo qual se obliga en forma, como igualmente á formalizar á su favor escritura de aumento de dote, en el caso que sus padres mueran, de lo que por su fallecimiento la toque, á fin de que constando el importe de su legitimo haber, no sea perjudicada en él, y obre los efectos que haya lugar.

Y para que este contrato sea recíprocamente igual, se obligan dichos Don Diego y su hija á otorgar tambien á favor del enunciado Don Francisco el correspondiente capital de los bienes que lleve á su matrimonio, y demas que herede por muerte de sus padres, ú otro motivo, á fin de que al tiempo de su disolucion se tengan y estimen por suyos propios, se deduzcan antes que los gananciales, y despues de la dote, arras y demas que herede la expresada Doña María, y ninguno sea perjudicado en su haber legitimo; y si el mencionado Don Diego no concurriese á su otorgamiento, se tenga y sea suficiente que lo firme la prenotada su hija, sin que se necesite otra diligencia, ni citacion judicial ni extrajudicial, ni por esta causa dexa de obrar los efectos correspondientes, quando el matrimonio se disuelva.

Los referidos Don Pedro, Don Diego y sus mugeres se obligan á no mejorar en el tercio de sus bienes por contrato entre vivos, ni en última disposicion á los demas hijos suyos; y si lo hicieren, quieren que no valga, y que la mejora se tenga y estime como no hecha, para lo qual se conforman con lo dispuesto por la ley 22. de Toro, previniendo que si les hicieren algun legado, se ha de deducir del quinto, y no entenderse parte del tercio, aunque en él se exprese, y mande lo contrario.

Aquí se pondrán las demas condiciones que los otorgantes quisieren, y proseguirá la escritura en la forma siguiente.

Con cuyas calidades y condiciones formalizan esta escritura los otorgantes, y al cumplimiento de su contexto obligan todos sus bienes, muebles, raices, derechos y acciones presentes y futuros; dan amplio poder á los Señores Jueces de esta Villa para que los compelan á él como por sentencia definitiva pasada en autoridad de cosa juzgada y consentida, que por tal la reciben, renuncian todas las leyes, fueros y derechos de su favor, para que jamas les aproveche su auxilio; y las nominadas Doña Juana, y Doña Elena renuncian la ley 61. de Toro, que dice: *(aquí se pondrá la cláusula que estenderé en el capítulo 7. §. IV. y omito por evitar duplicacion,*

y luego dirá) así lo otorgan y firman, á quienes doy fé conozco, siendo testigos Fulano, Fulano y Fulano vecinos de esta Villa.

Nota. No puse en la escritura precedente de capitulaciones la solemnidad correspondiente á los contratos de menores, porque supongo que los esposos de futuro son mayores de 25 años, y que lo están baxo de la patria potestad, pues no es incompatible que lo sean, y lo estén; pero si fueren menores, no lo omitirá el Escribano. Notarán algunos que solo hice mencion específica de la ley 61. de Toro, y omití la renunciacion de las demas civiles que los Escribanos acostumbra poner en los contratos de mugeres sin mas motivo que ser costumbre; y para satisfacer á su reparo, les digo que quando la muger se obliga por su hecho propio, por ser realmente principal obligada, y no fiadora, no tiene que hacer mas renunciacion que el hombre mayor de 25 años capaz de contraer, porque no la favorece en este caso la disposicion del Emperador Justiniano, y el Senado Consulto Veleyano, ni otra civil, canónica, ni real, y antes bien queda obligada, como se prueba de unos textos civiles, que citaré en dicho capítulo 7. §. IV. excepto que haya dolo, violencia, ó miedo grave que cae en varon constante, pues justificado, aunque sea hombre el contrayente, se anulará el contrato; á mas de que por la dote que promete á su hija, y donacion que hace á su hijo, queda obligada, segun consta de las leyes: *Si dotare* 12. *Cod. ad Senatus Consultum Veleyanum*, y 14. *t. 3. l. 10. N. R.* y lo dexo explicado en el núm. 26, interviniendo para ello, si estuviere casada, licencia de su marido; con que en estas circunstancias es absurdo, y no viene al caso el renunciar leyes que no hay, ó no versan en el asunto, y solo será bueno hacer la renunciacion, quando se constituye fiadora, pero entonces ha de ser de la ley de Partida que se lo prohíbe; bien que en algunos casos quedará obligada sin este requisito; como mas latamente explicaré en el citado capítulo 7. §. V.

Carta de dote en virtud de capitulaciones matrimoniales.

60 En tal Villa á tantos de tal mes y año, ante mí el Escribano, y testigos Don Francisco de tal, natural y vecino de ella, dixo, que está tratado de casarse *in facie Ecclesie* con Doña María de tal, á cuyo efecto precedieron las tres amonestaciones que previene el Santo Concilio de Trento, y entre los contrayentes, y sus padres escritura de capitulaciones matrimoniales, que todos otorgaron en esta Villa á tantos de tal mes, y año ante Fulano Escribano Real, por la qual se obligaron á entregar á dicha Doña María su hija tanta cantidad en dote, y el otorgante á formalizar á su favor la correspondiente carta de pago y recibo, como entre otras cosas resulta de la

citada escritura, cuya copia original se une á ésta para documentarla, é insertar en sus traslados, y su literal tenor dice así.

Aquí la escritura de capitulaciones.

La escritura inserta concuerda con la que está en el protocolo de ésta, de que doy fe; y en consecuencia de lo estipulado en ella, mediante aproximarse el día del desposorio, y estar prontos los padres de la expresada Doña María á cumplir con la obligación contraída, el otorgante en la mejor forma que haya lugar en derecho, cerciorado del que le compete = Otorga que recibe ahora en contado de Don Diego y Doña Elena de tal, padres de la enunciada Doña María por dote, y caudal propio de ésta, y en cuenta de sus legítimas, los bienes siguientes.

Aquí los bienes como en la primera escritura dotal.

Importan á una suma los referidos bienes tantos mil reales de vellon, de que el otorgante se dá por entregado, por haberlos recibido real, y efectivamente en este acto de los nominados Don Diego, y Doña Elena á mi presencia, y de los testigos infrascriptos, de que doy fe, y como apoderado de ellos, formaliza á favor de su futura esposa, y de sus padres, el resguardo mas eficaz, que á su seguridad conduzca, los da por libres, é indemnés de su responsabilidad, por rota, nula, y cancelada la escritura de capitulaciones, y por extinguida la obligación que contiene, para que en ningun tiempo obre el menor efecto, y en su consecuencia declara que &c. (*aquí se pondrá la declaración de no haber lesion, ni engaño en la tasacion de los bienes, como en la escritura primera de dote, y luego proseguirá*): y reiterando el otorgante la promesa de arras hecha en la referida escritura, desde luego ofrece de nuevo á su futura esposa por aumento de dote, ó en arras, y donacion *propter nuptias* tanta cantidad, que confiesa cabe en la décima parte de los bienes libres que sus padres le han entregado, segun resulta del capital formalizado en este día con arreglo á lo pactado en la quinta condicion de la prenitada escritura, cuya cantidad la consigna en ellos, y en los que en lo sucesivo adquiriera, y unida á la dotal compone y asciende su total suma á tantos reales, los que se obliga á restituir &c. *proseguirá como en la escritura primera de dote.*

Nota. En esta escritura supongo que la novia no llevó mas dote que la que sus padres la dieron, por lo que no puse declaración alguna; pero si llevare mas bienes por haberselos regalado sus parientes, ó estraños, como suele suceder, se han de expresar con toda claridad, distincion, y separacion, como dexó advertido en la nota puesta antes de la escritura de dote confesada, porque de omitirlo,

si tiene hermanos, querrán obligarla á recibirlo todo en cuenta de sus legítimas al tiempo de la particion, como si todo fuese patrimonial, á lo que no está obligada segun la *ley 6. tit. 15. Partida 6.* y la será difícil justificar despues el regalo. Tambien conviene que los padres de la novia lo declaren, y firmen la escritura dotal, para que los hermanos de ésta no duden de la certidumbre del regalo, ni supongan que quisieron inejorarla en su perjuicio estandoles prohibido; lo que tendrá presente el Escribano para prevenirlo á los interesados.

Otra. Supongo igualmente que la novia está baxo de la patria potestad; pero si estuviere fuera de ella, y despues de casada entregare los bienes á su marido, y éste se hallare por consiguiente apoderado de ellos, se otorgará la escritura de recibo con confesion de él, y no con fé de entrega, pues es absurdo estando apoderado de ellos, decir que su muger se los entrega, y dar fé de ello el Escribano, como si los recibiera entonces de otra mano, lo que le prevengo para que no dé fé falsa, ni sea tenido por ignorante, pues la fé de entrega se ha de dar solamente quando no los recibió, y no quando antes de otorgar el recibo, los tiene en su poder.

Escritura de capital.

61 En tal Villa á tantos de tal mes y año, ante mí el Escribano y testigos Francisca Lopez, natural de ella, y muger de Pedro Rodriguez vecino de esta Villa dixo, que en tantos de este mes contraxeron matrimonio *in facie Ecclesie*, y antes de contraerlo pactaron que la otorgante habia de formalizar á su favor el correspondiente resguardo que acreditase los bienes, y efectos que tenia, y llevó á él; y cumpliendo con lo estipulado, en la mejor forma que haya lugar en derecho, cerciorado del que la compete, de su libre, y espontanea voluntad = Otorga, confiesa, y declara que el referido su marido traxo á su matrimonio, y tenia por caudal suyo propio los bienes siguientes.

Aquí se pondrán los bienes por clases, precios, y partidas como en las escrituras precedentes.

Importan los bienes expresados tantos mil reales de vellon, salvo error de pluma ó suma, de que la otorgante se da por contenta, y satisfecha á su voluntad, y aunque no parecen de presente, por ser cierta, y efectiva su existencia, y haberlos traído su marido, y puesto por fondo en la sociedad conyugal, y tenerlos quando se casaron, renuncia la *ley 9. del tit. 1. Part. 5.* que trata de la entrega y recibo, los dos años que prefine para justificarla, y la excepcion que podia oponer de no haberlos traído, y otorga á favor de su

marido el resguardo mas eficaz que á su seguridad conduzca (*aquí se pondrá la declaracion de ser justa la tasacion, como en la primera escritura dotal, pero no se ha de renunciar la ley 16. del tit. 11. Part. 4. porque habla de la dote, y no del capital del marido, y éste no goza del privilegio de aquella, y luego proseguirá en esta forma*); y en su consecuencia se obliga á tener por caudal del citado su marido todos los mencionados bienes, y los que herede y adquiera por donacion, ú otro contrato lucrativo de algun pariente, ó extraño, deducido primero el importe de la dote y arras de la otorgante, y demas que por herencia, legado, donacion, ó cesion recaigan en ella, para que á ninguno se perjudique en los gananciales que pueda haber quando el matrimonio se disuelva, á lo que quiere ser compelida por todo rigor legal; y al cumplimiento de lo referido obliga sus bienes dotales, parafernales, hereditarios y multiplicados, dá ámplio poder á los Señores Jueces de esta Villa para que á todo la apremien como por sentencia &c. (*aquí se pondrá la cláusula quarentigia, sumision y renunciacion de leyes, que dexo estendidas en la escritura de capitulaciones, y el juramento que estenderé en el capítulo 7. §. IV. previniendo que si otorga el capital antes de casarse, no necesita juramento; y luego prosigue la escritura*): y el enunciado Pedro Rodriguez jura igualmente por Dios nuestro Señor, y una señal de Cruz en solemne forma, que todos los bienes contenidos en este capital son suyos propios; que no estan afectos á responsabilidad alguna, y que &c. *Aquí tendrá presente el Escribano lo que expliqué al fin del núm. 49. y lo pondrá segun ocurra el caso, y sea el caudal; pues si el marido no tiene deudas á su favor, es superfluo decir que declarará las que cobre, ó no, ni mencionar gastos de cobranza; y si los bienes son muebles, tampoco hay que hablar de cargas, y basta jurar que son suyos, y que no tiene deudas contra sí, ó expresar las que sean, y añadir que no tiene mas.*

Nota. Omití en esta escritura la licencia de marido á muger, que previene la ley 55. de Toro, porque por el mismo hecho de otorgarla á su favor, es visto dársela, y éste es uno de los casos en que no la necesita, como explicaré en el cap. 7. §. IV. pero conviene poner el juramento, y declaracion del marido, ó del novio, no porque el instrumento lo requiera precisamente para su validacion, sino para que la muger no sea perjudicada en los gananciales al tiempo de la disolucion del matrimonio, pues algunos dicen que son ricos, y si se averigua, suelen ser muy pobres, por estar debiendo tanto ó mas que lo que tienen, y por medio del juramento se apura la verdad, como sucedió en cierto capital que pasó ante mí, que habiendome dado el marido futuro puntual razon de los bienes que poseía, y sus precios, cuya tasacion excedia de veinte mil reales, le dixé que habia de declarar con juramento qué deudas tenia contra

sí; y aunque no le sentó bien esta proposicion, porque no queria que se descubriesen, se vió precisado á darme razon de ellas, y quedó reducido su haber á poco mas de tres mil reales, y si no hubiera usado de esta precaucion, seria perjudicada gravemente su muger; pero prevengo que no basta poner el juramento en la escritura, sino que al tiempo de otorgarla debe recibirselo el Escribano en solemne forma. Mas si el hijo está baxo de la patria potestad, y sus padres le entregan los bienes que lleva al matrimonio, es ocioso el juramento, porque como no puede haberlos gravado ni contraer sin la paternal licencia, y aunque contraiga para quando se case, ó herede, es nula la obligacion que constituya, como lo dice la ley 17. t. 1. l. 10. N. R. que insertaré en dicho capítulo y §. no es necesario su juramento, ni concurrencia. Y se previene lo primero, que si la muger dota al novio, se ha de poner la dotacion por aumento del capital de éste en la escritura, con la cláusula de que *aunque el novio muera antes que ella, tengan derecho al importe de la dotacion los herederos de él, y pueden exigirselo como dotacion propter nuptias, hecha por contrato oneroso que obliga al novio á disponer de su persona, y si éste nada lleva, se dirá: que la novia le hace la donacion para que se tenga por capital suyo, y se obligará á su entrega, disuelto el matrimonio*: todo lo qual se entiende no pactando otra cosa, cuya donacion é instrumento debe hacerse antes de casarse para su estabilidad, y que si el novio muere antes, no se tenga por hecha constante matrimonio, que por derecho es nula, lo que tendrá presente el Escribano, para evitar dudas y pleitos. Y lo segundo, que si la novia es viuda, y tiene sucesion legítima del anterior marido, no puede exceder la donacion que haga al novio en vida y muerte del quinto de sus bienes, del qual deberá enterrarla, y hacer sus exéquias funerarias en caso que la sobreviva existiendo la sucesion.

Otra. Precediendo capitulaciones matrimoniales al casamiento, pueden formalizarse las escrituras de dote y capital baxo de un contexto, para evitar gastos á los interesados, hablando en la introduccion los dos, siguiendo el marido solo con la recepcion de la dote, y obligacion á responder de ella, y luego su muger con el otorgamiento del capital, y volviendo á hablar los dos en la conclusion del instrumento, y obligacion general respectiva de cada uno á su cumplimiento. Lo mismo se puede practicar antes de casarse, si la muger está cerciorada de los bienes que lleva el marido, aunque no haya capitulaciones, pues ni para lo uno, ni para lo otro hay prohibicion legal, por lo que es arbitrario en el Escribano, é interesados el hacer así cada instrumento, ó separadamente.

Aumento de dote.

62 En tal Villa á tantos de tal mes y año, ante mí el Escribano y testigos, Pedro y Juana de tal su muger vecinos de ella dixerón que al tiempo que se casaron, traxo ésta por dote, y caudal suyo propio diferentes bienes, que ascendieron á tanta cantidad, de que el otorgante formalizó á su favor el correspondiente resguardo en tal día, mes y año, ante tal Escribano, y ahora con motivo del fallecimiento de Fulano su padre la tocaron por su legítima paterna tantos mil reales en tales especies, los que quiere entregar á su marido por aumento de dote, y que de ellos otorgue á su favor el correspondiente recibo, á fin de que no sea perjudicada, ni sus herederos en su legítimo haber; y para que tenga efecto, usando de la facultad que la *ley 1. tit. 11. Part. 4.* le confiere = Otorgan la citada Juana que aumenta, y agrega á su marido, y éste que recibe ahora en contado por mas dote, y caudal de su muger tantos mil reales de vellón, que importan los bienes que heredó de su padre Francisco de tal, como aparece de las tasaciones, que hicieron peritos efectos de conformidad por el otorgante, y demas coherederos en la forma siguiente.

Aquí se pondrá los bienes como en la primera escritura dotal.

Importan á una suma los bienes expresados tantos mil reales de vellón, de los quales el otorgante se da por entregado á su voluntad, por recibirlos en este acto de dicha su muger, de cuya entrega, y recibo doy fé, por haberse hecho á mi presencia y de los testigos que se nominarán, por lo que otorga á su favor el mas firme, y eficaz resguardo que á su seguridad convenga, y declara &c. (*Aquí se pondrá la declaracion de no haber lesion en la tasacion, como en la escritura primera de dote, y luego proseguirá así*). Y se obliga á volver, y restituir á su muger ó á quien la represente, los mencionados tantos mil reales al mismo tiempo que los que importó la dote, que quando se casaron traxo á su poder, siempre que el matrimonio se disuelva por qualquiera de los casos prescriptos por derecho, cuya restitution hará íntegramente en los bienes que existan, y por los deteriorados, y consumidos en otros equivalentes á justa tasacion, &c. (*Aquí proseguirá como la escritura dotal, y ambos firmarán ésta*).

Nota. Esta escritura rara vez suele hacerse, pues si la muger hereda, ó la donan algo constante matrimonio, lo recibe el marido, y se le olvida declararlo, y no consta la donacion, ó herencia por instrumento que la acredite, la pierde, y se tiene por ganancial co-

mo lucrada mientras viven juntos, por lo que es conveniente que se otorgue, y que en la escritura primera dotal que el marido formaliza á favor de la muger al tiempo de casarse, y en la de capitulaciones si precedieron al matrimonio, se obligue á ello, y se prevenga, por si llega el caso de heredar á sus padres, ó á otro, y de esta suerte no será perjudicada, porque muchas veces importan mas los bienes que hereda, y adquiere despues de casada, que lo que lleva al tiempo de casarse, y si es única heredera, ó aunque no lo sea, si no se hace inventario judicial, ni particion, no podrá hacer constar lo que heredó mientras lo estuvo.

Escritura de palabra de casamiento, ó esponsales de futuro.

63 En tal Villa á tantos de tal mes y año, ante mí el Escribano y testigos, Don Francisco, y Doña Juana de tal, de estado solteros, mayores de 25 años, naturales, y vecinos de ella, hijos de &c. ya difuntos, dixerón que para vincular, y radicar honesta, é indisolublemente el sumo amor que se profesa, y evitar los riesgos á que estan expuestos, y las infaustas consecuencias que pueden resultar en detrimento de sus conciencias, y ofensa de la Divina Omnipotencia, han deliberado contraer matrimonio *in facie Ecclesie*, y por graves inconvenientes que les obstan efectuarlo al presente, ligarse con los esponsales de futuro, á fin de que ninguno pueda separarse; y poniendo en execucion, en la mejor forma que haya lugar en derecho, instruidos del que en este caso les compete, de su libre y espontánea voluntad = Otorgan que prometen, y se dan mutuamente su fé, y palabra de casarse por las de presente que constituyen legítimo, y verdadero matrimonio, segun disposicion del Concilio de Trento, para tal dia de tal mes, y año, y que ninguno contraerá directa, ni indirecta, tácita ni expresamente esponsales con persona alguna, sin que preceda licencia, y consentimiento por escrito del otro contrayente, y si lo hiciere, sean nulos; y para su mayor estabilidad se dan sus manos derechas, y tales alhajas (*se expresarán las que sean*), en señal, las que pasan á su poder reciprocamente, de que doy fé; y se obligan á no reclamar este contrato, y si lo hicieren, á mas de no ser oidos judicial, ni extrajudicialmente, quieren ser compelidos á su observancia, como por sentencia definitiva de Juez competente pasada en autoridad de cosa juzgada, y consentida, que por tal la reciben, obligan á ello sus personas y bienes, se someten á los Señores Jueces que de esta causa deben conocer conforme á derecho, renuncian todas las leyes y fueros de su favor, y así lo otorgan y firman, á quienes doy fé conozco, siendo testigos, &c.

Nota. En esta escritura no puse pena contra el que se retracte, ni ju-

ramento de cumplir el contrato, ni tampoco renunciacion de la ley 39. tit. 11. Part. 5. que dice: *que arrepintiendo alguno de los contrayentes, no esté obligado á pagar la pena.* Porque si se ponen, como el que ha de rejalar el juramento, y conocer de los esponsales es el Juez Eclesiástico, á quien privativamente toca, puede suceder que por miedo de ser castigado el penitente como perjuró, y compelido á la satisfaccion de la pena, se case contra su voluntad, y resulten funestas conseqüencias, por lo que no aconsejo al Escribano que los ponga, pues el matrimonio no ha de hacerse por miedo de pena, sino por mútuo amor, y consentimiento de los contrayentes, y el que se retrae bastante tendrá que hacer, y le costará el eximirse de celebrarlo, aunque no se ligue tanto, como la experiencia lo acredita. Previendo que si los contrayentes fueren menores ó hijos de familia, deberá intervenir en los esponsales el consentimiento paternal, segun se previene en la Pragmática de 28 de Abril de 1803. Ley 18. t. 2. l. 10. N. R.

Otra. Como si se introduce entre los casados la discordia suelen vivir en continua guerra, y buscar arbitrios para separarse; algunos Escribanos, rebosando perfidia é ignorancia, tienen alientos para aconsejarles que por escritura pueden hacerlo, y para obviar los inconvenientes que pueden originarse deben tener entendido, que los casados no pueden, ni deben separarse perpetua ni temporalmente por escritura, ni sentencia de Juez lego, y que para ello es preciso que intervenga la del Eclesiástico con previo y maduro conocimiento de causa, como se prueba de los tit. 1. y 2. Part. 4. de los cap. Porro 3. de Divortis: Cum sis 4. Uxoratus 8. Ad Apostolicam 13. de Convers. Conjug. y de otros que expresan las causas que anulan el matrimonio y esponsales, y por quales se permite el divorcio, y que si tuvieran arrojó para autorizar instrumento de esta naturaleza, son acreedores á una correccion severa, sin que les sirva de disculpa alegar que los contrayentes lo quisieron, pues no deben de hacer lo que es contra derecho y buenas costumbres aunque lo quieran; pero si contraxeron solamente esponsales de futuro, pueden apartarse de ellos, y de la accion que en su virtud les compete, sin intervencion del Juez, ni de otro, porque los esponsales dependen del libre asenso, ó disenso de los contrayentes, y pueden deshacerse, y remitirse uno á otro recíprocamente el derecho que tienen para compelerse á la celebracion del matrimonio, mediante no resultar por ellos vínculo indisoluble, como por éste.

Escritura de apartamiento, y disolucion de esponsales.

64 En tal parte á tantos del tal mes y año, ante mí el Escribano y testigos, Francisco y Francisca de tal, vecinos de ella, dixeron que en tal dia, mes, y año, contraxeron esponsales de futuro, y se dieron mútua palabra de casarse *in facie Ecclesiae*, y

para su mayor firmeza se entregaron tales alhajas (se expresarán las que sean), obligándose á que ninguno los contraeria con otra persona sin consentimiento por escrito de el otro contrayente. Y mediante convenirles ahora apartarse de ellos, para que tenga efecto, en la via y forma que mas haya lugar en derecho, cerciorados del que les compete, de su libre y espontanea voluntad = Otorgan que se apartan de los referidos esponsales, los que dan por disueltos, rescindidos, nulos, y de ningun valor, ni efecto, como sino los hubieran contraido, y otorgantes recíprocamente uno al otro por libres, é indemnes entera, y absolutamente de la obligacion que por la palabra de casamiento tenia ligadas sus personas; se dexan en plena libertad, y confieren el mas eficaz é irrevocable poder que necesiten, para que cada uno use de ella, y se case, ó elija otro estado á su arbitrio sin licencia, intervencion, ni consentimiento del otro, del mismo modo que antes lo podian practicar sin diferencia, y como si jamas hubiera habido tales esponsales, á cuyo fin se desisten, y separan de todas las acciones que para impedirselo les competian, las que dan por fenecidas y acabadas, se devuelven las referidas alhajas, y suplican á los Señores Jueces competentes los hayan por apartados, y libres enteramente para disponer de sus personas segun les convenga. Y bajo de juramento que hacen por Dios nuestro Señor, y una señal de Cruz tal como ésta ✝ se obligan á que jamas se pondrán impedimento, ni reclamarán esta escritura total, ni parcialmente, y si lo hicieren, quieren que á mas de no oírseles en juicio, ni fuera de él, se les compela á su observancia, y condene en costas, y que por el mismo hecho sea visto haberla aprobado, y ratificado con mayores vínculos y firmezas, añadiendo fuerza á fuerza, y contrato á contrato. Y al cumplimiento de este obligan sus personas y bienes, muebles, raices, &c. proseguirá como la anterior.

Nota. En esta escritura, y en la de palabra de casamiento obligarán los otorgantes sus personas, pues son las que realmente quedan obligadas aun mas que sus bienes, y aunque sean nobles, no les sufraga el privilegio. Si cada uno por no existir ambos en un pueblo, hiciere con separacion su apartamiento, el que lo haga primero, lo otorgará con la expesa calidad, y condicion de que el otro se aparte tambien, y no en otros términos, porque de no prevenirse así, puede aquel quedar ligado, y éste en libertad, lo qual no es justo.

Licencia de padre á hijo para casarse.

65 En tal Villa á tantos de tal mes y año, ante mí el Escribano y testigos, Don Pedro de Meneses, vecino de ella, dixo que Don Juan de Meneses, su hijo menor de 25 años, procreado en su matrimonio con Doña Gertrudis de Ribas, tiene determinado

casarse con Doña Matilde de los Rios, de estado soltera, hija de &c., y para poder practicarlo, y que el Tribunal competente no se le oponga el mas leve obstáculo, me ha pedido la licencia y consentimiento que previene la Real Pragmática de 28 de Abril de 1803. Ley 18. t. 2. l. 10. N. R. Y mediante concurrir en la dicha Doña Matilde las circunstancias de igualdad en calidad, y demas apreciables que para efectuar esta alianza y enlace se requieren, en la via y forma que mas haya lugar en derecho = Otorga que dá, y concede amplia licencia y facultad al mencionado Don Juan de Meneses, su hijo, para que sin incurrir en pena alguna, celebre segun orden de nuestra Santa Madre la Iglesia su matrimonio con la citada Doña Matilde de los Rios, á cuyo efecto de su libre y espontánea voluntad, para que no se le ponga impedimento, presta su pleno consentimiento y beneplácito, el que se obliga en legal forma á no revocar ni reclamar con pretexto alguno, y si lo hiciere, no valga en juicio, ni fuera de él, antes bien sea visto haberlo dado con mayores estabilidades; y á fin que se le compela, dá poder á los Señores Jueces que de esta causa deben conocer, renuncia las leyes de su favor si acaso se retraxese, y así lo otorga y firma, á quien doy fé conozco, siendo testigos Fulano, Fulano y Fulano, residentes en esa Villa.

Nota. Los hijos de Titulos de Castilla necesitan á mas del consentimiento de sus padres, ó personas que deben darselo, obtener licencia de la Cámara; y los de Grandes ésta, y dar cuenta antes á la Real Persona; y si son Militares, del Consejo de Guerra tambien; por lo que se relacionarán estas Reales licencias en el consentimiento de los padres, tutores, ó personas que se las concedan, para que no haya embrazo; bien que no debe haberlo respecto á que se han de presentar, y hacer constar al juez Eclesiástico, y así nada importa aunque se omita su relacion.

Otra. Los protocolos de todas las escrituras referidas en este capítulo, se han de estender en papel del sello quarto. Las copias de las ocho primeras, deben sacarse en el mismo papel, si su importe no llega á cien ducados, y si llega ó excede de ellos hasta mil inclusive en el del sello segundo; pero si son ó pasan de mil ducados, en el del primero, y en el del intermedio comun. Las de palabra de casamiento, apartamiento de esponsales, y licencia para casarse, respecto no hablar la ley del papel que las corresponde, se darán en el del segundo, á ménos que intervenga señal, ó arra que valga mil ducados, ó mas, que entónces se deben sacar en el del primero.

CAPITULO V.

De las donaciones entre vivos, y de las que se hacen por causa de muerte.

§. I.

Donacion entre vivos.

1 Esta palabra *donacion* quiere decir lo mismo que *dacion*, entrega, don, ó dádiva (1) de alguna cosa permitida; ó traslacion del dominio de cosa propia en otra por mera liberalidad (2). La donacion es uno de los contratos que llaman de riguroso derecho, porque en él no puede proceder el Juez, sino con el rigor del derecho, ciñéndose á lo que de él consta sin suplir cosa alguna. Puede hacerse, ó ser de dos maneras, *verbal*, y *real*. La verbal ó imperfecta es la que se hace con palabras sin entregar la cosa donada, y la real ó perfecta de que aquí se trata, *es aquella por la qual una persona por su mera liberalidad dá á otro dinero ó alhaja suya propia* (3). Divídese en donacion entre vivos, y por causa de muerte. La donacion entre vivos es la que el hombre estando bueno sin temor de la muerte, ni de otro peligro, hace al donatario, para que la goce al instante, y se haga dueño de ella; y la donacion por causa de muerte es la que hace estando enfermo, ó aunque sano, con peligro ó temor de la muerte, v. gr. de que le maten los enemigos, ó los ladrones en un camino, ó que naufrague y perezca en el mar si se embarca, ó por su abanzada edad, ú otro motivo semejante (4).

2 Se subdivide la donacion entre vivos en *propia*, é *im-*

(1) Ley Senatus 35. §. 1. ff. de Mortis causa donation. (2) Ley Donari 19. ff. de Donation. ley Donari 82. 8. del Regul. jur. Scoto. In 4. distinct. 15. quæst. 2. §. Secundo potest. Abb. & Hostiens. in Rub. de Donation. (3) Proem. y ley 1. tit. 4. P. 5. y leyes 1. y 29. ff. de Donat. Gom. lib. 2. Variar. c. 4. n. 1. Ferrar. Biblioth. verb. Donatio ff art. 1. n. 1. al. 10. (4) Leyes 3. 4. y 5. ff. de Mortis causa donat. y 1. t. 7. l. 10. N. R.

casarse con Doña Matilde de los Rios, de estado soltera, hija de &c., y para poder practicarlo, y que el Tribunal competente no se le oponga el mas leve obstáculo, me ha pedido la licencia y consentimiento que previene la Real Pragmática de 28 de Abril de 1803. Ley 18. t. 2. l. 10. N. R. Y mediante concurrir en la dicha Doña Matilde las circunstancias de igualdad en calidad, y demas apreciables que para efectuar esta alianza y enlace se requieren, en la via y forma que mas haya lugar en derecho = Otorga que dá, y concede amplia licencia y facultad al mencionado Don Juan de Meneses, su hijo, para que sin incurrir en pena alguna, celebre segun orden de nuestra Santa Madre la Iglesia su matrimonio con la citada Doña Matilde de los Rios, á cuyo efecto de su libre y espontánea voluntad, para que no se le ponga impedimento, presta su pleno consentimiento y beneplácito, el que se obliga en legal forma á no revocar ni reclamar con pretexto alguno, y si lo hiciere, no valga en juicio, ni fuera de él, antes bien sea visto haberlo dado con mayores estabilidades; y á fin que se le compela, dá poder á los Señores Jueces que de esta causa deben conocer, renuncia las leyes de su favor si acaso se retraxese, y así lo otorga y firma, á quien doy fé conozco, siendo testigos Fulano, Fulano y Fulano, residentes en esa Villa.

Nota. Los hijos de Titulos de Castilla necesitan á mas del consentimiento de sus padres, ó personas que deben darselo, obtener licencia de la Cámara; y los de Grandes ésta, y dar cuenta antes á la Real Persona; y si son Militares, del Consejo de Guerra tambien; por lo que se relacionarán estas Reales licencias en el consentimiento de los padres, tutores, ó personas que se las concedan, para que no haya embrazo; bien que no debe haberlo respecto á que se han de presentar, y hacer constar al juez Eclesiástico, y así nada importa aunque se omita su relacion.

Otra. Los protocolos de todas las escrituras referidas en este capítulo, se han de estender en papel del sello quarto. Las copias de las ocho primeras, deben sacarse en el mismo papel, si su importe no llega á cien ducados, y si llega ó excede de ellos hasta mil inclusive en el del sello segundo; pero si son ó pasan de mil ducados, en el del primero, y en el del intermedio comun. Las de palabra de casamiento, apartamiento de esponsales, y licencia para casarse, respecto no hablar la ley del papel que las corresponde, se darán en el del segundo, á ménos que intervenga señal, ó arra que valga mil ducados, ó mas, que entónces se deben sacar en el del primero.

CAPITULO V.

De las donaciones entre vivos, y de las que se hacen por causa de muerte.

§. I.

Donacion entre vivos.

1 Esta palabra *donacion* quiere decir lo mismo que *dacion*, entrega, don, ó dádiva (1) de alguna cosa permitida; ó traslacion del dominio de cosa propia en otra por mera liberalidad (2). La donacion es uno de los contratos que llaman de riguroso derecho, porque en él no puede proceder el Juez, sino con el rigor del derecho, ciñéndose á lo que de él consta sin suplir cosa alguna. Puede hacerse, ó ser de dos maneras, *verbal*, y *real*. La verbal ó imperfecta es la que se hace con palabras sin entregar la cosa donada, y la real ó perfecta de que aquí se trata, *es aquella por la qual una persona por su mera liberalidad dá á otro dinero ó alhaja suya propia* (3). Divídese en donacion entre vivos, y por causa de muerte. La donacion entre vivos es la que el hombre estando bueno sin temor de la muerte, ni de otro peligro, hace al donatario, para que la goce al instante, y se haga dueño de ella; y la donacion por causa de muerte es la que hace estando enfermo, ó aunque sano, con peligro ó temor de la muerte, v. gr. de que le maten los enemigos, ó los ladrones en un camino, ó que naufrague y perezca en el mar si se embarca, ó por su abanzada edad, ú otro motivo semejante (4).

2 Se subdivide la donacion entre vivos en *propia*, é *im-*

(1) Ley Senatus 35. §. 1. ff. de Mortis causa donation. (2) Ley Donari 19. ff. de Donation. ley Donari 82. 8. del Regul. jur. Scoto. In 4. distinct. 15. quæst. 2. §. Secundo potest. Abb. & Hostiens. in Rub. de Donation. (3) Proem. y ley 1. tit. 4. P. 5. y leyes 1. y 29. ff. de Donat. Gom. lib. 2. Variar. c. 4. n. 1. Ferrar. Biblioth. verb. Donatio ff art. 1. n. 1. al. 10. (4) Leyes 3. 4. y 5. ff. de Mortis causa donat. y 1. t. 7. l. 10. N. R.

propia. La propia es la que se hace sin mas causa, respeto, ni motivo que la mera liberalidad del donante, producida por un efecto de su generoso ánimo, no solo sin esperanza de retribucion, ni de que jamás vuelva á su poder la cosa donada, sino con el fin de que su dominio pase incontinenti al donatorio; por cuya razon se llama *pura, simple, graciosa y perfecta*, y una vez hecha irrevocable, no puede invalidarse porque mude de parecer y voluntad el donante (1), no ocurriendo alguna de las causas que explicaré en el num. 24: ni rescindirse, aunque intervenga rescripto del Príncipe (2); ni tampoco debe imponerse despues en ella, modo, gravámen, ni condicion. Lo mismo sucede en otro qualquier contrato (3), y aunque se le imponga no valdrá, porque por la donacion pura irrevocable se hace propia del donatario la cosa donada, y en la agena nadie tiene facultad de disponer por via de enagenacion, hipoteca, gravámen, ni de otra suerte (4) contra la voluntad de su dueño. Pero podrá declararla, porque qualquiera que hace algun acto aunque sea irrevocable, puede declararlo despues (5). Por lo tocante á qual se llama donacion *simple y causal*; y quando estará ó no obligado el donatario descendiente á colacionarla, véase el lib. 2. cap. 3. §. 2. de mi segunda parte, en donde lo explico.

3 La impropia ó imperfecta es la que se hace con causa, ó baxo de cierto modo y condicion, v. gr. la donacion *propter nuptias*, (la qual antes del Emperador Justiniano se llamaba *ante nuptias*, porque para su validacion era preciso que se hiciese antes del matrimonio, lo qual corrigió y amplió permitiendo que se haga y aumente constante él, al modo que la dote (6), como dexo explicado) ó la donacion por causa de la dote de la muger, ú otro en su nombre hace al marido para mantener las cargas matrimoniales (7), la qual no puede rebocar-

(1) Leyes 2. 3. y 4. ff. de Revocand. donat. (2) Ley Si donationem 5. Cod. de Revocand. donat. (3) Ley Sicun. initio 5. Cod. de Obligationib. ley Perfecta donatio, Cod. de Donation. quæ sub modo, y ley 2. Cod. de Revocand. donation. (4) Ley final Cod. de Pact. al fin. Salg. labir. part. 2. c. 9. n. 73. Roxas Almans. de Incompat. disp. 1. quæst. 10. n. 8. (5) Ley fin. §. 1. Cod. de Legib. ley Hæredes palam. 21. ff. Qui testament. facere pos. ley Ex facto 43. ff. de Vulgar. & pupillar. substit. Roxas ibi n. 24. y sig. (6) §. Est & aliud genus, Instit. hoc tit. y ley ult. Cod. de Donat. ante nupt. (7) Ley Pro oneribus 20. Cod. de Jure dot.

se durante el matrimonio, á menos que el marido venga á estado de pobreza por su culpa, ó se le confisquen sus bienes (1): ó la remuneratoria, que es la que se hace en recompensa de beneficio recibido, por lo que es irrevocable (2): ó la que se hace con tal modo, ley y condicion, que no verificándose, puede revocarla el donante (3); ó la que se hace hasta cierto tiempo, la qual vale (4), porque el dominio de las cosas se puede transferir á algun sugeto por tiempo determinado, y cumplido éste, á otro ú otros, á voluntad del donante, y por consiguiente en las donaciones se pueden hacer substitutions y revocaciones como en los testamentos, é imponer las condiciones posibles y honestas que quiera el donante (5), las quales aunque sean irrevocablemente hechas, y aceptadas por el donatario, podrá despues el donante quitarlas ó reformarlas, porque esto no es revocacion sino manifestacion de su mayor liberalidad, y aficion al donatario, con el fin de hacer de mejor condicion el beneficio. No sucede así en las donaciones perfectas, pues una vez hechas irrevocables, no se puede imponer condicion alguna.

4 El efecto de la donacion entre vivos perfecta, es quedar obligado el donante á entregar al donatario la cosa donada, si éste acepta la donacion, aunque sea verbalmente hecha, para lo qual tiene accion contra él; pero no obstante, si tarda en entregársela, no por eso deberá pagar sus frutos, ni usuras, pues de lo contrario le será demasiado gravosa su liberalidad (6). Y sin embargo de que por derecho antiguo debia intervenir precisamente tradicion de la cosa donada para que la donacion se perfeccionase, cuyo acto era el único medio, y modo natural de adquirir el donatario su dominio por no ser suficiente su consentimiento (7); hoy nada de esto es necesario aunque sea entre ausentes, y no intervenga per-

(1) Leyes Si constante 24. y Si marito 31. ff. Solut. matrim. y leyes 1. tit. 9. P. 3. y 29. tit. 11. P. 4. (2) Leyes Aquilus 27. y Si pater. 34. ff. de Donat. (3) Veanse las cinco leyes Cod. de Donat. quæ sub modo. (4) Leyes 2. y 3. Cod. de Donationib. quæ sub modo. Y ley fin. Cod. de Legata. (5) Leyes 1. y 2. Cod. de Donation. leyes Si rerum 2. y Quoties 3. Cod. de Donationib. quæ sub modo; y ley Ut hæredibus, ff. de Legat. 2. Herm. en la ley 7. tit. 4. P. 5. gios. 1. n. 1. y 4. (6) Leyes fin. Cod. de Revocand. donat. Si quis argentum 35. Cod. de Donat. y 9. §. 1. 12. 22. y 23. ff. de Donat. (7) §§. Per traditionem 40. Instit. de Rer. divis. y Aliæ autem 2. Instit. hoc. tit.

sona que por el donatario la acepte, ni carta, pues basta que manifieste su voluntad y consentimiento de qualquiera suerte para su perfeccion, sin que haya tradicion de la cosa donada, ni el donatario estipule que se le ha de entregar, porque en qualquiera manera que parezca que uno quiso obligarse á otro, queda obligado, segun lo manda la ley Real (1); y así lo que antes de la promesa fué voluntario en el donante, se hace coactivo, forzoso y obligatorio despues de hecha, y puede ser compelido á cumplirla, si el donatario la acepta: lo mismo milita en todos los contratos innominados, pues no pueden rescindirse, ni los contrayentes arrepentirse (2).

5 Conviene las donaciones entre vivos, y por causa de muerte, en razon de ser donaciones ambas, y en que por medio de ellas recibe beneficio el donatario. Se diferencian en tres cosas. La primera, en que la perfecta entre vivos con sola la voluntad del donante manifestada, y el consentimiento y aceptacion del donatario se hace irrevocable, á menos que intervenga causa grave legal que lo impida, porque en el mismo instante que la acepta, adquiere derecho á la cosa donada, y se le transfiere su dominio, lo que no sucede en la que se hace por causa de muerte, porque para que ésta sea efectiva, es preciso que se confirme con la muerte del donante, pues hasta entonces puede revocarla, y si la revoca, vuelve á él la cosa donada, y le compete su reivindicacion con frutos. La segunda, en que la donacion por causa de muerte se frustra y revoca tácitamente si el donatario muere antes que el donante, y así la cosa donada no pasa á sus herederos, porque no adquirió dominio en ella. Esta donacion se gradúa por las reglas de los legados, por ser de la misma naturaleza y calidad, y convenir con ellos, como diré en el num. 40, mediante que el donante quiso beneficiar á su donatario despues de su muerte, y no al heredero de éste (3); lo que sucede al contrario en la donacion entre vivos. Y la tercera, en que para que la donacion entre vivos, que excede de 500 mrs. de

(1) Ley 1. t. 1. l. 10. N. R. Gomez lib. 2. Var. cap. 4. n. 2. & ib. Ayllon núm. 3 (2) Ley Sicut, Cod. de Actionib. & obligationib. Herm. en la ley 61. tit. 5. P. 5. n. 1. (3) §. 1. Instit. de Donation. ley Si mortis causa res donat. 29. y ley Illud 37. ff. de Mortis causa donat. Gom. ibi n. 19. 20. 21.

oro sea válida en el todo, se requiere insinuacion, la que no es necesaria en la que se hace por causa de muerte (1).

6 Tambien conviene la donacion con la cesion, en que por ambas recibe beneficio aquel á cuyo favor se hacen; y se diferencian, en que para que la cesion sea válida, se requiere causa cierta, y para la donacion ninguna mas se necesita, que la libre y espontanea voluntad y liberalidad humana, con la qual queda perfecta, por lo que dice la ley 1. tit. 4. Part. 5. y su Proemio: que la donacion es bien hecho, que nace de nobleza y bondad de corazon, y una gracia y amor que usan los hombres entre sí, porque el que dá, se queda sin lo suyo, por beneficiar á otro. Asimismo se diferencia del legado, acerca de lo qual vease á Gom. lib. 2. Var. cap. 4. n. 5. Se diferencia igualmente del Precario, pues aunque éste es una especie de liberalidad, y por consiguiente un contrato gratuito, el que da en precario, es para volver á recibir lo que dió, y disolver y revocar la donacion parcial siempre que quiera. Precario es aquello que á deprecacion ó súplica de alguno le concede su dueño para que lo use todo el tiempo que éste quiera. En la donacion sucede al contrario, porque el que la hace, es para no recibir jamas lo que dió (2). Tambien se diferencia el precario del comodato, acerca de lo qual, y de otras especies concernientes véase á Ferraris Biblioth. verb. Præcarium; pues por no importar al Escribano saberlas, omito su explicacion.

7 El que tiene potestad de tratar y contratar, puede hacer la donacion con tradicion de la cosa donada, ó sin tradicion, ó para tiempo determinado, estando presentes, ó ausentes donante ó donatario, y la cosa que se dona (3); y puramente, ó calificando la donacion con pactos que la restrinjan ó amplien, é imponiendo al tiempo de hacerla al donatario, y á la cosa donada los gravámenes, y honestas condiciones que licitamente pueda cumplir (4). Si la donacion es graciosa, no necesita el donante obligarse á la

(1) Leyes fin. Cod. de Revocand. donat. y de Donat. causa mortis, y 9. t. 4. Part. 5. §. 1. Inst. de Donat. Ferrar. Biblioth. verb. Donat. art. 1. n. 19. 20 y 21. (2) Ley 1. ff. de Præcario cap. Præcarium, de præcariis. (3) Leyes 1. 4. y 11. t. 4. P. 5. 10. t. 12. lib. 3. del Fuero Real, y 1. t. 7. l. 10. N. R. (4) Leyes 4. y 6. tit. 4. P. 5. y In re mandata 21. Cod. Mandati. Ferr. en el lugar citado, art. 2.

evicción, y saneamiento de lo que dona, sino quiere; pero siendo remuneratoria, debe hacerlo á menos que se estipule lo contrario, ó que haya de tener efecto despues de su muerte.

8 La ley 69. de Toro, que es la 2. t. 7. l. 10. N. R. dice: Ninguno puede hacer donacion de todos sus bienes, aunque la haga solo de los presentes. La razón de esta prohibicion es porque ademas de quedarse el donante sin lo necesario para su manutencion, se priva del derecho de testar y se puede dar ocasion al donatario para que maquine la muerte del donante con el fin de apoderarse prontamente de sus bienes. Fuera de esto y ademas del perjuicio que se causa á las costumbres, no conviene en el orden público que los hombres sean pródigos de sus bienes. Esta prohibicion tiene lugar aunque la donacion sea recíproca entre dos, ó mas personas, insinuada y jurada, porque viene á ser, y se estima por pacto de sucedendo, que por derecho está prohibido, como explicaré en el n. 33. Lo mismo procede con la simulada, ó hecha en fraude de la ley, pues no la da vigor la insinuacion, ni el juramento. Pero si el donante se reserva para sí por toda su vida el usufruto de sus bienes, y los suficientes de que poder testar libremente, y el usufruto es competente para su manutencion, será válida (1); y tambien, si el donatario se obliga á mantener al donante mientras viva, enterrarlo segun su calidad, y cumplir lo que disponga en su testamento.

9 La donacion limitada puede estenderse hasta 500 maravedises de oro, ó exceder de ellos. Si no excede, no necesita ser insinuada; pero excediendo, es preciso que se insinue, y manifieste al Juez mayor del lugar en que se hace, que por tal es conocido hoy el Corregidor, ó Alcalde Mayor del Pueblo, por no haber en los lugares otros mayores que estos, y si es Aldea, debe manifestarse al de la cabeza de ella, que es donde reside regularmente el Corregidor, á fin de que la apruebe, y á ella interponga su judicial autoridad, sin cuyo requisito es nula, como se prueba de la ley 9. tit. 4. Part. 5. que dice: Pero si quisiere dar á otro ome, ó á otro lugar, pue-

(1) Gom. en la ley 69. de Toro, n. 3. Gutierrez de Juram. confirm. part. 1. cap. 11. y 57. n. 18. Covar. lib. 3. Var. cap. 12. & in rubric. testam. part. 2. n. sig. Mat. en la ley 8. tit. 10. lib. 5. R. glos. unic. Larrea decís. 66. n. 36.

delo facer sin carta fasta 500 meravedis de oro: mas si quisiere facer donacion de lo que es sobredicho en esta ley, lo que fuere dado de mas; non valdria, fueras ende si lo ficiese con carta, é con sabiduria del mayor Juzgador de aquel logar, do ficiese la donacion. La razón de esta prohibicion es, porque conviene al Estado que sus individuos no usen pródigamente de su hacienda, ni se empobrezcan; y para que las donaciones tan excesivas se hagan con mayor deliberacion y conocimiento, y se eviten fraudes. Lo qual procede tambien en la liberacion, y remision del débito por via de donacion, en el caso que exceda de dicha suma, aunque provenga de diversas causas, y se haga á muchos deudores; pero si la donacion es jurada, vale sin insinuacion (1); y para ésta pueden acudir donante y donatario, aunque sean Eclesiásticos, al Juez Real, porque como es acto que no requiere formal conocimiento de causa, tiene jurisdiccion para ello, bien que el donante es el que debe pedirla, y no otro (2); y asi puede en ellas dar poder al donatario para que la insinue en su nombre, si no quiere practicarla por sí mismo. Si el Escribano es Juez, puede ser insinuada ante él la donacion que autorizó como Escribano, porque en él pueden concurrir las dos personalidades, y usar de ambas, pero no si el Juez es el donante ó donatario (3).

10 Y aunque algunos afirman que no es necesaria la aprobacion judicial, y que basta la insinuacion hecha en la misma Escritura ante Escribano como persona pública, poniendo en ella esta cláusula: *T. consiente el otorgante que esta donacion se insinue para su mayor estabilidad ante Juez competente con arreglo á la ley; y para que no sea necesaria dicha solemnidad que renuncia, la insinúa, y ha por legitimamente insinuada ante mí como persona pública, y quiere que tenga la misma fuerza, que si se insinuara en forma legal, &c.* no me con-

(1) Gutierr. de Jurament. confirm. part. 1. cap. 7. n. 2. y repet. leg. Nemo potest, ff. de Legat. 1. n. 340. y sig. Gom. lib. 2. Variar. cap. 4. num. 6. al 9. Matienz. en la ley 7. tit. 10. lib. 5. R. glos. 6. Herm. en la ley 9. tit. 4. P. 5. glos. 15. n. 5. al 8. (2) Bald. in leg. In hac, Cod. de Donation. Matienz. en la 7. tit. 6. lib. 5. R. glos. fin. n. ultim. (3) Bald. in leg. Jubemus, §. Sane, si hac, Cod. de Sacrosanct. Eccles. Matienz. en la ley tit. 10. lib. 5. R. glos. 6. n. 3. Herm. en la ley 9. tit. 4. P. 5. glos. 16. n. 5. y 6.

formo con su dictámen, porque la ley concede únicamente esta facultad al Juez Mayor, y no á otro inferior, ni al Escribano como tal, segun se evidencia de su contexto; por cuya razon ignoro los fundamentos en que la apoyan, queriendo hacer legitima costumbre una corruptela por algunos introducida, y no por todos observada, mayormente diciendo la ley que la donacion no vale sin dicho requisito. No me persuado que sea éste uno de los casos en que dicen es ley y regla el apartarse de la regla, y de la ley; y mas siendo infructuosa la renunciacion de la insinuacion. Lo primero, porque no es acto del donante, sino del donatario, en cuyo beneficio privativo cede. Lo segundo, porque las leyes que prescriben por forma alguna solemnidad para la validacion de los actos humanos, no pueden ser renunciadas. Lo tercero, porque á todos está prohibido alterar lo dispuesto por derecho; y lo quarto, porque de esta renunciacion se presume fraude y colusion, pues con la facilidad que qualquiera poco cauto puede ser dolosamente inducido para donar, lo puede ser para renunciar la insinuacion, y así aunque el donante mande que la cláusula se ordene en estos términos: *Y si esta donacion excediere de los 500 maravedises de oro que la ley permite donar sin insinuacion, quiero y mando que quantas veces exceda, tantas se tenga el exceso por nueva donacion, pues para su mayor estabilidad renuncio la ley 9. tit. 4. Part. 5. á fin de que jamas sea necesaria la insinuacion que previene*, no valdrá la donacion en el exceso, sino se insinúa, y antes bien se limitará á los 500 maravedises, en los que será estable y válida (1), porque en las cosas divisibles no se vicia lo util por lo inutil (2); pero si fuere jurada la renunciacion y donacion, quedará firme (3); y el que reclame la donacion debe justificar el defecto de la insinuacion (4).

11 Sobre el valor de los 500 maravedises de oro hay diversas opiniones, porque cada uno ajustó la cuenta segun el que tenia en su tiempo la moneda corriente, y todos dixeron bien, y una misma cosa en la substancia; en cuya inteligen-

(1) Ley 9. tit. 4. P. 5. Gom. lib. 2. Variar. cap. 4. n. 7. y 8. & ibi. Ayllon. n. 8. Guier. de Joram. confirm. part. 1. cap. 7. (2) Regla 37. jur. in 6. (3) Cap. Cum contingat. 28. de Jurejurand. (4) Luca Donation. discours. 2. ex n. 14.

cia la cuenta que me parece debe ajustarse hoy, es ésta. Cada maravedi de oro de aquellos valia lo que un castellano (1), que fué moneda de oro de estos Reynos, y entraban 50 en un marco de ocho onzas (2), y si actualmente los hubiera, valdria cada uno 1740 maravedis de vellon, y quatro quintos de otro, porque en el siglo 15 valia un escudo sencillo 400 maravedis, y el castellano 544; con que valiendo hoy el mismo escudo 1280 maravedises, que son 37 reales y 22 maravedises, corresponden al castellano los 1740 y 4 quintos; y los 500 maravedises de oro compondrán 25600 reales de vellon. Si se consideran sueldos de oro, y cada sueldo de 485 ó 500 maravedises de vellon del valor actual, ascenderán á 250000 maravedises, que hacen 7352 reales y 32 maravedises de la propia especie: y porque todo es opinable, convendria que el Príncipe lo declarase, para evitar dudas por la alteracion que hubo en la moneda despues de la creacion de la ley de Partida.

12 No necesita ser insinuada la donacion antidotal, ó remuneratoria, porque ésta no es propiamente donacion, sino compensacion de méritos hechos, ó beneficio recibido, ó satisfaccion, y paga de lo que se debe, ni la del tercio, y remanente del quinto hecha á los legítimos descendientes, porque pende de la muerte del Testador, el saber si excederá, ó no de los 500 maravedises de oro (3); y así es superflua la cláusula de insinuacion que algunos suelen poner en estas donaciones, sin saber por qué, y nada mas que por haberlo visto á otros ignorantes, ni la que el Emperador, ó Rey hacen, ó les hacen, aunque exceda de dichos 500 maravedises, ni la que se hace á alguno para reparar su casa deborada, y consumida por incendio, ó ruina, ni para redimir cautivos, ni á obra pia, y lugar religioso, bien que acerca de esta se duda; ni á muger menor antes de casarse por razon de dote, si está destituida del auxilio paterno (4); ni

(1) Greg. Lop. en la ley 9. tit. 4. P. 5. n. 14. Covar. de Vet. n. cap. 6. n. 4. Escobar computat. 1. n. 16. y sig. y computat. 25. (2) Ley 2. t. 10. l. 9. N. R. y nota 2. de la ley 14. D. t. (3) Matienz. en la ley 7. tit. 6. lib. 5. R. glos. 3. n. 2. (4) Leyes 9. tit. 4. P. 5. 18. de Toro: 6. tit. 5. lib. 3. del Fuero Real penult. Cod. de Donat. Aquilius 27. y penult. §. Si quis, ff. eod. tit. y Minoribus 17. Cod. de Donat. ante nupt.

la renunciacion de las futuras sucesiones, y derechos, pero sí la de los bienes adquiridos (1); ni la reciproca, ni otras que expresa *Hermosilla* en la glos. 15. de la ley 9. tit. 4. Partida 5. que se cita. Ni tampoco la de alguna, ó algunas fincas raices á renta vitalicia al riesgo de la vida del donante, de que para modelo estenderé la correspondiente escritura.

13 Es nula la donacion que el enfermo hace á su Confesor, ó á su Convento, deudo, ó Iglesia en su última enfermedad (2), como en el capítulo 1. dexo sentado. Tambien lo es la que se hace en fraude de no pechar, aunque no llegue á los 500 maravedises de oro, v. gr. á hijo Clérigo, teniendo otros legos (3); y así en la que se haga á Clérigo, Iglesia, Convento, Memoria pia, Capellanía, ó á alguno para ordenarse, convendrá añadir, y poner esta cláusula: *Cuya donacion le hace sin que por ella sea visto perjudicar, ni defraudar los derechos Reales, y demas cargas que pagarian los bienes en ella contenidos si los poseyera un lego, pues quedan ligados, y sujetos á todo en iguales términos indistinta y absolutamente para lo que ha de entenderse, y estimarse existir en poder de persona no esenta ni privilegiada.* Igualmente es nula la que el ascendiente hace á hija, ó nietas suyas por razon de dote, ó casamiento en contrato entre vivos con título de mejora, porque no pueden ser mejoradas por esta causa, como dexo expresado: y la de Villas, Castillos, Lugares, Tierras, Heredamientos, é islas de estos Reynos que se hace á Rey, Señor, ú otro extranjero (4).

14 No pueden hacer donacion entre vivos el menor de 25 años, ni el loco, fatuo, desmemoriado, ni pródigo declarado, ni vale la que estos hagan, aunque sí la que otro les hace. Tampoco es válida la que hace el que cometió crimen de lesa Magestad, ó para ello dió consejo, ó maquinó la muerte, mutilacion de miembro, ó lesion contra algun Consejero del Rey, ó division de su Reyno: ni el declarado en juicio por herege; pero si es acusado de otro delito, aunque por él deba morir, ó ser deportado, puede hacer dona-

(1) Dueñas regula 224. Limit. 14. Herm. en la ley 9. tit. 4. Part. 5. glos. 15. n. 17. Gom. lib. 2. Variar. cap. 4. n. 10. vers. Item etiam: & ibi. Ayllon, 11. (2) Ley 15. t. 20. l. 10. N. R. (3) Ley 3. t. 7. l. 10. N. R.

(4) Ley 7. t. 5. l. 3. N. R.

cion hasta el día que contra él se dé la sentencia, y no despues; y si la hace antes de cometerlo, valdrá, sin embargo de que luego le condenen (1).

15 Tampoco pueden hacerla el Arzobispo, y el Obispo de los bienes de la Iglesia, ni su Administrador, sino en los casos, y con los requisitos que se expresan en las doce leyes del tit. 14. Partid. 1. concordantes con el derecho canónico: ni el marido, y muger constante matrimonio, excepto que sea la que llaman remuneratoria, v. gr. marido viejo á muger pobre, moza, doncella, noble, ó hermosa; pero para que ésta sea válida, si el donante tiene ascendientes, ó descendientes, se ha de confirmar con su muerte, ó ser jurada, ó de las cosas que en el n. 21. y sig. se contendrán, y no exceder de lo que las leyes permiten (2); y dexo explicado en el capítulo 1. que es del tercio ó quinto, segun sea el heredero, porque esta remuneracion no es de las que obligan en conciencia, ni en justicia, y por lo mismo no debe perjudicar á los forzosos en su legítima.

16 El padre no puede hacer donacion al hijo que tiene en su poder, sino que sea Soldado, y le dé armas y caballo, ó le dedique á alguna ciencia, y le done los libros para estudiar, ó que sea jurada, ó por servicios que le haya hecho, pero éstos han de ser reales y verdaderos, y no de puro obsequio, pues en este caso se contempla remuneratoria (3): ó de lo que la ley (4) le permite, que es el tercio, y remanente del quinto. Pero es de advertir que hecha la donacion por el padre á su hijo, caduca esta regularmente hablando, si el padre le sobrevive (5); bien que si se la hizo por causa de matrimonio, y dexa hijos el donatario, se entienden llamados, pero no sus herederos estraños (6). En quanto á si la muger puede hacer donaciones constante matrimonio sin pecado, ni cargo de restitucion, véase á *Ferraris Biblioth.*

(1) Leyes 1. y 2. tit. 4. P. 5. y 5. tit. 12. lib. 3. del Fuero Real. Gom. lib. 2. Variar. cap. 4. n. 23. (2) Leyes 4. y 5. tit. 11. P. 4. Gom. en el cap. cit. Gutier. de Juram. confirm. part. 1. cap. 3. (3) Leyes 3. tit. 4. P. 5. y 2. Cod. de Donat. inof. Gutier. tit. cit. part. 1. cap. 4. y 5. Ferr. Biblioth. verb. Donatio, art. 2. n. 9. y 10. Gom. en la ley 17. de Toro, n. 4. (4) Ley 18. de Toro. (5) Trentacinq. Variat. lib. 3. Resolut. 6. n. 7. (6) Luca de Dote disc. 27. n. 19. y de Donationib. disc. 8. n. 27. y disc. 21. n. 4. Andreol. Controvers. 232.

verb. *Bona*, que trae siete casos, y otros en los cuales no puede, ni tampoco su marido sin su mutuo consentimiento.

17. El hijo que está baxo de la patria potestad, no puede hacer donacion sin licencia de su padre, á menos que tenga peculio, ó bienes castrenses, ó quasi castrenses, que entonces no la necesita; pero teniendo bienes profecticios, puede dar de ellos alguna cosa á su madre, hermana, sobrina, ú otro pariente con justa causa, ó al maestro que le enseña alguna ciencia el salario correspondiente sin el paternal permiso (1).

18. De tres maneras gana el donatario la posesion de la cosa donada. La primera, si el donante, ú otro en su nombre están apoderados de la cosa, mas no si de propia autoridad se entra en ella, ó la roba (2). La segunda, dándole posesion de ella, ó entregándole los títulos de su pertenencia, ó la escritura de donacion, aunque no se apodere materialmente de la cosa donada (3), por cuyos dos medios se constituye verdadera, efectiva, é irrevocable la donacion y liberalidad del donante (4), por ser mas firme lo que estriva y se apoya en la tradicion, que en la simple promesa (5), ó palabra. Y la tercera, conteniendo la escritura de donacion la cláusula de *Constituto*, que es decir el donante: *que desde allí en adelante posee la tal cosa en nombre del donatario; ó que se constituye por su inquilino, tenedor, y precario poseedor de la cosa donada en legal forma* (6); y por este medio se transfiere ficta y tácitamente la posesion en el donatario, pero para ganarla, ha de tenerla éste por sí mismo, ú otro en su nombre, y voluntad de ganarla (7).

19. Si se hace donacion al que está ausente, conviene se le entregue el título de la cosa donada, ó que luego la acepte, para que el donante no pueda revocarla, pues si no se le entrega, lo podrá hacer, como lo dice la ley 10. tit. 12. lib. 3.

(1) Ley 3. tit. 4. Part. 5. Ferrar. Biblioth. verb. *Donatio*, art. 1. n. 34. al 42. Matienz. en la ley 3. t. 8. l. 5. R. glos. 1. y 2. (2) Ley 10. tit. 30. P. 3. (3) Ley 8. tit. 30. P. 3. (4) Ley 1. & ibi glos. & Cin. Cod. de Pericul. & commod. Rei vendit. §. *Venditæ*, Institut. de Rer. division. y cap. *Cum Joannes*, de Fide instrum. (5) Ley *Divisionis placitum*, ff. de Pact. (6) Ley 9. tit. 30. P. 3. Gom. en la 17. de Toro, n. 25. y en la 45. n. 20. 32. y 45. (7) Ley 6. tit. 30. P. 6.

del Fuero Real, ibi: *Otrosí mandamos, que si alguno ficriere carta de donacion de sus cosas à otro, è la carta tuviere el que la fizo, è no la diere, puedagela toller si quisiere, è darla à otro, ó facer della lo que quisiere.* Y aunque segun la ley 1. t. 1. l. 10. N. R. en qualquier manera que parezca que uno quiso obligarse á otro, queda obligado, se duda entre los AA. si no habiendo sido aceptada la donacion, podrá ó no el donante revocarla, no obstante que sea jurada, y contenga la cláusula de *Constituto*, como lo advierte *Gutierr. repet. cap. Quambis, de Pactis num. 53. y sig.* Y para que por la ausencia y falta de aceptacion del donatario no pueda revocar el donante la donacion que le hace, y evitar dudas y disputas, se pondrá despues de las cláusulas que requiere para su estabilidad, y antes de la guarentigia la siguiente: *T mediante hallarse ausente el donatario, y no poder por esta razon aceptar la donacion que le hago, para que no pueda invalidarse, ni yo revocarla á pretexto de no haberla aceptado, pido al presente Escribano, que como persona constituida con autoridad pública y real, usando de la facultad que el derecho le franquea, la acepte en su nombre, pues desde ahora la doy por aceptada en solemne forma legal, á fin de que sea irrevocable en el todo, como si el mismo donatario la aceptára expresamente, y se le entregára el título de ella: quiero que nada de esto, ni otro acto, ni requisito sea necesario para su perpetua estabilidad, y renuncio la ley décima, título duodécimo, libro tercero del Fuero Real, que por la no entrega de la escritura de donacion me permite su revocacion, y demas que en el asunto versan, para no aprovecharme de su auxilio en manera alguna. E yo el infrascrito Escribano la acepto en forma legal por dicho donatario al efecto enunciado. T á haberla por firme obligo yo el otorgante mis bienes, raices, &c.* Con esta cláusula queda tan estable como si el donatario la aceptára por sí, porque los Jueces y Escribanos como personas con autoridad pública, pueden aceptar ó recibir promesas en nombre de otros, y los promitentes están obligados á cumplirlas, segun lo dispone la ley 7. tit. 11. Part. 5. ibi: *E aun decimos que los Juzgadores, è los Escribanos de Concejo pueden resebir promision en nome de otro::: y mas abaxo dice: Cá maguer ninguno destos sobre dichos en cuyo nome fuese resebida la promision, non estuviere*

delante quando la rescibió, vale la promision, é puedela aquel en cuyo nome fuese fecha, tambien como si él mismo la obiese recibido. Y aunque la ley inserta habla de los Escribanos de Concejo, ó Ayuntamiento, que son los que éste, ó el dueño jurisdiccional nombra, y eran los que quando la creacion de ella habia, deberá militar con superior razon lo propio con los demas públicos y Reales, porque tienen título Real, y pueden actuar en lo judicial, y en contratos y testamento, lo que no pueden hacer hoy como tales los de mero Ayuntamiento, así por carecer de autoridad y facultadas para ello, como porque no tienen título, ni aprobacion real, y son nada mas que unos Fieles de fechos, diputados únicamente para escribir y autorizar los acuerdos, y demas cosas tocantes al Concejo, y no para otra, y por lo mismo les está prohibido por las leyes del tit. 25. lib. 4. Recop. entender en actos judiciales, y autorizar escrituras si no tienen título y aprobacion Real. Lo tendrá presente el Escribano para poner la aceptacion con expresa anuencia del donante, y no de otro modo.

20 La donacion otorgada entre los esposos de futuro es válida, y se perfecciona luego que se entrega al donatario la posesion de la cosa donada. Esto se entiende aunque no se efectúe el matrimonio, si se pacta así entre ellos; y si no se pacta, con tal que tenga efecto, y no de otro modo (1); pero si estipulan que ha de ser efectiva quando se haya consumado, no valdrá, porque se prefiere para que llegue á perfeccionarse, un tiempo por derecho prohibido, y se estima como donacion entre marido y muger hecha constante matrimonio (2). Lo propio sucederá si el novio teniendo en su casa á la novia, se la hace ú ofrece en el mismo dia de la boda, mas no si ella está en la suya (3). Si se hace, ó promete por aumento de dote estando pobre el donatario, ó por causa remuneratoria entre los dos, valdrá, y no podrá revocarse por ingratitud de éste; pero para que no se entienda ser donacion simple, es preciso que se exprese la causa, y que ésta

(1) Leyes 1. ff. de Donat. inter víf. & uxor. y Cum veterum 15. Cod. de Donat. ante nup. (2) Ley Quod sponsæ. 4. Cod. de Donat. ante nupt. (3) Ley Cum in te 6. Cod. de Donat. ante nupt.

sea verdadera, previniendo que si entonces tienen hijos, se limitará al quinto, como si fuera hecha por testamento, pues los descendientes no deben ser gravados en su legítima, segun dexo sentado en el cap. 1.

21 Constante matrimonio suelen marido y muger hacerse donaciones entre vivos, y para que el Escribano se instruya de las que son, ó no válidas, y por qué causa, tengo por conveniente insertar las leyes 4. 5. y 6. tit. 11. Part. 4. que á la letra dicen así. Ley 4. Durando el matrimonio facen á las vegadas donaciones el marido á la muger, y ella al marido, non por razon de casamiento, mas por amor que han de consumir uno con otro; é tales donaciones como éstas son defendidas que las non fagan, porque non se engañen despojándose el uno al otro por amor que han de consumo, é porque el que fuese escaso, seria de mejor condicion, que el que es franco en dar; é por ende si las ficiere despues que el matrimonio es acabado, no deben valer, si el uno se ficiere por ello mas rico, é el otro mas pobre; fueras ende si aquel que ficiere tal donacion, nunca la revocase, nin la desficiere en su vida, cá entonces fincaria valledera. Mas si revocase la donacion en su vida el que la ficiere, diciendo señaladamente: tal donacion como ésta, que fice á mi muger, non quiero que valga; ó si callase, non diciendo nada, ó la diese despues á otro, ó la vendiese; ó si muriese aquel, que recibiera la donacion ante de aquel que la fizo, desatarse, y é por qualquier de estas razones la donacion primera. Pero si fuere venta, pueden hacersela, no interviniendo fraude, y causa de donacion, porque no hay peligro de que se despojen del mútuo amor, ni por este contrato se constituye el uno mas pobre, y el otro mas rico.

22 Ley 5. Casos y á, é razones, en que valdría el donatio que ficiere el marido á la muger, ó ella al marido durando el matrimonio é esto podria acaecer en dos maneras, la una es así como quando el que dá la donacion, no se face por ella mas pobre, ó aquel á quien la dá, se face por ella mas rico, é esto seria como si algun ome, ó muger ficiere su heredero algun ome casado, diciendo así: Yo fago mi heredero á tal ome (nombrándole señaladamente) é mando que quando él finare, que este heredamiento quel yo dó, finque á su muger; cá si el el marido della ante que entrase en tenencia de aquella heredad la diese á

su muger, valdria la donacion; é esto es porque non seria el por ende mas pobre, pues que non era aun en tenencia del heredamiento, é non se le mengua ninguna cosa del patrimonio que habia ante. Eso mismo seria si alguno en su testamento mandase al marido alguna cosa, asi como casa ó viña ó heredad en la manera sobredicha, é despues la diese á su muger antes que fuese apoderado della. Otro tal seria, si el marido diese á la muger alguna cosa que non fuese suya, cá valdria la donacion para poderla ganar la muger por tiempo. Eso mismo seria, cá valdria la donacion que fuese fecha en alguna otra manera semejante de éstas entre el marido, é la muger.

23 Ley 6. Empobreciendo el que ficiere la donacion por razon della, é non enriqueciendo mas por ella aquel á quien la diese, es la otra manera, de que ficimos emiente en la ley ante desta que valdria la donacion que ficiere el marido á la muger, ó el uno al otro, durando el matrimonio, é esto seria como si uno dixese al otro quel daba alguna sepultura suya en que se soterrase, ó la diese, ó comprase logar, en que la ficiere, ó diese heredad alguna, en que se ficiere alguna Iglesia, ó Monasterio, ó diese renta de alguna heredad, ó dineros, ó otro cosa, quel diese por luminaria á alguna Iglesia; tales donaciones como éstas, é otras semejantes dellas deben valer, porque aquel á quien las dán, no se aprovecha de ellas en su vida: Otrosí, porque son dadas en manera que se torna en servicio de Dios (1). Otras donaciones se hacen marido y muger constante matrimonio que son válidas, de las quales trata Ferraris ina Biblioth. verb. Donatio, num. 14. al 26. y refiere trece casos, que el aplicado podrá ver en él.

24 La donacion para entre vivos, que por su naturaleza es irrevocable, puede revocarse por las siguientes causas. La primera, por haber deshonrado de palabra el donatario al donante. La segunda, por haber acusado de delito, porque merezca pena de muerte, mutilacion de miembro; perdimiento de todos, ó la mayor parte de sus bienes, ó ser desterrado. La tercera, por haber puesto en él sus manos ayradas para

(1) Vease á Gutier. de Juram. confirm. p. 1. c. 3. á Montalvo en la ley 3. tit. 12. lib. 3. del Fuero Real, y á Fer. Biblioth. verb. Donatio art. 2. n. 14. y sig.

herirle; ó matarle. Y la quarta, por haberle hecho grave daño en sus bienes, ó maquinado su lesion, ó muerte. Por estas causas, como efectos de la ingratitud, puede el donante revocar la donacion perfecta; pero para que valga la revocacion, es preciso que las declare, y pruebe en juicio, y no haciendolo, no se revocará, ni sus herederos podrán querellarse del donatario por esta razon. Por las mismas puede el padre revocar la que haga á su hijo; pero si su madre se la hace, y muerto su padre, vuelve á casarse, solo podrá revocarla por tres, que son: haber puesto en ella las manos ayradas, intentado su muerte, ó malbaratado todos, ó la mayor parte de sus bienes (1). Tambien podrá el donante revocarla, por no cumplir el donatario con la contribucion de los alimentos pactados en la escritura de donacion, ó el modo y condicion puestos en ésta, y por otras causas semejantes, si son probadas (2). Pero el ingrato hace suyos los frutos percibidos antes de la revocacion por su buena fé, y por haber sido válida en su principio la donacion, y solo deberá restituir los que despues de la contestacion se devenguen, acerca de lo qual vease á Herm. en la ley 10. tit. 4. Part. 5. glos. 8. n. 20. y á los que cita.

25 Pero si el donante se obliga con juramento á no revocarla por ellas, será firme é irrevocable, porque puede renunciar todo lo que está establecido en su beneficio (3); y la cláusula se ordena en estos términos: *T baxo de juramento que hago por Dios nuestro Señor, y una señal de Cruz tal como esta, me obligo á no revocar esta donacion por causa alguna de las que presinen la ley 10. tit. 4. Partid. 5. y otras del mismo título; ni reclamarla total ni parcialmente, ni alegar excepcion que me sea propicia, ni tampoco pedir relaxacion de este juramento á quien pueda concedermela, y si lo intentare, no solo quiero no ser oido judicial ni extrajudicialmente, sino antes bien condenado en costas, habido por perjuero, como tal casti-*

(1) Leyes 10. tit. 1. P. 5. 1. tit. 7. l. 10. N. R. y 1. y fin. Cod. de Revocand. donat. Auth. Quod mater, Cod. eod. tit. y cap. Propter 10. de Donat. Gom. lib. 2. Variar. c. 4. n. 11. Gutier. de Juram. confirm. part. 1. c. 10. Fer. Biblioth. verb. Donatio, art. 3. (2) Leyes 5. 6. y 7. tit. 4. P. 5. y 1. Cod. de Donat. quæ sub modo. (3) Ley Si quis in conscribendo 29. Cod. de Pactis.

gado, y que con todo eso se lleve á debido efecto esta donacion en todas sus partes, á cuyo fin la formalizo con nuevos juramentos, vínculos y firmezas, añadiendo fuerza á fuerza, y contrato á contrato, y renunció las citadas leyes, para no aprovecharme de ellas en manera alguna.

26 Ordenada de esta suerte, quedará irrevocable, pues aunque la ley 67. tit. 18. Partid. 3. prescribe el modo de estender la donacion en estos términos: *Et otorgó éste que fizo el donadio, poderio al otro, á quien lo dió, de entrar la tenencia de esta casa por sí mismo quando él quisiese sin otorgamiento de Juez, é de otro como qualquier, é sobre todo esto prometió que esta donacion que le fizo, que siempre la habia por firme, é que nunca iria contra ella en ninguna manera, é señaladamente que nunca la revocaria diciendo que aquel á quien la ficiera, que gela non agradeciera, é fuera desconociente, faciendo contra él alguna de aquellas cosas que dicen las leyes deste nuestro libro porque pueden ser revocadas las donaciones, así como se muestra en el título que habla de ellas.* Se ha dudado entre sus Expositores sobre la inteligencia de ella, porque algunos afirman que fué ordenada con atencion al comun estilo que tenían entonces los Escribanos de estender las donaciones sin que los donantes interviniesen en sus cláusulas, y que por lo mismo no ha de surtir efecto, pues la impericia de aquellos en la formacion de algunas cláusulas no puede dar vigor á los contratos, por ser irritantes como estendidas por quien ignora su naturaleza, y otros dicen que dicha legal disposicion debe observarse, porque en las leyes nada hay supérfluo (1). Para evitar quëstiones, la ocasion de delinquir á los donatarios, y que sean ingratos á sus bienhechores, aconsejo al Escribano que no ponga la cláusula con juramento, y renunciacion de las leyes que contiene, sin que el donante bien cerciorado previamente de las causas por qué pueden ser revocadas las donaciones perfectas se lo mande, dando en este caso fé de haberselo mandado, y especificando las mismas causas en la escritura, para que no se

(1) Cov. de Testam. cap. 7. n. 31. Molin. de Hisp. primog. lib. 1. c. 9. Gom. lib. 2. Variar. c. 4. n. 14. Gutier de Juram. confirmat. part. 1. cap. 10.

dude de haberle cerciorado de ellas, pues el ingrato es indigno de que se busquen arbitrios para beneficiarlo, por ser la ingratitud uno de los pecados mas abominables á los Divinos ojos. El Escribano no debe poner en los instrumentos cláusulas, ni obligaciones que los otorgantes ignoran, sin instruirlos primero de sus efectos con pureza, é imparcialidad.

27 La potestad de revocar la donacion por ingratitud compete al donante solo contra el donatorio, y no se transfere á los herederos de aquel contra éste, ni contra los suyos (1). La razon es, porque la accion de hacer la revocacion, es personal, y como tal toca al donante por la injuria que le irrogó el donatario por cuya causa se extingue con la muerte de los dos (2). Esto se limita en quatro casos, el primero, quando el donante se quejó de la ingratitud, ó se preparó para la revocacion, ó viniendo á mover el pleyto para que se declarase ésta, se murió; bien que la quexa debe ser judicial, pues no basta la verbal. El segundo quando por el pacto puesto en la donacion, ó por otro motivo se revocaria esta por derecho. El tercero, quando el donante ignoró la injuria, ó aunque la supó, no tuvo tiempo competente para revocar la donacion, ó usar de su derecho. Y el quarto, en la donacion revocable, pues al instante que el donatario fué ingrato, se revocó por el mismo hecho (3). Pero la de revocarla por inoficiosidad corresponde no solo á los hijos, y descendientes legítimos, sino tambien á sus padres, y demas ascendientes, quando sus descendientes por no tenerlos hacen donaciones tan excesivas que disminuyen lo que con arreglo á derecho deben dexarles (4); y la razon es, porque la querella de donacion inoficiosa fué establecida á la similitud de la de inoficioso testamento (5), y esta compete á los ascendientes legítimos igualmente que á los descendientes (6). Se advierte que el que alega la ingratitud, de-

(1) Cap. Propter 10. de donatio. ley His solis 7. vers. Actionem vero, Cod. de Revocand. donation. (2) Ley Injuriarum 13. ff. de Injuriis. ley Sancimus, Cod. de pœnis, y ley unic. Cod. Ex delicto defuncti, y dicha ley His solis, y vers. Actionem. (3) Hermosill. en la ley 10. tit. 4. P. 5. glos. 8. n. 2. al 7. y otros que cita Ferrar, Biblioth. verb. Donatio, art. 3. n. 14. y 15. (4) Ley Si filius 4. Cod. de Inoficios. donat. (5) Ley ultim. Cod. eod. tit. (6) Ley Nam et si 15. ff. de Inoficios. testament. Ferrar. Biblioth. verb. Donatio, art. 3. n. 25. al 28.

be probarla como fundamento de su intencion, al modo que el que alega otro hecho (1); cuya prueba ha de ser plena por testigos, pues no se defiende en el juramento supletorio del donante, á menos que así se pacte entre las partes (2). En quanto á si antes de moverse el pleyto sobre la ingratitud, enagenare la cosa donada el donatario, podrá revocarla el donante y sacarla al tercero poseedor, ó si el donatario la hipotecare, se resolverá la hipoteca, y la recuperará libre de ésta el donante, véase á *Hermosill. en la ley 10. tit. 4. Part. 5. glos. 8.* en donde lo trata, y otras especies útiles.

28 Aunque la donacion entre vivos graciosa no se revoque expresamente, se entiende revocada en tres casos. El primero, quando el que tiene descendientes legítimos, hace á un extraño donacion inmensa que toque á la legítima de estos, pues se revocará en todo, menos en el remanente del quinto. El segundo, si tiene un hijo solo, y le hace donacion inoficiosa, (que es la que excede al tercio, quinto, y legítima) y despues le nacen otros, pues se revocará en el exceso, aunque donante renuncie las leyes que prohiben gravar en mas á los legítimos descendientes, de que traté latamente en el cap. 1. Y el tercero, quando el que no tiene hijos, dona á un extraño todos, ó la mayor parte de sus bienes, y despues le nacen (3), pues no es creible, ni justo, que quiera preferir los extraños á su legítima posteridad, y así no debe valer en cosa alguna; pero si la cosa donada no es propiedad, sino fruto de alhaja, raiz, ó renta anua, se duda si será ó no válida, y me parece que no, porque aunque no es propiedad, impide el incremento de ésta, y por consiguiente de la legítima de los hijos, sobre lo qual véase al *Señor Gregorio Lopez en la ley 8. tit. 4. Partid. 5. glos. 12. versic. Et. an ista prohibitio quod parentes non donent::: bien que si despues de nacidos no la reclama en algun tiempo, y el donatario le pide la renta vencida hasta el dia en que la*

(1) *Leyes Quoties 1. El incumbit 2. Quoties 18. §. Qui dolo; y Verius esse 21. ff. de Probation.* (2) *Hermosill. en dicha ley 10. y glos. 8 n. penult. y fin. Ferrar. lbi n. 12.* (3) *Leyes 8 tit. 4. P. 5. 4. al fin. tit. 15. P. 6. Si unquam Cod. de Revocand. donant. y l. 5. y 7. Cod. de Inofficis. donat. Gutier. de Juram. confirm. part. 1. cap. 9. Gom. lib. 2. Variar. cap. 4. n. 11. 12. y 13. Covar. de Matrim. part. 2. cap. 8. §. 4.*

demanda, deberá pagarsela, porque es visto haber querido donarsela despues que nacieron, y privarse de su goce, pues no le está prohibido hacer una donacion moderada á quien quiera, así como habia de gastarlo en otra cosa por diversion y recreo; y si pretende luego su revocacion, empezará á ser ineficaz desde entonces, y no excediendo del quinto no se revocará, ni tampoco si es donacion remuneratoria, aunque exceda en algo.

29 Para que en el último caso no se revoque totalmente la donacion por la supernascencia de los hijos, y valga en lo de que el ascendiente puede testar en su perjuicio, se ordenará la cláusula de irrevocacion en esta forma: *T me obligo á no revocar total, ni parcialmente esta donacion, y si lo hiciere, no valga, sin embargo de que alegue que quando la formalicé, tuve esperanza de tener hijos, ó exponga otra excepcion legítima, pues por el mismo caso quiero, y consiento no ser oido, ni admitido judicial, ni extrajudicialmente, y que sea visto aprobarla, y ratificarla con todos los requisitos que conduzcan á su mayor estabilidad, para que sea válida, perfecta, é irrevocable en todo lo que por derecho haya lugar, á cuyo fin renuncio la ley 8. tit. 4. Part. 5. y pido á qualquier señor Juez, ante quien se presente, supla como doy por suplido todo lo que le falta, é interponga á ella su autoridad en legal forma.*

30 Puede revocar el donante la donacion que hizo á alguno con la condicion de que éste despues de su muerte sea obligado á restituir á otro la cosa donada, y valdrá la revocacion, excepto en trece casos que recopila *Hermosilla en la ley 7. tit. 4. Partid. 5. glos. 4. per tot. y son.* El primero, quando el substituto presenció la donacion, ó la consintió y aceptó. El segundo, quando fué hecha en favor de los sucesores del primer donatario, pues por la aceptacion de éste adquirieron derecho á ella. El tercero, si el donante hizo la promesa en favor de tercero, y éste la aceptó. El cuarto, quando prometió no revocarla por favor del segundo donatario, ó substituto. El quinto, quando juró no hacer la revocacion. El sexto, quando en nombre del substituto la aceptó el Escribano, ante quien se otorgó. El séptimo, quando la cosa no está íntegra. El octavo quando el

donante se muere antes que el substituto la acepte, pues el heredero de aquel no puede revocarla. El nono, quando llegó el tiempo pactado para satisfacer el gravamen impuesto á favor del mismo tercero, ó substituto, pues entonces no vale la revocacion. El décimo, si éste es infante al tiempo que se le hace la donacion. El undécimo, quando ésta fué hecha por vía de mayorazgo para que existiese perpetuamente en la familia, y el primer llamado la aceptó. El duodécimo, en la mejora hecha al hijo con la condicion de que si muere sin ellos, pase á otros que llama el donante, pues aunque el hijo consienta la revocacion, no puede hacerla el donante en perjuicio de los llamados. Y el decimotercio, quando el modo y la condicion fué puesto en favor del heredero. En estos trece casos no puede revocar la donacion, y con ellos se concilian las dos opiniones diametralmente opuestas sobre si puede ó no hacer su revocacion.

31 Algunas donaciones hay, que no pueden ser revocadas por causa de ingratitud; y son. La remuneratoria, porque ésta no es propiamente donacion, sino compensacion de méritos, como dexó expuesto. La que obliga á disponer de la persona, porque es causa onerosa, y la donacion propia debe ser meramente liberal. La que se hace por razon de dote, pues aun quando los novios sean ingratos despues de contraer matrimonio, no puede revocarse (1). La que se hace por cierta causa, v. gr. el padre á su hijo para que se ordene, y otras que trae *Hermosilla* en la ley 10. tit. 4. Partid. 5. glos. 1. á quien, y á los que cita puede ver el aplicado.

32 Tampoco se pueden revocar, ni invalidar (regularmente hablando) las donaciones, herencias, ni legados que se hacen, y dexan á la Iglesia, Monasterio, Congregacion, Memoria, ó á otro lugar, ó cosa pia, porque se contemplan hechas á Dios que no es, ni puede ser ingrato, aunque su Prelado, Cabildo y Monasterio, ó su Administrador lo sean (2). Dixe (*regularmente hablando*) porque á veces los

(1) Ferrar. Biblioth. Donat. art. 3. n. 16. y 18. (2) Arg. regl. 76. jur. in 6. Jul. Clar. §. Donatio, quæst. 21. n. 5. Barbosa. in cap. Propter, de Donacion, art. 3. n. 17.

donantes y testadores las hacen para fundaciones, construcciones de fábricas de Iglesias y Conventos, y para otros fines piadosos, y luego suele cesar la causa final porque se hicieron, ya por extincion del Cuerpo, Congregacion, Cofradía ó Comunidad, ya por prohibir su execucion el Gobierno, ya por no ser necesario emplear lo donado, ó legado en el destino para que se donó, ó legó, y ya por otros motivos; y otras veces suelen dexar cierta renta fixa para hacer alguna obra en el Convento ó Iglesia ó concluir la, y mandan que acabada que sea, pase la renta con los bienes que la producen, á persona determinada, y por tener pretexto para percibirla siempre, jamas se concluye la obra, cuyo detestable efugio sugiere la codicia á fin de lucrarse en detrimento de tercero contra la voluntad del donante. En estos casos, y otros semejantes se duda si las donaciones, herencias y legados se invalidarán y resolverán en el todo, y los bienes donados harán reversion al donante, ó á quien éste mande. Y para no dar lugar á los pleytos, y dudas que suelen suscitarse, y á las decisiones arbitrarias que muchas veces se dan en ellos por falta de explicacion clara de la voluntad de los donantes y testadores, y de prevencion de lo que puede ocurrir á causa de ignorarlo éstos, y los que estienden las donaciones y cláusulas de los legados; digo que de estas donaciones y legados hay tres clases. La primera es, quando se hacen simplemente sin imponer al donatario ó legatario carga, modo, ni condicion, en cuyo caso éstos adquieren libre, pleno y perfecto dominio en las cosas donadas ó legadas, por lo que aun quando cesen, y se extinga la Iglesia, Comunidad ó lugar pio á quien se donaron ó legaron, no se anulan ni resuelven, antes bien como bienes puramente eclesiásticos quedan á la disposicion del Papa, ó de los Ordinarios para disponer de ellos y aplicarlos á otros fines piadosos y útiles á la causa pública (1). La segunda es, quando el donante impone al donatario alguna carga, ó modo que ha de cumplir en lo sucesivo, v. gr. de alimentarle, ó de practicar anualmente otra cosa. En este caso sin embargo de que en las donaciones que se hacen á personas privadas es voluntaria, y

(1) Inocen. in cap. Cum super de causa possession. et propriet. n. 3. Fagnan. in cap. Relatum, n. 37. Ne Clerici, vel Monachi.

culpable la falta de cumplimiento, y por esta razon se resuelven y anulan en el todo, pues en la donacion en poco ó nada se diferencia el modo de la condicion (1), ó á lo menos hay causa justa para revocarla, no obstante, si las que se hacen á la Iglesia, ó á otro lugar, ó causa pia, carecen de pacto resolutivo expreso; no se anularán, ni revocarán por el defecto de cumplimiento; y la razon es, porque como el donativo es incapaz de cometer delito, á causa de vivir baxo la direcion y manejo de su Prelado, ó Administrador, no le debe irrogar perjuicio la culpa, ó negligencia de estos; y así se debe tratar solamente del cumplimiento de la carga, ó modo impuesto, y no de la revocacion, ó resolucion de la donacion (2). La tercera clase es la que contiene cierta causa final, baxo de la qual, y no en otra está concebida, y se distingue de dos maneras. La una es la que incluye condicion resolativa expresa, v. gr. la que se hace á cierto Convento construido, ó que se haya de construir, con la de que: *faltando los Religiosos de él, han de volver los bienes al donante, ó á la persona que señala.* En este caso si la falta de los Religiosos, ú otra condicion puesta en la donacion proviene de hecho voluntario y culpable de ellos mismos, se resuelve y anula ésta, porque falta la voluntad del donante, y este defecto no puede suplirse con el pretexto de que interviene el favor de la causa pia, porque ni la Iglesia, ni otro alguno deben tener lo ageno contra la voluntad de su dueño. Pero si dimana de precepto del Soberano, que por justas causas útiles al Estado suprime un Convento, Iglesia ú Congregacion, como sucedió con los Jesuitas y con otras Ordenes Monasticas, y confraternidades que nos recuerdan las historias, no se resolverá la donacion, á menos que contenga este pacto específico y expreso, y la cláusula se ordenará de esta suerte: *En el caso de que los Religiosos falten de dicho Convento, ya sea por voluntad suya, ó por la de sus Superiores, ó porque el Papa, el Príncipe, ó el Ordinario Diocesano, ú otro en su nombre lo supriman por necesidad, ó por utilidad del Estado, ó por su mera voluntad, aunque ellos no den el mas leve motivo para*

(1) Ley 1. Cod. de Donation. quæ sub modo, ley fin. Cod. de Revocand. donat. y ley 6. tit. 4. P. 5. (2) Roxas decis. 37. n. fin. Card. de Luca, de donat. lib. 7. discurs. 12. n. 3. y 4.

la supresion, extincion, ocupacion ó confiscacion de sus bienes, ó por otra causa (sea lo que fuere indistintamente): Mando que los bienes donados vuelvan íntegros y sin gravamen, con todo lo en ellos aumentado y mejorado, á mí, y despues de mis dias á mi casa y mayorazgo (ó á quien señala) con el que se incorporen, como desde ahora los doy por unidos é incorporados en él con sus mejoras y aumentos; pues prohibo absolutamente que los puedan vender, gravar, enagenar, ni trocar por otros con ningun pretexto sin excepcion: que se las dé otro destino y aplicacion, y que recaigan en la Corona, Iglesia ó en otro Convento, Comunidad, parte, ó persona con título de agregacion, reunion, ni otro. Quiero que esta donacion se entienda hecha por via de limosna limitada y temporal, y haber cesado y espirado ocho dias antes de la falta de los Religiosos, y supresion, como puramente interina y voluntaria, á cuyo efecto la revoco y anulo desde ahora para entonces, y reservo en mí el pleno dominio de los bienes en ella contenidos, para que jamas sea estimado el Convento por dueño propietario, sino por mero usufructuario y precario poseedor de ellos, que por tal le constituyo, y ha de ser tenido. Y prohibo igualmente toda dispensacion y commutacion, interpretacion, declaracion y tergiversacion de esta mi expresa y deliberada voluntad, á fin de que se observe literal y específicamente en todas sus partes, y el uso de la dispensacion, aunque se obtenga; pues á saber que se habia de interpretar, dispensar y declarar, ó que habian de faltar los Religiosos, ó suceder la supresion y extincion de su Convento, y la ocupacion de sus bienes por qualquiera acaso, ni aun por via de limosna les haria esta donacion. Y mando asimismo que de esta escritura se saque una copia, la qual se una á la de fundacion del mayorazgo, y que ademas se ponga en ésta nota de ella, para que si se pierde, se pueda sacar otra, y llegado al caso, reivindicar dichos bienes. Con este pacto resolutivo harán revesion al donante los bienes donados, ó pasarán á quien disponga, y no recaerán en la Corona, ni en el Príncipe, ni se podrá usar, ni disponer lícitamente de ellos; pues el dominio y posesion se pueden transferir con condicion, como dice el derecho (1),

(1) Ley penult. §. fin. ff. de Contrahend. emptio. ley Ea quæ 20. ff. de Præcar. ley Servi 16. ff. de Pericul. et commod. Rei vendit. y ley Qui 3. Cod. de Pact. inter emptor. et venditor.

y el donante imponer al donatario en la donacion, y en la cosa legada los pactos posibles y honestos que quiera. Lo propio militarà quando el donante prefine el parage ó sitio en que se ha de construir el Convento, si la escritura se ordenare con el pacto resolutivo siguiente: *Cuya cantidad dono, ó lego para que con ella se construya precisamente en tal parage, ó sitio el citado Convento, y mando que si se edificare en otro, ó si el Príncipe, el Pueblo, Cabildo, ó alguna otra persona particular diere á los Religiosos casa en que vivan, y la aceptaren, ó aunque se edifique en el citado sitio, si el Convento, ó la Religion se extinguiere ó suprimiere despues en qualquier tiempo con motivo, ó sin él, sea nula, y se estime no hecha esta donacion, y que sin el menor decremento, ni desfalco, ni necesidad de requerimiento ni otra diligencia judicial ni extrajudicial vuelvan la cantidad, ó bienes donados á mí, ó pasen á mis herederos (ó á quien disponga), á cuyo fin me reservo su dominio y propiedad para mí, y para los que llamo á su goze. Prohibo absolutamente que se empleen en otro destino, aunque sea mas pio y útil, y toda dispensacion y conmutacion hecha llanamente, ó por via de declaracion é interpretacion, ó en otra forma, y el uso de ella sin embargo de que sea concedida de motu proprio, y plenitud de potestad, ó en otros términos, y se inserte en ella esta cláusula; y que los Religiosos, ú otro se puedan quedar con el todo, ó parte de dichos bienes, no obstante que pretexten que no tienen culpa, ó que se ven obligados del Superior á admitir la casa, ó á mudar el sitio del Convento por mas saludable, ó por su inmediacion al Pueblo para mayor comodidad, y mas pronta administracion del pasto espiritual; ó que el dueño del terreno no se lo quiera vender; ó que esta prohibicion es impuesta por via de modo, y causa impulsiva, y no final, ni como condicion coactiva; ó que el que les dió la casa, se la pueda quitar; ó que necesitan lo donado, para con su importe ensanchar, alargar, mejorar ó reparar la casa; ó que la donacion es hecha á Dios, que no es ni puede ser ingrato; ó aleguen otras causas y razones poderosas y ciertas, ó usen de los esugios sofisticos y maliciosos que suele sugerir la refinada, hidrópica, é insaciable codicia para interpretar y tergiversar mi voluntad, eludir esta prohibicion, y utilizarse total, ó parcialmente de los bienes donados; pues por ningun motivo sin excepcion han de poder retenerlos, venderlos,*

gravarlos, trocarlos, ni enagenarlos, antes si ser reputados como meros usufrutuarios temporales, precarios poseedores, que por tales los constituyo, y compelidos á devolverlos incontinenti, y emplearse indispensablemente en los fines relacionados; y si se resistieren á su devolucion y entrega, ser condenados no solo á su restitution, sino á la de sus frutos é intereses, desde el dia en que se verifique la aceptacion de la casa, ó Convento, ó mutacion del sitio, extincion y supresion de la Religion, ó Convento, sin desfalco, y asimismo en las costas, daños y perjuicios que se irroguen á la parte á quien los dexo aplicados, como temerarios litigantes, que quieren retener lo ageno contra la voluntad de su dueño, y lucrarse en detrimento de tercero, en vez de restituirselo sin dar lugar á ser interpelados judicial ni extrajudicialmente, pues á ocurrirme este futuro evento, ó saber que no habian de cumplir en forma especifica mi voluntad, ni por imaginacion les haria esta donacion. Sobre lo que encargo seria y estrechamente la conciencia, y hago responsables en ambos fueros á los Señores Jueces, ante quienes en virtud de esta cláusula se intente la reivindicacion de los bienes donados, para que declaren con arreglo á lo literal y expreso de ella, y ejecuten inviolablemente su contexto sin la mas leve alteracion.

Lo mismo sucederá quando se hace donacion de alguna renta para construir Iglesia ó Convento hasta que se concluya, si prefine el término en que se ha de concluir, prohibe su percibo, pasado que sea, y toda prorogacion y ampliacion, ya esté ó no concluida dentro de él, y manda que al instante que espire cese la renta, y sea visto haberla dexado hasta aquel tiempo, y no mas, privándolo de toda accion á continuar desde entonces en su percibo &c. y con otros pactos resolutivos expresos, porque versa la razon expuesta. La otra manera es, quando la donacion contiene condicion suspensiva, que tiene su tendencia al futuro cumplimiento de la causa final, v. gr. quando se hace á una Religion para construir un Monasterio en el que habiten los Religiosos en lo sucesivo; en cuyo caso sin embargo de parecer que no verificándose por culpa de los Religiosos el cumplimiento de la causa por qué se hace, que es su habitacion, se debe revocar la donacion, porque falta en el todo la voluntad de donar, sin la qual no puede adquirir ni rete-

ner los bienes el Monasterio (1), no se revocará, ni resolverá, porque se presume puesto el cumplimiento por vía de modo, ó causa impulsiva mas que final. Pero si el donante añade el pacto y condicion siguiente: *Cuya donacion hago con la expresa calidad y condicion de que si no lo habitaren los Religiosos, ya sea por su culpa, ó por la de su Prelado mediato ó inmediato; ó por incendiarse ó arruinarse, y no reedificarlo por falta de caudal, ó por otra causa dentro del preciso y perentorio término de tantos años siguientes á la ruina ó incendio que les presino, ó por suprimirlo, ó por agregar el Príncipe, ú otra persona sus rentas á otro Monasterio, aun quando no den el mas leve motivo á la supresion, agregacion, ruina, ni incendio, ó por otra causa, sea la que fuere, sin excepcion ni limitacion, han de volver integros, é ilesos, sin el menor decremento ni gravamen los bienes en ella comprehendidos á mi casa y mayorazgo (ó á quien diga) en el que desde ahora para quando llegue el caso, los incorporo, y no recaer en la Corona; ni en la Iglesia, ni agregarse á otro Convento de la misma, ni de otra Religion, ni á otra Comunidad, ni persona eclesiástica ni secular, ni tampoco á obra pública ni privada, tanto ó mas pia y útil, con título de subrogacion, ó reunion, ó de mantener los Religiosos, ó de ser mas necesaria, útil, ó piadosa la obra, ó cosa á que se apliquen, ni con otro motivo, sea el que fuere sin reservacion, pues lo prohibo expresa y absolutamente, y toda commutacion y dispensacion de esta mi voluntad, y el uso de ella si se impetráre, aunque se conceda con vista é insercion de esta cláusula, y de cierta ciencia, motu proprio, y poder absoluto, como tambien el que los puedan vender, trocar, gravar y enagenar, antes si se ha de cumplir y executar inviolable, exácta y literalmente lo que dexo ordenado, sin interpretarlo, declararlo, ni tergiversarlo, y entenderse como lo confieso, que á saber que los Religiosos no lo habian de habitar perpetuamente sin intermision, que es la causa final, no se los donaria, y que esta donacion desde el instante en que dexaron su habitacion, se anuló y quedó ineficaz, como desde ahora para entonces la constituyo tal. T quiero, y mando que los bienes en ella contenidos pasen sin el menor decremento, desfalco, ni gravamen al citado mi mayorazgo: que si los Religio-*

(1) Canonistæ in cap. Verum, de Condition. apposit.

sos los vendieren, trocaren, enagenaren, hipotecaren, acensuaren ó gravaren, ó parte de ellos, sea nulo todo, y no se transfiera derecho alguno á tercero, y que no los retengan ni un momento, ni su Religion, ni otra Comunidad ni persona, con ningun pretexto, á cuyo efecto los constituyo meros usufrutuarios, y precarios poseedores, y me reservo para mí, y para los que dexo llamados á su goce, el pleno dominio, y propiedad de todos; y si transpasaren este precepto y prohibicion, sean condenados á la íntegra restitucion de sus frutos, y rentas vencidas desde el dia de su transgresion, ó de la falta de habitacion, y en las costas y daños que ocasionen al poseedor del mayorazgo á que dichos bienes han de hacer reversion, y agregarse; y como injustos detentadores de lo ageno contra la voluntad de su dueño, y destituidos de toda accion para pretender el todo ni parte de ellos, y ampliacion ó prorogacion del término que dexo presnido para reedificar el Convento, y para eximirse de la restitucion de sus frutos, sin que sea necesario interpelarlos para hacerla, no sean oidos, ni admitidos judicial ni extrajudicialmente, pues desde ahora los privo y excluyo de todas quantas intenten contra esta expresa prohibicion que hago de retencion, subrogacion, enagenacion, reunion, agregacion, gravamen y empleo de dichos bienes, y sus frutos en otro destino que el referido, y de ampliacion ó prorogacion de los tantos años mencionados, aunque sea por via de equidad para la reedificacion, á fin de que jamas les sufraguen. T á efecto de que la persona á quien han de volver los bienes donados, pueda reivindicarlos, y por ignorancia de esta condicion no dexa de usar de su derecho, se ponga copia legalizada de esta escritura con la de fundacion del mayorazgo, y en ésta se note y prevenga por si se pierde, á fin de que se pueda sacar otra. Entonces como su voluntad está clara, y no da margen, ni fomento á congeturas, ni interpretaciones siniestras, no se considera el no cumplimiento como delito productivo de pena, ó caducidad, sino como condicion coactiva, baxo de la qual, y no de otra suerte quiso el donante hacer la donacion, ó legado, por lo que se resolverá, y los bienes en ella comprehendidos harán regreso, ó reversion á él, ó pasarán á quien mandó que pasasen. Todo lo qual tendrá presente el Escribano, y lo advertirá á los donantes y testadores, y precedida su indispensa-

ble instruccion y anuencia, ligará las donaciones y legados, de modo que se eviten decisiones tal vez diametralmente opuestas á su voluntad, teniendo á la vista las cláusulas anteriores que puse por modelo, y discurrendo y adelantando quanto mas pueda, y no alcancé yo, en las que estienda, para la mayor claridad y firmeza de aquellas; pues no hay duda que muchos á prevenir lo que habia de suceder, no las harian, y si fuera posible preguntarles, responderian todo lo contrario á lo que por presunciones y congeturas, las mas veces infundadas y falaces, suele determinarse en juicio contencioso, lo qual es muy doloroso, y se debe precaver. El que quiera instruirse de la materia de donaciones entre vivos, vea á *Hermosilla* en las leyes 1. hasta la 10. del tit. 4. Part. 5. que recopila muchísimas especies útiles, y dignas de saberse.

33 La ley 33. tit. 11. Part. 5. cuyas palabras son las siguientes: *Pleyto, è promision haciendo dos omes entre sí: que qualquiera dellos, que muriese primero que el otro que fincase, que heredase todo lo suyo: tal pleyto, nin tal promision decimos que non debe valer, porque ninguno dellos non haya ocasion de se trabajar de muerte del otro por razon de heredar lo suyo: y otras leyes del derecho comun (1) reprueban el contrato con pacto, ó promesa de suceder una persona á otra, ó dos entre sí, que llaman en latin pacto ad invicem succedendo, así entre marido, y muger, como entre otros, el que se ordena de esta suerte: Otorgan, pactan, y se convienen en que si el citado Pedro muriere antes que Juan, le ha de suceder éste, y no otro, y heredar todos los bienes, muebles, raices, derechos, y acciones que actualmente tiene, y entonces le correspondan; y por consiguiente si el enunciado Juan falleciere antes, le ha de suceder, y heredar en igual conformidad el referido Pedro; y ambos se obligan reciprocamente á no disponer cosa contraria á este pacto por última disposicion, ni por contrato entre vivos, y si lo hicieren, no valga, pues desde ahora lo dan por irrito, y de ningun valor ni efecto, porque solo este pacto, y mutuo convenio se ha de observar inviolablemente, y no otro, aunque sea solemnizado con juramento, á cuyo fin*

(1) Leyes Pactum 15. Licet 19. y fin Cod. de Pactis, y Hæreditas 5. Cod. de Pact. conven. Gom. en la 22. de Toro n. 18.

renuncian la ley 33. tit. 11. Part. 5. y demas que lo prohiben. El motivo de la prohibicion es evitar que alguno de ellos maquine la muerte del otro, y porque por este pacto se priva el hombre de la facultad de testar libremente, la qual es de derecho público, como dexo expuesto en el capítulo 1. Por estas y otras razones que recopila *Montalvo* en la ley 6. tit. 6. lib. 3. del Fuero Real verb. *Sean desheredados*, no debe valer el pacto contra ley y buenas costumbres, aunque se ligue con juramento, segun lo dicen la ley 6. Cod. de Pactis, ibi: *Pacta, quæ contra leges, constitutionesque, vel contra bonos mores fiunt, nullam vim habere indubitati juris est.* Y otros textos (1). Este pacto solo se permite á los Soldados, que están en campaña para entrar en alguna funcion, y no tienen herederos forzosos, pues si alguno de ellos muere en la batalla le heredará el otro, y tambien aunque no muera, si no lo revoca; mas si lo revoca, valdrá la revocacion. Tampoco vale el contrato con pacto de futura successione certo modo dividenda, que es de dividir la herencia que se espera de cierta y determinada persona aunque se autorice con juramento, porque militan las mismas razones (2); pero siendo de persona incierta, es válido (3). Del pacto de non succedendo, ó renuncia de legítimas, y futuras sucesiones trataré en el capítulo siguiente.

34 Pero la hermandad y comunicacion de bienes, ó por otro nombre el testamento recíproco, ó ad invicem succedendo, de que trata la ley 9. tit. 6. lib. 3. del Fuero Real, es válido si no se revoca, en dos casos. El primero en defecto de legítimos ascendientes, y descendientes, y de hijos adoptivos, ó arrogados (4); y el segundo no maquinando el supertite la muerte del otro, porque en el primero si tiene herederos forzosos, solo valdrá en el tercio, ú quinto, segun sean éstos, y en el segundo verificada, y probada la muerte, pier-

(1) Cap. Non est obligatorium, de Regul. jur. lib. 6. cap. 1. & per tot. caus. 22. quæst. 4. cap. Si diligenti, de Foro compet. Gom. ibi. n. 17. (2) Ley fin. Cod. de Pact. Gom. ibi. n. 30. (3) Ley 3. §. De illo, ff. Pro socio. Gom. ibi. num. 31. vers. Limita tamen: (4) *Montalvo* en ella glos. 1. y 2.

de el que sobrevive por el mismo hecho la herencia, como dexo explicado en el capítulo 1. y así se practica entre casados, aunque no haya pasado el año desde su casamiento, como dicha ley dispone, y entre otras personas, porque no es irrevocable como el pacto *de succedendo*, por lo que qualquiera de ellos lo puede revocar como última voluntad, quando quiera.

35 La escritura de donacion entre vivos graciosa, y perfecta requiere las siguientes cláusulas. La primera, que se exprese quién dona, á quién, y la cosa donada con todas sus señales, de modo que no se dude de ella, y si tiene cargas, se especificarán. La segunda, que el donante se desista, y á sus herederos y sucesores del dominio, propiedad, posesion, y otro qualquier derecho que á ella tenga, y lo ceda enteramente en el donatario, y en los suyos. La tercera, que les confiera poder irrevocable con libre, franca, y general administracion para aposeionarse de la cosa donada sin su intervencion, usar, y disponer de ella á su arbitrio como de cosa suya adquirida con legítimo título, y en el ínterin se constituya por su inquilino, y precario poseedor, y asimismo para insinuarla ante Juez competente en caso que exceda de los 500 maravedises de oro, y le entregue los títulos de pertenencia, y la escritura de donacion. Pero es de notar que por estas cláusulas no es visto vincular el donante la cosa donada, ni prohibir al donatario el libre uso de ella, sino solamente transferirle, y á sus herederos, y sucesores su pleno dominio en concepto de libre, para la vinculacion son necesarias cláusulas claras, y expresas con la prohibicion de enagenacion, y con imposicion de gravámen, y llamamiento de los sucesores. La quarta, que declare que le quedan bienes suficientes para su decente manutencion, y que por lo mismo no necesita de la cosa donada. La quinta, que se obligue á no revocar la donacion con ningun motivo, ni pretexto, y si quisiere, constituirá esta obligacion con juramento para su mayor estabilidad, pero no pondrá en ella el Escribano la obligacion á la eviccion, de la cosa donada, ya sea pia, ó profana la donacion, excepto que el donante se lo mande expresamente, porque éste no está obligado á ella, ni debe ser reconvenido en mas de su posibilidad, ni serle

nociva su liberalidad (1). La sexta, que el donatario si está presente, acepte la donacion, para que el donante no pueda retratarse y se obligue á cumplir las cargas, y condiciones justas que éste le imponga, y las que tenga la cosa donada, y si no está presente, que pida el donante al Escribano la acepte por él, y éste lo haga en los términos expuestos en el num. 19. con lo que queda firme. Y la septima es la *guarentigia* con la sumision á las Justicias, y renunciacion de leyes que otro qualquier instrumento. Si la donacion fuere remuneratoria, se añadirá á las cláusulas referidas la de eviccion, en el caso que el donante quiera obligarse á ella, y no de otra suerte.

§. II.

Donacion por causa de muerte.

36 La donacion por causa de muerte es la que el hombre, ó muger estando enfermos, ó sanos, hacen por temor de la muerte, ó con peligro muy grave, presente, ó futuro de los que dexo expresados en el num. 1. Puede hacerla el que es capaz de testar aunque esté baxo de la patria potestad (2) no solo de los bienes presentes, sino de los futuros, y valdrá hasta en lo que permiten las leyes (3); á diferencia de la donacion entre vivos que está prohibida hasta de los presentes, como dexo espuesto. Donar se puede tambien por temor de la muerte de otro, con la condicion de que si éste fallece perciba el donatario la cosa donada, y si no, que no tenga accion á pedirla (4). El que puede ser legatario puede ser donatario (5), ya esté presente ó ausente quando se le hace la donacion.

37 La donacion por causa de muerte es de tres especies,

(1) Ley Aristo, §. fin. ff. de Donation. ley Ad res donatas, ff. de *Ædilit. edict. Gom. lib. 2. Variar. cap. 2. n. 35. & ibi. Ayll. n. 36.*
 (2) Leyes fin. tit. 4. P. 5. y 1. 3. y 35. ff. de Mortis causa donat. Matienzo en la ley 7. t. 10. lib. 5. R. glos. 1. n. 34. (3) Glos. verb. *Accomodaverit*, & ibi Bart. Bald. & alii in leg. fin. Cod. de Pact. Boet. decis. 353. Parlador. lib. 2. cap. 8. n. 3. y 4. (4) Ley Mortis causa 18. ff. Hoc tit. (5) Ley Omnibus 9. ff. Hoc tit. Hermosilla en la ley 11. t. 4. P. 5. glos. 6. y 7. num. 2.

de el que sobrevive por el mismo hecho la herencia, como dexo explicado en el capítulo 1. y así se practica entre casados, aunque no haya pasado el año desde su casamiento, como dicha ley dispone, y entre otras personas, porque no es irrevocable como el pacto *de succedendo*, por lo que qualquiera de ellos lo puede revocar como última voluntad, quando quiera.

35 La escritura de donacion entre vivos graciosa, y perfecta requiere las siguientes cláusulas. La primera, que se exprese quién dona, á quién, y la cosa donada con todas sus señales, de modo que no se dude de ella, y si tiene cargas, se especificarán. La segunda, que el donante se desista, y á sus herederos y sucesores del dominio, propiedad, posesion, y otro qualquier derecho que á ella tenga, y lo ceda enteramente en el donatario, y en los suyos. La tercera, que les confiera poder irrevocable con libre, franca, y general administracion para aposeionarse de la cosa donada sin su intervencion, usar, y disponer de ella á su arbitrio como de cosa suya adquirida con legítimo título, y en el ínterin se constituya por su inquilino, y precario poseedor, y asimismo para insinuarla ante Juez competente en caso que exceda de los 500 maravedises de oro, y le entregue los títulos de pertenencia, y la escritura de donacion. Pero es de notar que por estas cláusulas no es visto vincular el donante la cosa donada, ni prohibir al donatario el libre uso de ella, sino solamente transferirle, y á sus herederos, y sucesores su pleno dominio en concepto de libre, para la vinculacion son necesarias cláusulas claras, y expresas con la prohibicion de enagenacion, y con imposicion de gravámen, y llamamiento de los sucesores. La quarta, que declare que le quedan bienes suficientes para su decente manutencion, y que por lo mismo no necesita de la cosa donada. La quinta, que se obligue á no revocar la donacion con ningun motivo, ni pretexto, y si quisiere, constituirá esta obligacion con juramento para su mayor estabilidad, pero no pondrá en ella el Escribano la obligacion á la eviccion, de la cosa donada, ya sea pia, ó profana la donacion, excepto que el donante se lo mande expresamente, porque éste no está obligado á ella, ni debe ser reconvenido en mas de su posibilidad, ni serle

nociva su liberalidad (1). La sexta, que el donatario si está presente, acepte la donacion, para que el donante no pueda retratarse y se obligue á cumplir las cargas, y condiciones justas que éste le imponga, y las que tenga la cosa donada, y si no está presente, que pida el donante al Escribano la acepte por él, y éste lo haga en los términos expuestos en el num. 19. con lo que queda firme. Y la septima es la guarantigia con la sumision á las Justicias, y renunciacion de leyes que otro qualquier instrumento. Si la donacion fuere remuneratoria, se añadirá á las cláusulas referidas la de eviccion, en el caso que el donante quiera obligarse á ella, y no de otra suerte.

§. II.

Donacion por causa de muerte.

36 La donacion por causa de muerte es la que el hombre, ó muger estando enfermos, ó sanos, hacen por temor de la muerte, ó con peligro muy grave, presente, ó futuro de los que dexo expresados en el num. 1. Puede hacerla el que es capaz de testar aunque esté baxo de la patria potestad (2) no solo de los bienes presentes, sino de los futuros, y valdrá hasta en lo que permiten las leyes (3); á diferencia de la donacion entre vivos que está prohibida hasta de los presentes, como dexo espuesto. Donar se puede tambien por temor de la muerte de otro, con la condicion de que si éste fallece perciba el donatario la cosa donada, y si no, que no tenga accion á pedirla (4). El que puede ser legatario puede ser donatario (5), ya esté presente ó ausente quando se le hace la donacion.

37 La donacion por causa de muerte es de tres especies,

(1) Ley Aristo, §. fin. ff. de Donation. ley Ad res donatas, ff. de Ædilit. edict. Gom. lib. 2. Variar. cap. 2. n. 35. & ibi. Ayll. n. 36. (2) Leyes fin. tit. 4. P. 5. y 1. 3. y 35. ff. de Mortis causa donat. Matienzo en la ley 7. t. 10. lib. 5. R. glos. 1. n. 34. (3) Glos. verb. Accomodaverit, & ibi Bart. Bald. & alii in leg. fin. Cod. de Pact. Boet. decis. 353. Parlador. lib. 2. cap. 8. n. 3. y 4. (4) Ley Mortis causa 18. ff. Hoc tit. (5) Ley Omnibus 9. ff. Hoc tit. Hermosilla en la ley 11. t. 4. P. 5. glos. 6. y 7. num. 2.

ó puede hacerse de tres maneras. La primera, quando el donante no tiene peligro de muerte, sino solamente temor de ella. La segunda, quando conmovido de él, la hace para que la cosa donada pase inmediatamente al donatario, y jamás deba restituírsela, aunque el donante convalezca, y revoque la donacion. Y la tercera, quando impelido del referido temor la hace para que no pase al instante, sino despues de su muerte, ó que no vuelva á él, á menos que el donatario muera primero (1). Para la percepcion de la cosa donada, se ha de mirar la capacidad del donatario al tiempo de la muerte del donante, y no quando éste le hizo la donacion (2).

38 Es válida la donacion por causa de muerte entre marido, y muger, entregándose al donatario la cosa donada, y se confirma con la muerte del donante, si durante su vida no la revoca (3), pues tiene facultad de hacerlo quando quiera, ó darla á otro, porque la muerte es la que dá el ser, no la voluntad del donante; lo que sucede al contrario en la donacion entre vivos que al instante vale, siendo simple, y pura.

39 La muger casada parece que sin licencia de su marido no podrá hacer esta donacion, á menos que sea entregando incontinenti, ó antes de su fallecimiento al donatario la posesion de la cosa donada como dexosentado en el capítulo 1; pero sobre ello hay variedad de opiniones, porque esta donacion en quanto á su forma, solemnidad, y ordenacion se equipará á contrato, y respecto de su confirmacion, y efecto á última voluntad; pero la opinion afirmativa es la segura, y la de que podrá revocar la donacion sin dicha licencia, como dice *Hermosilla* en la ley 11. tit. 4. *Partid.* 5. glos. 1. num. 3. al 5. La misma variedad hay en quanto á si el menor que tiene curador, podrá hacerla sin licencia de éste (4).

40 Conviene la donacion por causa de muerte con el le-

(1) Leyes *Julianus* 2. y *Si alienam* 13. §. 1. y su glos mag. ff. *Hoc tit.* (2) Leyes *In mortis causa* 22. y *Mortis causa* 34. ff. *Hoc tit.* (3) Leyes 9. §. fin. 10. y 11. ff. de *Donat. inter vir. & uxor.* y *Si mortis causa* 40. y penult. ff. *Hoc tit.* Si *Covar. de Testam. tertia pars*, rubrica num. 3. y sigüent. (4) *Gom. lib. 2. Variar. cap. 4. n. 16.* *Gutier. de Joram. confirm. part. 1. cap. 13. Matienz. en la ley 2. tit. 3. lib. 5. R. glos. 1. n. 2. vers. Donare autem causa mortis.*

gado en que en el donatario se transfiera el dominio de la cosa donada luego que el donante fallece, sin necesidad de tradicion, y si éste se la entrega, se le transfiera al instante: en que en ella ha lugar el derecho de acrecer, y la caucion *Muciana* como en los legados: en que de ella se detrae la quarta falcidia, y se repele la condicion imposible: en que se revoca por la enagenacion voluntaria de la cosa donada: y en otras varias cosas que trae *Matienzo* en la ley 7. tit. 10. lib. 5. *Recop. glos. 2. num. 40. al 50.* y omito por no importar al Escribano. Debe otorgarse segun el derecho de las Partidas ante cinco testigos (1), pero algunos AA. (2) afirman que en su otorgamiento ha de intervenir la solemnidad que en el del testamento nuncupativo prescribe la ley 4. t. 18. l. 10. *N. R.* inserta en el capítulo 1. porque surte los efectos de última voluntad, y como tal es revocable por su naturaleza hasta la muerte, por cuya razon bastarán tres testigos vecinos con Escribano, cinco que no lo sean, y me conformo con su dictámen.

41 Espira, y se revoca la donacion por causa de muerte por tres causas que expresa la ley final tit. 4. P. 5. en esta forma: : *E decimos que la donacion, que ome face de su voluntad estando enfermo, teniéndose de la muerte, ó de otro peligro, que vale; pero tal donacion como esta puede ser revocada en tres maneras: la primera es si se muere ante aquel á quien es fecha, que el otro que la hizo. La segunda, si aquel que la hizo, guarece de aquella enfermedad, ó estuerce de aquel peligro porque se movia á hacer la donacion. La tercera es, si se arrepiente ante que muera, con cuya ley concuerda la 6. tit. 12. lib. 3. del Fuero Real.* En la revocacion que se hace por esta última causa bastarán tres testigos para acreditarla, pues se revoca por el hecho mismo de arrepentirse de ella; bien que si interviniere cinco, no dañarán. Pero se previene que una vez revocada la donacion, debe restituir el donatario no solo los frutos pendientes, sino los percibidos desde que le hizo, aunque se le haya entregado en-

(1) Leyes fin. tit. 4. P. 5. y 105. al fin tit. 18. P. 3. (2) Ley ult. al fin. *Cod. de Donat. causa mortis.* *Matienzo* en la 1. tit. 4. lib. 5. *R. glos. 2. n. 2. Gom. lib. 2. Variar. cap. 4. n. 16. vers. Unum tamen est. Hermosilla. en dicha ley 11. tit. 4. y glos. 6. y 7. n. 4.*

tonces la cosa donada (1), porque no es contrato válido; ni perfecto hasta que con la muerte del donante se confirma, como mas latamente explicaré en el cap. 2. lib. 2. de mi segunda parte adicionada, lo qual no sucede en la donacion pura entre vivos, ni en otros que al instante valen, por lo que no hay obligacion de restituir los frutos percibidos antes de su revocacion (2). En quanto á si se revocará el testamento que hace el que está en peligro inminente de muerte, en caso de convalecer de la enfermedad, al modo que la donacion por causa de muerte, véase á Gomez en la ley 3. de Toro, núm. final, que defiende que no se revoca por la convalecencia, sino lo revoca por otro motivo, y asi se observa.

42 Sin embargo de lo dispuesto por las leyes citadas en el número inmediato, será irrevocable la donacion por causa de muerte, si la cláusula de irrevocacion se ordena en esta forma: *T para la mayor estabilidad de esta donacion me obligo, y juro por Dios nuestro Señor, y una señal de cruz como esta ☩, que no la revocaré por instrumento entre vivos, ni por causa de muerte, aunque concurren todas las causas que prefiere la ley final del tit. 4. Partid. 5. y demas que versan en el asunto: que con pretexto de ser formalizada por temor de la muerte, no me opondré á su tenor, ni alegaré excepcion que me sea propicia, porque la ordeno de mi libre y espontanea voluntad: y que contra ella no tengo hecha, ni haré protesta, ni reclamacion, y si algo de lo expuesto practicáre, á mas de ser nulo, por lo mismo sea esta donacion tan firme como si fuese hecha entre vivos con todas las cláusulas por derecho necesarias para su subsistencia, que doy aquí por expresadas literalmente; á cuyo fin la apruebo y ratifico, añadiendo fuerza á fuerza, y contrato á contrato: E igualmente juro que no pediré relaxacion de este juramento, &c.* Con esta cláusula valdrá en todo aquello de que por derecho puede disponer el donante, porque se eleva á la clase y esfera de donacion entre vivos por el juramento, el qual hace firme el contrato, que sin él no lo es, con tal

(1) Ley Cum quis, ff. de Condit. caus. dat. (2) Gom. lib. 2. Variar. c. 4. n. 21. vers. Sed advertendum. Matienz. en la ley 7. tit. 10. lib. 5. R. glos. 3. n. 10. y 11.

que no ceda en perjuicio de tercero, ni sea contra buenas costumbres (1).

43 En la donacion por causa de muerte lo que tiene que hacer el Escribano, es expresar quién la hace, á quién, de qué cosa, con individual mencion de sus señales, de suerte que no haya duda, ni equivocacion, y el motivo que tiene para hacerla, si es por estar enfermo, ó muy viejo, y temeroso de la muerte, ó aunque sano, si se halla en peligro inminente de ella por alguna de las causas explicadas en el núm. 1. ú otras semejantes, pues si no se expresa, se tendrá por donacion entre vivos, sin embargo de que el donante esté enfermo (2); y añadirá que si éste muere de aquella enfermedad, ó perece en aquel peligro, valga la donacion, y el donatario pueda apoderarse de la cosa donada despues de su fallecimiento, á cuyo fin le conferirá el poder y facultad que necesite; pero si convalece, ó sale de él, se entienda revocada enteramente, como si no la hubiera hecho; pues aunque realmente no es precisa esta adiccion, es bueno que se ponga, para que no se dude que es donacion por causa de muerte: y con estas cláusulas quedará bien ordenada la escritura, la qual por su naturaleza no requiere mas renunciaciones, sumision, obligacion de persona y bienes á su cumplimiento, ni otra cosa, porque es última voluntad, y como tal revocable.

44 Se previene al Escribano que esta donacion es revocable por su naturaleza hasta la muerte del que la hace, por ser última voluntad en quanto á sus efectos y confirmacion, por lo que no se perfecciona, ni cobra vigor hasta que el donante fallece, segun dexó expuesto (3), y por lo mismo no ha de poner en ella la palabra *irrevocable*, ni otra de igual fuerza y significacion, ni la cláusula de *irrevocacion* con juramento, ni sin él, ya sea menor ó mayor el otorgante, como algunos por ignorar su naturaleza, y sin orden del donante lo hacen; pues si la contiene, se estimará y tendrá por donacion entre vi-

(1) Camp. Cum contingat 28. de Jurejurand. y regla Non es obligator. 58. de Reg. jur. in 6. Gutier. de Juram. confirm. part. 1. cap. 12. Molina. de Just. & jur. tract. 2. disput. 287. n. 18. (2) Ley Seya 42. §. fin. ff. de Mortis causa donatis. Gutier. de Juram. confirm. part. 1. cap. 12. n. 19. y fin. Greg. Lop. en la ley fin. tit. 4. P. 5. verb. De la muerte. (3) Ley Non videtur 32. ff. de Mortis causa donat.

vos (1), y no podrá revocarla, ó á lo menos habrá dificultad sobre ser válida su revocacion, no concurriendo alguna de las causas explicadas en el núm. 24, y careciendo de ella, podrá revocarla aunque sea antes de convalecer perfectamente (2), al modo que el testamento, ú otra última voluntad; pero si el donante instruido previamente de sus efectos se lo mandare, la pondrá. Tambien se le previene que el donante puede nombrar en ella substituto del donatario (3).

45 La fuerza, el miedo grave que cae en varon constante, y el dolo anulan los contratos (4), y asi para que las donaciones sean válidas, es preciso que se hagan libre y espontaneamente, pues de lo contrario se anularán, como lo resuelve la ley final tit. 4. Partid. 5. cuyo contexto es éste::: E sobre todo decimos que si el ome ficiese donacion por premia que le ficiessen, ó por miedo que oviese que lo matarian, que tal donacion como ésta que non valdria, con la qual concuerda la ley 7. tit. 12. lib. 3. del Fuero Real. El que apetezca mayor instruccion en esta materia, vea á Hermoilla en la ley 11. tit. 4. Partid. 5. á Matienzo en la 7. tit. 10. lib. 5. Recop. glos. 1. á la 3. y á los que citan, y tratan de ella con toda extension.

§. III.

Donacion ó cesion á Estudiante.

46 Porque muchas personas legas con el fin de fatigar á sus deudores, y cobrar sus débitos, y en muchos casos los que no habia, hacian donaciones ó cesiones de éstos á sus hijos y parientes, y los enviaban al estudio con el único fin de exigirlos, de que se irrogaban á los deudores gravísimos perjuicios, para evitarlos prohibió la ley 9. t. 6. l. 8. N. R. que se hiciese donacion ó cesion (que asi la llama) á Estudiante y Catedrático de la Universidad de Salamanca, y que se ad-

(1) Ley Ubi ita 27. ff. de mortis causa dt. Gutier. in Repet. Auth. saeram. puber. num. 32. Matienzo en la ley 7. tit. 10. lib. 5. R. glos. 1. n. 10. y sig. (2) Ley Mortis causa 16. ff. hoc. tit. (3) Leyes Ei, cui 10. ff. y 1. Cod. de Mortis causa donat. (4) Leyes 1. tit. 10. y 7. tit. 33. Par. 7. y 3. t. 1. l. 10. N. R. Greg. Lop. en las dos de P. y Matienzo en la R. glos. 2. n. 1. 2. y fin.

mitiese, excepto de padre á hijo, y mandó que ésta para ser válida contuviese dos juramentos, uno del padre, y otro del hijo: de lo qual instruye radicalmente el §. II. de dicha ley, que dice: *Pero por quanto muchas personas legas por fatigar á los que algo les debian, y aun por cobrar lo que no les debian, hacian cesiones en sus hijos, y en sus parientes que tenian en el estudio, y aunque no los tenian, los hacian ir al dicho estudio, y matricular solamente por esta causa, de lo qual nuestros súbditos y naturales eran muy fatigados, y sacados fuera de sus casas para litigar en jurisdicciones estrañas. Mandamos que de aquí adelante ninguna cesion que se hiciere á ningun Catedrático, ni Estudiante del dicho estudio, no sea rescibida, salvo de padre á hijo, y no de otra persona alguna, y que el Maestre Escuela, ó su Lugar Teniente antes que conozcan de esta causa, ni den cartas para ello, resciban juramento asi del padre como del hijo que la deuda es verdadera, y que no lo hacen fraudulentamente, ni por fatigar, ni molestar aquel, cantra quien la hacen: y que la dicha cesion se hace realmente para el dicho su hijo, y para su sustentamiento, y que el padre no habrá de ello cosa alguna, ni los otros sus hijos directe, ni indirecte; y que allende de está el hijo jure que no rescibe la dicha cesion con intencion de volver lo contenido en ella á su padre, ni á sus hermanos, y que el padre jure que no lo envia al dicho estudio principalmente para hacer la dicha cesion. Por esta legal disposicion se enterará el Escribano de la forma de estender esta escritura; y se le previene que aunque la ley inserta manda que el Maestre Escuela reciba el juramento, se entiende siendo formalizada la cesion sin él, pero no prohíbe al Escribano que lo reciba, ni que ante él lo hagan espontaneamente el cedente y cesionario, y asi conteniéndolo la escritura, no necesita recibirlo el Maestre Escuela. La propia solemnidad debe observarse en las cesiones que se hacen á Catedráticos ó Estudiantes de la Universidad de Alcalá de Henares, como lo dice la ley 5. t. 37. l. 12. N. R.; pero las que se hacen á otras personas no requieren juramento por precision para ser estables, siendo los cedentes mayores de 25 años, y capaces de contraer por sí solos.*

§. FINAL.

Escrituras correspondientes á este capítulo.

Donacion graciosa.

47 En tal Villa á tantos de tal mes y año ante mí el Escribano y testigos Pedro Rodriguez, vecino de ella, mayor que expresó ser de 25 años, y que por sí propio gobierna su persona, dixo: que de su libre y espontanea voluntad, por el mucho amor y afecto que profesó á Juan Fernandez de la misma vecindad, y sin otro motivo, ni respeto le hace gracia, y donacion pura, perfecta, é irrevocable entre vivos de una casa que posee en esta Villa en tal calle, (*aquí se pondrán linderos, y señales de la casa con claridad*) la qual le dona con toda su fábrica, centro, vuelo, entradas, salidas, usos, cosumbres, derechos y servidumbres que ha tenido, tiene, y de hecho, y por derecho le pertenecen, y pueden tocar, y con obligacion de cumplir las cargas, á que está afecta, y son: (*aquí se especificarán las cargas, y si ninguna tuviere dirá*): por libre de todo gravamen real, perpetuo, temporal, especial, general, tácito y expreso. Y desde hoy en adelante para siempre jamas se abdica, despende, desapodera, desiste, quita y aparta, y á sus herederos y sucesores de la posesion y dominio, ó propiedad, título, voz, recurso, y otro qualquier derecho que á la citada casa le corresponde, y lo cede, renuncia y traspasa plenamente con las acciones reales, personales, útiles, mixtas, directas, executivas, y demas que le competen, en el mencionado Juan Fernandez, á quien confiere poder irrevocable con libre, franca y general administracion, y constituye Procurador actor en su propio negocio, para que la goce, y sin dependencia, ni intervencion del otorgante la cambie, enagene, use, y disponga de ella como de cosa suya adquirida con justo legítimo título, y tome y aprenda de su autoridad, ó judicialmente la real tenencia y posesion, que en virtud de este instrumento le pertenece; y para que no necesite tomarla, y antes bien conste en todo tiempo ser suya en pleno dominio, y que en este concepto puede disponer de ella libremente á su arbitrio, formaliza á su favor esta escritura, de la qual me pide le dé las copias autorizadas que quisiere para su resguardo, con las quales sin otro acto de aprension, ni aceptacion ha de ser visto haber tomado, aprendido, y transferidosele dicha posesion, y en el interin se constituye su inquilino, y precario poseedor en legal forma, y á este efecto le entrega los títulos de su pertenencia á mi presencia, de que doy fé, con arreglo á lo prevenido por las leyes octava y nona, del título trece, partida tercera, para que de

esta suerte se verifique no reservar en sí derecho alguno á la prevenida casa, y esta donacion sea perfecta, y estable en todas sus partes. Y declara que no es inmensa, que no necesita de la casa donada, porque le quedan bienes suficientes para su decente manutencion, y que no excede de los quinientos maravedises de oro, que la ley 9. tit. 4. Partid. 5. permite se puedan donar sin insinuacion; y en el caso que exceda, le da igual poder para que sin su dependencia, citacion, intervencion, ni otro requisito la insinúe ante Juez competente, á fin de que la apruebe, y á ella interponga su autoridad para su mayor validacion; pues desde ahora la ha el otorgante por insinuada con todas las solemnidades que legalmente estan prescriptas; suple, y pide se haya por suplido qualquier substancial defecto, que incluya; y se obliga á no revocarla, á menos que intervenga fausa legal, y si lo hiciere, quiere que no se le admita en juicio, ni cuera de él, y que por el mismo caso sea visto haberla aprobado, y ratificado con mayores vínculos, y estabildades, añadiendo fuerza á fuerza, y contrato á contrato á todo lo qual consiste ser apremiado por todo rigor, y para ello se somete á los Señores Jueces de esta Villa, obliga su persona, y bienes á su cumplimiento, lo recibo por sentencia definitiva, pasada en autoridad de cosa juzgada, y consentida, y renuncia todas las leyes, fueros y derechos de su favor. Y habiendo oido, y enteradose de esta escritura el expresado Juan Fernandez, que está presente, dixo que acepta en todo, y por todo la donacion que contiene, para usar de ella como le convenga; estima la merced que el enunciado Pedro le ha hecho, por lo que le tributa las debidas gracias, recibe los títulos de la referida casa, y se obliga á cumplir todas las cargas á que está afecta, y á este fin le da por libre, esento, é indemne de su responsabilidad. En cuyo testimonio, y con la prevencion de que el donante no queda obligado á la evicion, ni saneamiento de la citada casa en el todo ni parte con ningun pretexto, aunque perezca, ó se la quiten en juicio al donatario, así lo otorgan, y firman ambos, á quienes doy fé conozco, siendo testigos Fulano, Fulano y Fulano, vecinos de esta Villa (1).

Nota. La escritura anterior es de donacion graciosa, como de su contexto se reconoce, por lo que no puse en ella: *que el donante la hace por servicios que el donatario le hizo*, como los AA. Escribanos que trataron de ella, lo han puesto, pues esto es remuneracion, y la donacion puramente graciosa debe ser hecha por amor, y mera liberalidad del donante sin respeto, motivo ni atencion á servicios, ni beneficios recibidos del donatario, y lo demas es confundir una donacion con otra. Tampoco puse renunciacion de la ley 69. de

(1) Si el donatario estuviere ausente, se añadirá la cláusula estendida en el núm. 19. para el efecto que en ella se enuncia, lo que no echará al olvido el Escribano.

Toro, que prohibe las donaciones inmensas, porque es superflua, y solo será adecuada quando el donante dona todos sus bienes; ó se queda sin lo preciso para su conservacion, (que para el caso viene á ser lo propio) y aun entonces será infructuosa la renunciacion, porque la donacion es nula por derecho por las razones que dexo expuestas en el núm. 8. pero el Escribano la pondrá si quisiere el donante. Omití el juramento, porque la ley 67. tit. 18. Part. 3. que trae la forma de ordenar la escritura de donacion, no lo pone, ni este contrato es de los que lo requieren por precision para su estabilidad, y aunque la ley 1. t. 32. l. 7. N. R. permite que pueda interponerse en él, no lo manda, ni dice que sin él no valga, y así por dexar de contenerlo, no podrá revocarse, sin embargo de que intervenga rescripto del Príncipe, como lo dice la ley: *Si donationem* 5. Cod. de *Revocand. donationib.* respecto de que ninguna cláusula de las esenciales la falta para su firmeza; mas esto no quita que el Escribano lo ponga si el donante se lo mandare, y no de otra suerte. Pero le prevengo proceda con mucho cuidado, en ligar los contratos con juramento, porque á mas de resistirlo el derecho Real, hay mucho riesgo en su interposicion; y aunque los arrendamientos de rentas de Monasterios, Iglesias, Eclesiásticos, y los de Menores, Concejos, Comunidades, mugeres casadas, ventas, dotes, arras, donaciones, compromisos, transacciones y enagenaciones perpetuas pueden contenerlo, no obliga la ley 12. citada, á que se interponga en ellos, y solo lo permite, lo qual es muy diverso: ni dice que no valen, careciendo de él, por lo que siendo los otorgantes mayores de 25 años no lo ponga sin su expreso mandato, pues las leyes prescriben las cláusulas conducentes á su validacion sin necesidad de juramento. Omití tambien en la obligacion de no revocarla, la expresion: *por ninguna de las causas, que el derecho profine*, y renunciacion de la ley 10. tit. 4. Part. 5. que las explica, y en su lugar puse la de: *á menos que intervenga causa legal*, porque en la donacion graciosa no debe ponerse sin previa ciencia, y orden del donante, por la razon que dexo expuesta al fin del núm. 26, pero en la remuneratoria bien podrá ponerlas el Escribano, pues aunque el donatario cometa alguna ingratitud contra el donante, no se debe llamar ingratitud, porque ésta supone beneficio recibido, el que no hay en la donacion remuneratoria, sino una mera paga, compensacion, y satisfaccion de lo que se le debe, por cuya causa está el donante obligado á la evicion de lo que dona, no pactandose lo contrario entre los dos. Ultimamente omití imponer pena al donante, porque sin embargo de que dicha ley 67. de Partida permite imponersela para cumplir mejor, y no revocar la donacion, esto no es precisarle á que se la imponga, y así podrá imponersela si quisiere, como igualmente podrán imponerse al donatario, y á la cosa donada los gravámenes, y condiciones honestas que le parezca, y puedan cumplirse. Ad-

vierto al Escribano lo primero, que en la donacion graciosa, ya sea de alhaja, ó finca en propiedad, ó de usufructo determinado de algunas para el donatario, nunca obligue al donante á la evicion y saneamiento de la finca, ni á que la renta será cierta, ó las fincas producirá tanta fixa al donatario; antes por el contrario ha de expresar que no queda obligado á ello, porque será motivo de pleyto, y su liberalidad cederá en su detrimento, y le será gravosa y nociva, excepto que quiera obligarse, y se lo mande poner así. Y lo segundo, que la aceptacion de la donacion puede hacerse en instrumento separado; en cuyo caso se citará ésta individualmente; ó se insertará original en ella; y si la cosa donada no tiene cargas, ó el donante no la grava, no tiene que obligarse el donatario á su cumplimiento.

Insinuacion.

48. La insinuacion no es otra cosa, que una manifestacion hecha en vida del donante y del donatario, pues no puede hacerse despues que aquel muere, ni compete á su heredero esta facultad, ni á los del donatario la de pedir que se haga, y se hace de la escritura de donacion al Juez mayor del Pueblo en que se otorga; á fin de que examinando previamente la voluntad del donante, pues la ha de pedir éste, ó con su poder el donatario (1), y viendo que no fué violentado á hacerla, ni hubo dolo, ni colusion, la apruebe, é interponga á ella su autoridad, para que sea firme en caso que exceda de los 500 maravedises de oro, pues no excediendo, no necesita ser insinuada, como dexo sentado. Puede manifestarla el donante, ó con su poder el donatario, el que le dará en la misma escritura, como en la precedente, en cuyo caso no necesita ser citado el donante, de una de dos maneras, que son: presentando solamente la escritura al Juez, y poniendo á su continuacion su pretension y aprobacion; ó con pedimento, y entonces se pone el correspondiente auto ante testigos, si en el Juzgado hay costumbre de ponerlos en los autos, y no de otra suerte, y todo se entrega al donatario, y se estiene en esta forma.

Pedimento.

Pedro Rodriguez vecino de esta Villa, ante Vmd. como mejor proceda, y en derecho lugar haya, digo: que en tantos de este mes, de mi libre y espontanea voluntad, y por el amor que profeso á Juan Fernandez de la propia vecindad, le hice donacion de una casa, que poseía en tal calle, y de ella otorgué á su favor ante Fulano Escribano Real la correspondiente escritura, que en debida forma exhivo é insinuó; y mediante exceder esta donacion de los 500 ma-

(1) Barbos, var. 25. núm. 71.

ravedises de oro, ser cierta, verdadera, y no simulada, no perjudicar á la Real Hacienda, ni á tercero, ni haber intervenido en ella miedo, violencia, dolo, ni colusion, como lo declaro, y en caso necesario juro solemnemente, en esta atención = A Vmd. suplico se sirva haberla por insinuada, y legítimamente manifestada, y en su consecuencia aprobarla, é imponer su judicial autoridad quando haya lugar en derecho para su mayor firmeza y validacion, y mandar que con este pedimento, y auto de aprobacion se entregué original al donatario, para que use de ella como le convenga, pues así es justicia que pido, y para ello &c.

Auto.

Hase por exhibida é insinuada con la solemnidad necesaria la donacion que se refiere, á la qual para su mayor estabilidad se interpone la judicial autoridad en legal forma: entreguese original al donatario, para que use de ella como le convenga, segun se pretende: el Señor Don Fulano, Corregidor de esta Villa de tal lo mandó, y firmó en ella á tantos de tal mes y año &c.

Revocacion de donacion.

49 En tal Villa á tantos de tal mes y año, ante mí el Escribano y testigos Pedro Rodriguez vecino de ella dixo, que por el mucho amor que profesaba á Juan Fernandez de la misma vecindad, le donó graciosamente en posesion y propiedad una casa que le pertenecia en tal calle, de que otorgó á su favor la correspondiente escritura en tal dia, mes y año ante Fulano Escribano, y que en vez de ser grato al beneficio que de él recibió, no solo no lo hizo, sino que como ingrato y desconocido, olvidándose enteramente de este beneficio, tuvo la osadia de poner en él tal dia sus manos ayaradas, conminándole de muerte, y profiriendo al mismo tiempo contra su honor palabras ignominiosas á presencia de varias personas, por cuyo delito se hizo acreedor, y condigno del mas severo castigo; y para que no quede impugne, y sirva á otros de exemplo y escarmiento, sin perjuicio de usar contra él de la accion criminal que le compete, ha resuelto revocar dicha donacion, y poniéndolo en execucion, en la via y forma que mas haya lugar en derecho, usando de la facultad que la ley 10. del tit 4. Part. 5. y demas que de este asunto tratan, le confieren = Otorga que revoca enteramente la referida donacion, dá por rota y cancelada la escritura que de ella formalizó, la declara por irrita y de ningun valor y efecto desde el punto en que el donatario cometió el delito, é ingratitud mencionada, y quiere que por tal se estime, y declare judicial y extrajudicialmente, y que en su protocolo se

note, y prevenga esta revocacion, para que siempre conste; y en su consecuencia desiste, quita, aparta, y priva enteramente al citado Juan Fernandez, y á sus herederos y sucesores de la propiedad, posesion, goce, usufruto, y otra qualquiera accion y derecho, que á la nominada casa habia adquirido en fuerza de dicha donacion, y los excluye de todo para siempre: y para que esta revocacion sea efectiva, y le conste, me requiere que se la haga saber, y notifique le devuelva la escritura de donacion que otorgó á su favor con los títulos de la mencionada casa, á fin de que en caso de escusarse á su entrega, pueda el otorgante usar contra él para reivindicarla, de las acciones que le competan, las cuales dexa vivas, ilesas, y en su fuerza y vigor; y que de haberle requerido se ponga por mí á continuacion de esta revocacion el conducente testimonio con la respuesta que dé, devolviendoselo todo original para su resguardo. Así lo otorga, y firma, á quien doy fé conozco, siendo testigos Fulano, Fulano y Fulano, vecinos de esta Villa.

Notificacion y requerimiento.

En tal Villa á tantos de tal mes y año yo el Escribano leí, é hice saber la escritura de revocacion precedente á Juan Fernandez en ella contenido en su persona, y le requerí entregue á Pedro Rodriguez la de donacion, y títulos de la casa que en ella se expresan, y enterado dixo: (aquí se pondrá la respuesta que dé) esto respondió, y lo firma, doy fé.

Donacion remuneratoria.

50 En tal Villa á tantos de tal mes y año ante mí el Escribano y testigos Pedro Rodriguez, vecino de ella dixo: que Pedro Lopez de la propia vecindad le ha hecho tales beneficios (aquí se expresarán los que sean) y deseando como grato y obligado corresponderle, y remunerarselos en algun modo, ha deliberado donarle para siempre una tierra, que posee en término de esta Villa; y poniéndolo en execucion, en la via y forma que mejor lugar haya en derecho, cerciorado del que le compete, de su libre y espontanea voluntad: Otorga que hace gracia y donacion pura, perfecta, é irrevocable entre vivos para siempre jamas al citado Pedro Lopez, sus herederos y sucesores de la referida tierra, en que caben poco mas ó menos tantas fanegas de sembradura, la qual está en el término de esta Villa, y sitio que llaman de tal, y linda, &c. (aquí sus linderos) cuya tierra le dona con todas las entradas, salidas, usos, costumbres, derechos y servidumbres que

hasta ahora ha tenido, y de hecho, y por derecho le pertenecen, y pueden corresponder, por libre de memoria, &c. (1)

Escritura de donacion, y cesion de una casa á renta vitalicia.

51. En tal parte á tantos de tal mes y año ante mí el Escribano y testigos Don Pedro de tal, vecino de ella: dixo le pertenece en posesion y propiedad una casa sita en tal calle, que linda &c. (*aquí sus linderos*) y habiendo experimentado que por su situacion, por los huecos, reparos y malas pagas, y por otros motivos le produce muy poco; considerando que está expuesta á una ruina é incendio; que en venta no le darán por ella veinte mil reales, en que se le aplicó por muerte de sus padres, y antes bien cada día se irá deteriorando: y que consumirá prontamente lo líquido, que deducidos gastos de alcabala y escritura, le quede, y luego se hallará sin tener lo necesario para su diaria subsistencia; deseando asegurar ésta, mediante hallarse con otros bienes para testar á beneficio de su alma, y sin herederos forzosos, deliberó donarla y cederla á renta vitalicia á Don Juan de tal, regulando ésta á un nueve por ciento, á imitacion y con arreglo al fondo vitalicio á dinero, establecido por Real Decreto de primero de Noviembre de 1768, y contando por consiguiente con cinco reales diarios, en lo que se convinieron ambos; y para que tenga efecto su convenio en la vía, y forma que mas haya lugar en derecho, cerciorado del que le compete: = Otorga que por sí, y en nombre de sus herederos sucesores, y de quien de ellos hubiere título, voz, y causa en qualquiera manera, cede, renuncia, y traspasa para siempre, y hace gracia, y donacion pura, perfecta, é irrevocable entre vivos al expresado Don Juan de tal, y á los suyos de la nominada casa en posesion, propiedad, y usufruto, con todas las entradas, salidas, usos, costumbres, derechos, regalías, y servidumbres que ha tenido, tiene, y la corresponden, y deben corresponder sin limitacion, ni reservacion; cuya cesion, renuncia y donacion le hace con las calidades, y condiciones siguientes.

Que el referido Don Juan, sus herederos, y sucesores han de contribuir al Don Pedro en cada un día por todos los de su vida,

(1) Asi proseguirá como en la escritura de donacion graciosa hasta la cláusula de insinuacion, y esta se pondra si se quisiere, bien que no es precisa, aunque la cosa donada exceda de los 500 maravedises de oro; como queda sentado: á su continuacion la de irrevocacion que dexo entendida en el núm. 25. despues la de eviccion, y lo último la guarentigia, sumision, renunciacion y aceptacion en los mismos términos que la precedente.

incluso el de su fallecimiento, y satisfacerle por mesadas cinco reales de vellon, que componen algo mas que un nueve por ciento del valor en que se le aplicó la casa, los que le satisfarán el día último de cada mes en buena moneda de plata, ú oro usual, y corriente, y no en papel moneda, ni en otra cosa, ni especie, pena de execucion, costas, y salarios de su cobranza, y su satisfaccion ha de ser cierta, puntual, y efectiva durante la vida del Don Pedro, aunque sea tan dilatada que sus mesadas, y anualidades consuman, y superen no solo una, sino muchas veces los enunciados veinte mil reales, y los alquileres líquidos que perciba de ella, sin que por este motivo, ni por incendio, ruina, ni otro caso fortuito que en ella acaezca, puedan escusarse á su total, ni parcial solucion, ni alegar agravio, lesion, ni otra excepcion por legítima, y admisible que sea en juicio; ni pretender descuento, baxa, ni moderacion de los cinco reales diarios, ni de parte de ellos; y si lo pretendieren, sean repelidos como quien pretende lo que por ningun título le toca.

Que el nominado Don Juan, y sus sucesores han de tener bien labrada, y reparada á sus expensas de todo lo necesario la citada casa, de modo que no padezca deterioro, han de pagar todas las cargas á que está afecta, y no venderla, cederla, donarla, enagenarla, dividirla, gravarla, ni hipotecarla á deuda, ni responsabilidad durante la vida del otorgante, pues se les prohíbe, y priva de ello; y si lo hicieren, sea nulo, y no se transfiera su dominio, posesion, ni hipoteca á otro poseedor, como practicado contra este pacto expreso, y prohibicion absoluta de no enagenar ni hipotecar; á la observancia del qual queda desde ahora sujeta, y liga tambien especial, y expresamente la mencionada casa.

Que si no cumplieren con lo expuesto en las dos condiciones precedentes, ó contravinieren al todo, ó parte de ello, ha de ser visto quedar como desde ahora queda distinguida, anulada, y revocada por el mismo hecho esta cesion, y donacion, y ha de poder apoderarse de propia autoridad el otorgante de la prenotada casa, y disponer de ella á su arbitrio, para lo qual se le concede amplia facultad, sin que necesite acudir á la Justicia, ni citar, ni interpelar al Don Juan, ó al que la posea, ni éste tenga la mas leve accion para impedirsele, ni tampoco para pretender les devuelva el todo, ni parte de los cinco reales hasta entonces percibidos, pues los ha de hacer suyos enteramente, al modo que el poseedor el producto de sus alquileres; se ha de entender compensado uno con otro, no obstante que medie notabilísima diferencia y exceso, y no se ha de poder alegar lesion, ni otra excepcion propicia, la que no se le deberá admitir.

Que si se verificare que el otorgante tiene cedida, donada, vendida, ó enagenada la referida casa, ó que está gravada con mas cargas que &c. (*se expresarán las que sean*) no solo no ha de te-

ner obligacion el que la posea, de contribuirle con los cinco reales diarios, ni parte de ellos, sino que por el mismo hecho, dolo, y oculacion ha de ser visto haber espirado este contrato, y podrá ser compelido á entregarle el exceso que haya de lo percibido por la renta vitalicia desde hoy, al liquido producto de sus alquileres, baxados huecos, reparos, malas pagas, y administracion, y estar á su relacion jurada sin otra prueba, ni justificacion, pues de ella le releva en forma; y no practicándolo, ha de poder retenerla el que la posea para reintegrarse de todo, y de los gastos, perjuicios, intereses, ó menoscabos que se le irroguen, y deberá abonarle tambien en virtud de la propia relacion, sin que hasta conseguir el total reintegro pueda ser despojado de ella, ni el otorgante tenga la mas leve accion, para intentar el despojo, ni su administracion, ni para pretender cosa alguna de lo que rente: y si se la demandare, y quitare en juicio algun tercero, ha de restituirlle incontinenti citándole de eviccion el poseedor conforme á derecho todo lo referido, y á ello podrá ser executado por todo rigor con costas, y salarios; y durante el litigio no ha de poder pretender tampoco los cinco reales diarios, ni otra cosa alguna de sus alquileres, aunque por sí mismo y á sus expensas siga el pleyto que se suscite, antes bien los ha de percibir el poseedor como hasta entonces para en parte de reintegro del exceso desembolsado, y demás que haya lugar; pero si no fuere vencido en él, continuará este contrato.

Que con la vida de dicho Don Pedro ha de espirar, y extinguirse entera, y absolutamente para siempre la obligacion de contribuir el Don Juan, y sus sucesores con los cinco reales diarios, y no continuar, ni transmitirse á los herederos de aquel la accion á su percibo, aunque su vida sea tan corta, y limitada que se acabe á muy poco tiempo despues de otorgada esta escritura; ni tampoco podrán pretender éstos el todo, ni parte de la propiedad de la casa, ni de los alquileres que haya producido hasta entonces, y produzca en lo sucesivo, pues todo lo cede, y queda perpetuamente á su beneficio privativo, ó del que la posea, por via de remuneracion, y recompensa del riesgo, y peligro á que se expone de que la contribucion de los cinco reales diarios sea en sumo grado superior, y excesiva á los veinte mil en que la casa se valuó, y á los alquileres liquidos que reditúe, á cuyo fin, y el de que despues de sus dias puede disponer de ella á su arbitrio como de cosa suya propia, adquirida con legítimo, y justo título, le hace nuevamente desde ahora á mayor abundamiento, gracia, cesion, y donacion pura, perfecta, é irrevocable con insinuacion, y demás firmezas legales, para que sea de esta suerte igual á entrambos otorgantes este contrato, lícito, y justo como tal en todas sus partes, y ninguno pueda retraerse de él, contravenirlo ni interpretarlo con pretexto alguno.

Con cuyas calidades, y condiciones cede, y dona el expresado Don Pedro á dicho Don Juan, y á sus herederos, y sucesores la mencionada casa en posesion, propiedad, y usufruto; y desde hoy en adelante para siempre jamas se abdica, desprende, desapodera, desiste, quinta, y aparta, y á los suyos del dominio útil, y directo, título, voz, recurso, y otro qualquiera derecho que á ella le corresponde, y todo con las acciones reales, personales, útiles, mixtas, directas, executivas, y demás que le competen, lo cede, renuncia, y traspasa en el referido Don Juan, á quien confiere poder irrevocable con libre, franca, y general administracion, y constituye Procurador actor en su misma causa, para que de su autoridad, ó judicialmente tome, y aprenda de ella por sí, y en nombre de sus sucesores la real tenencia, y posesion que le pertenece, y para que no necesite tomarla, formalice á su favor esta escritura, de la qual quiere se le den las copias que pida, sin que para darlas se requiera auto de Juez, ni citacion de parte, con la que sin otro acto de aprehension, ni aceptacion ha de ser visto haber tomado, aprendido, y transferídosele su posesion, y pleno dominio; y en el interin se constituye su inquilino, tenedor, y precario poseedor en legal forma, le entrega los títulos de su pertenencia, y se obliga á su eviccion y saneamiento. Y declare le quedan bienes suficientes para testar, y que esta cesion y donacion no es inmensa, ni por consiguiente reprobada por derecho; y se obliga á no revocarla sin que intervenga alguno de los motivos expuestos, y si lo hiciere, no valga, y sea visto por lo mismo haberla formalizado con mayores vínculos, y estabilidades, añadiendo fuerza á fuerza, y contrato á contrato; y quiere que para el abono de las mesadas que el Don Juan, ó quien le represente, le entreguen, basta un recibo simple, firmado del otorgante, ó de quien su poder tenga, sin que se le pueda pedir con mas solemnidad, pues no ha de ser obligado á darselo con otra. — Y el precitado Don Juan que está presente, enterado de esta escritura, dixo que acepta la cesion, y donacion que contiene, y se obliga, y á sus herederos, y sucesores á contribuir al Don Pedro con los cinco reales diarios, por todos los dias de su vida, incluso el de su fallecimiento, y por mesadas en el último de cada mes empezando desde hoy, con la mayor puntualidad en buena moneda de plata, ú oro usual y corriente, pena de execucion, costas, y salarios: á reparar la casa, pagar sus cargas, y no alegar excepcion alguna para eximirse de esto, y de la solucion de las mesadas: á no enagenarla, gravarla, ni hipotecarla mientras viva el enunciado Don Pedro: y á cumplir con toda exâctitud en quanto esté de su parte, las condiciones con que esta cesion le queda hecha, sin interpretarla, tergiversarla, ni contravenirla total, ni parcialmente, pena de no ser oido en Juicio ni fuera de él, y antes si repelido, y

condenado en costas. Y ambos otorgantes formalizan respectivamente esta escritura con todas las cláusulas que para su mayor validacion sean legalmente necesarias; y quieren se haya por suplido cualquiera substancial defecto que incluya; y á su cumplimiento obligan sus bienes, muebles, raices, derechos, y acciones presentes &c.

Nota. De la naturaleza de este contrato han entendido poco los AA. formularistas de escritura, y por eso omitieron tratar de él; y porque puede ofrecerse al Escribano alguna de esta clase, estendí para su instruccion, y tuve por conveniente adicionar aquí la anterior con las indispensables cláusulas y firmezas, que para seguridad recíproca de los contrayentes se requieren, y deberá tener presentes quando le ocurra, poniendo las demas que estos quieran, y no sean contrarias, ni destructivas de las que contiene.

Donacion ó cesion á Estudiante.

§ 2 En tal parte á tantos de tal mes y año ante mí el Escribano y testigos Pedro Rodriguez, vecino de ella, dixo: que por quanto tiene determinado enviar á su hijo Juan Rodriguez á la Universidad de Salamanca á estudiar tal ciencia, y es preciso consignarle para sus alimentos lo correspondiente á su decencia; por tanto, mediante deberle pagar anualmente Antonio Lopez, vecino de tal parte, tanta cantidad por tal razon, y tener proporcion su hijo de cobrarla por la inmediacion á dicha Universidad: = Otorga que cede, dona, renuncia y traspasa al enunciado Juan Rodriguez la mencionada cantidad que el prenotado Antonio Lopez está obligado á satisfacerle; y le confiere poder irrevocable con libre, franca y general administracion, y facultad de substituirlo, para que le haya, perciba, y cobre judicial ó extrajudicialmente por sí, ó por medio de sus substitutos, á efecto de alimentarse, y formalice á favor del deudor los recibos, cartas de pago, y demas resguardos convenientes, con las cláusulas y firmezas necesarias, y cesiones y lastos á quien por él la satisficere, pues el otorgante los reprueba y ratifica, y quiere sean tan subsistentes, como si presenciara su otorgamiento; y si para exigirla fuere preciso comparecer en juicio, lo execute, practicando en los Tribunales superiores é inferiores competentes todos los actos, autos, y diligencias judiciales y extrajudiciales que se requieran, y el otorgante practicaria por sí propio, hasta conseguir su plena cobranza, y la solucion de las costas y daños que por su morosidad se le causen, pues para ello le confiere el poder y facultad que necesite sin limitacion; le constituye Procurador actor en su propio negocio; le hace gracia, y donacion pura, perfecta, é irrevocable entre vivos de dicha cantidad, con las estabildades conducentes; le cede sus derechos, y acciones reales, personales,

útiles, mixtas, directas, executivas y demas que le corresponden, con sobrogacion en forma, y se obliga á no revocarla total, ni parcialmente, y si lo hiciere no valga. Y jura por Dios nuestro Señor, y una señal de cruz tal como ésta ✝ que dicha deuda y esta cesion son verdaderas, y no simuladas; y para los alimentos del citado su hijo; que él, ni los demas sus hijos nada habrán directa, ni indirectamente de ella; que no la hace fraudulentamente, ni por molestar al deudor; y que no envia su hijo al referido estudio principalmente por hacer dicha cesion, ni por cobrar su importe, sino porque se instruya y aprenda la enunciada ciencia. Y el prenotado Juan Rodriguez, que está presente, dice que acepta esta donacion y cesion en todo, y por todo, estima la merced que su padre le ha hecho, por la que le dá las debidas gracias, y jura en la misma forma que esto, que no recibe el enunciado crédito con intencion de entregarle cosa alguna de su importe, ni á sus hermanos, sino que antes bien ha de expenderlo íntegramente en sus alimentos; y que el nominado su padre le hizo cesion de él, para invertirlo efectivamente en este fin, y no en otro alguno; y ambos así lo otorgan, y firman, á quienes doy fé conozco, siendo testigos Fulano, Fulano y Fulano, vecinos de esta Villa.

Nota. Si la cosa que se cede, es deuda que procede de vale ó escritura, se entregará el documento que la justifique, al hijo, y de ello dará fé el Escribano. Omito estender la escritura de donacion por causa de muerte, por evitar prolixidad, pues con lo que dexo explicado en los números 43 y 44 puede ordenarla el Escribano con el conocimiento que se requiere.

Otra. Las copias de las escrituras de donacion que asciende, ó excede de mil ducados, se han de sacar en papel del sello primero: si no llegan á ellos, en el del segundo, y no llegando á ciento, en el del sello quarto, en el que se han de extender los protocolos de todas; y lo mismo debe practicarse en la cesion á Estudiante.

CAPITULO VI.

De las renunciaciones de legítimas y futuras sucesiones, y con especialidad de las que hacen los Religiosos y Religiosas.

§. Unico.

1 Aunque en el §. 2. del cap. 14. trataré de la cesion y poder en causa propia, de las cláusulas que debe contener pa-

condenado en costas. Y ambos otorgantes formalizan respectivamente esta escritura con todas las cláusulas que para su mayor validacion sean legalmente necesarias; y quieren se haya por suplido cualquiera substancial defecto que incluya; y á su cumplimiento obligan sus bienes, muebles, raices, derechos, y acciones presentes &c.

Nota. De la naturaleza de este contrato han entendido poco los AA. formularistas de escritura, y por eso omitieron tratar de él; y porque puede ofrecerse al Escribano alguna de esta clase, estendí para su instruccion, y tuve por conveniente adicionar aquí la anterior con las indispensables cláusulas y firmezas, que para seguridad recíproca de los contrayentes se requieren, y deberá tener presentes quando le ocurra, poniendo las demas que estos quieran, y no sean contrarias, ni destructivas de las que contiene.

Donacion ó cesion á Estudiante.

§ 2 En tal parte á tantos de tal mes y año ante mí el Escribano y testigos Pedro Rodriguez, vecino de ella, dixo: que por quanto tiene determinado enviar á su hijo Juan Rodriguez á la Universidad de Salamanca á estudiar tal ciencia, y es preciso consignarle para sus alimentos lo correspondiente á su decencia; por tanto, mediante deberle pagar anualmente Antonio Lopez, vecino de tal parte, tanta cantidad por tal razon, y tener proporcion su hijo de cobrarla por la inmediacion á dicha Universidad: = Otorga que cede, dona, renuncia y traspasa al enunciado Juan Rodriguez la mencionada cantidad que el prenotado Antonio Lopez está obligado á satisfacerle; y le confiere poder irrevocable con libre, franca y general administracion, y facultad de substituirlo, para que le haya, perciba, y cobre judicial ó extrajudicialmente por sí, ó por medio de sus substitutos, á efecto de alimentarse, y formalice á favor del deudor los recibos, cartas de pago, y demas resguardos convenientes, con las cláusulas y firmezas necesarias, y cesiones y lastos á quien por él la satisficere, pues el otorgante los reprueba y ratifica, y quiere sean tan subsistentes, como si presenciara su otorgamiento; y si para exigirla fuere preciso comparecer en juicio, lo execute, practicando en los Tribunales superiores é inferiores competentes todos los actos, autos, y diligencias judiciales y extrajudiciales que se requieran, y el otorgante practicaria por sí propio, hasta conseguir su plena cobranza, y la solucion de las costas y daños que por su morosidad se le causen, pues para ello le confiere el poder y facultad que necesite sin limitacion; le constituye Procurador actor en su propio negocio; le hace gracia, y donacion pura, perfecta, é irrevocable entre vivos de dicha cantidad, con las estabildades conducentes; le cede sus derechos, y acciones reales, personales,

útiles, mixtas, directas, executivas y demas que le corresponden, con sobrogacion en forma, y se obliga á no revocarla total, ni parcialmente, y si lo hiciere no valga. Y jura por Dios nuestro Señor, y una señal de cruz tal como ésta ✝ que dicha deuda y esta cesion son verdaderas, y no simuladas; y para los alimentos del citado su hijo; que él, ni los demas sus hijos nada habrán directa, ni indirectamente de ella; que no la hace fraudulentamente, ni por molestar al deudor; y que no envia su hijo al referido estudio principalmente por hacer dicha cesion, ni por cobrar su importe, sino porque se instruya y aprenda la enunciada ciencia. Y el prenotado Juan Rodriguez, que está presente, dice que acepta esta donacion y cesion en todo, y por todo, estima la merced que su padre le ha hecho, por la que le dá las debidas gracias, y jura en la misma forma que esto, que no recibe el enunciado crédito con intencion de entregarle cosa alguna de su importe, ni á sus hermanos, sino que antes bien ha de expenderlo íntegramente en sus alimentos; y que el nominado su padre le hizo cesion de él, para invertirlo efectivamente en este fin, y no en otro alguno; y ambos así lo otorgan, y firman, á quienes doy fé conozco, siendo testigos Fulano, Fulano y Fulano, vecinos de esta Villa.

Nota. Si la cosa que se cede, es deuda que procede de vale ó escritura, se entregará el documento que la justifique, al hijo, y de ello dará fé el Escribano. Omito estender la escritura de donacion por causa de muerte, por evitar prolixidad, pues con lo que dexo explicado en los números 43 y 44 puede ordenarla el Escribano con el conocimiento que se requiere.

Otra. Las copias de las escrituras de donacion que asciende, ó excede de mil ducados, se han de sacar en papel del sello primero: si no llegan á ellos, en el del segundo, y no llegando á ciento, en el del sello quarto, en el que se han de extender los protocolos de todas; y lo mismo debe practicarse en la cesion á Estudiante.

CAPITULO VI.

De las renunciaciones de legítimas y futuras sucesiones, y con especialidad de las que hacen los Religiosos y Religiosas.

§. Unico.

1 Aunque en el §. 2. del cap. 14. trataré de la cesion y poder en causa propia, de las cláusulas que debe contener pa-

ra su estabilidad, y de los derechos que pueden ser, ó no cedidos, en éste, por ser su lugar propio, hablaré de la renuncia y sus clases: de los requisitos que son precisos para la validacion de las que hacen los Religiosos novicios, de lo que por representacion de estos pueden ó no heredar sus Monasterios; y de si el pacto de *non succedendo*, ó la licencia para testar que los ascendientes, y descendientes se confieren, valdrá ó no. La renuncia ó renunciacion es una protesta y espontánea declaracion de ánimo que el hombre hace, por la que aparta de sí alguna cosa, derecho ó privilegio. O un acto que consta de la nuda voluntad del que lo executa, por el qual abdica y segrega de su persona el derecho que le compete realmente, ó en esperanza (1). Puede hacerla el que tiene potestad de testar, ceder, tratar y contratar, y se restringe, y limita por su naturaleza á las personas, cosas, y derechos expresados en las leyes (2); por lo que la renunciacion de un derecho no induce, ni se amplía á la de otro, aunque sea en la misma cosa, ni daña á otro que al renunciante (3). En quanto á los fines, y efecto de la renuncia; véanse los cinco capítulos del libro segundo de *Gallerato* en su tratado de renunciaciones, pues por no importar al Escribano omito explicarlos.

2 Sin embargo dé que la renuncia es especie de cesion, y ambas convienen en las cláusulas que se requieren para su validacion y firmeza, se diferencian no obstante, lo primero, en que éste regularmente, y con propiedad se constituye de cosas y derechos no materiales (4), bien que á veces se hace de los materiales, y entonces es tradicion de estos, en que deben concurrir indispensablemente la voluntad del cedente, la del cesionario, y causa justa por la que se transfiera en éste el derecho cedido, como expondré en el citado cap. 14, y en la renuncia basta la voluntad del renun-

(1) Paul. Gallerat. de Renuntiat. lib. 1. cap. 1. y cap. 8. n. 6. al 11.
 (2) Ley Qui cum tutoribus, ff. de Transact. y ley Jubemus, Cod. de Vellej. ley Si unus, §. Illud, ff. de Pactis Gallerat. ibi, cap. 10. 11. y 12.
 (3) Ley Si domus, ff. de Servit. urbanor. prædior. ley Si prius, ff. de Aqua plu. arcend. Gallerat. ibi, cap. 9. n. 4. y sig. y cap. 10. al 12. dichos. (4) Ley 1. Cod. de Action. & obligation. y ley fin. & ibi glos. & Bart. ff. de Donat.

ciante, con la qual se perfecciona. Lo segundo, en que el fin y efecto principal de la renuncia es la privacion y abdicacion; y el de la cesion es la translacion del derecho en la persona del cesionario por la causa justa que impele al cedente á hacerla; bien que por consecuencia se sigue la privacion y abdicacion de éste (1).

3 Tambien es especie de repudiacion, pero se diferencia en que ésta es de cosa, ó derecho deferido, traspasado, ó dexado al que la hace, y la renuncia no, porque la repudiacion presupone adquisicion, y despues privacion y renunciacion de la cosa, ó herencia deferida; mas la renuncia no presupone adquisicion, sino solamente privacion, y abdicacion del derecho, ó cosa no adquirida, aunque se espera (2). La repudiacion es declaracion que el hombre hace de su voluntad, por la que manifiesta que no quiere el derecho que se le ha deferido, ó dexado; repudiar no es otra cosa que no recibir, ni admitir lo que admitiéndolo ó recibéndolo puede adquirirse (3).

4 Varios géneros de renunciaciones se conocen en el derecho, sobre cuya inteligencia han discurrido y sutilizado tanto los ingenios de los Escritores, y especialmente los de los Regulares, y otros demasidamente adictos á los Monasterios, que como afirma un docto Jurisconsulto (4), las han constituido materia implicada, y sumamente obscura, por pararse en generalidades sin hacer la debida distincion de casos; y por aplicar á todos la vulgar doctrina de que por ser de riguroso derecho la renuncia, debe interpretarse con la mayor restriccion, y no estenderse de caso á caso, ni de persona á persona, y mucho menos á los derechos de futuro con causa de futuro, y otras proposiciones, que aunque en algunos son verdaderas, dexan de serlo en otros por la variedad de circunstancias, una de las quales, que como mas esencial jamas debe perderse de vista, es la causa ó motivo que influyó, ó pudo influir á hacer la renuncia, pues es muy considerable, y digna de atencion la diferencia que media entre

(1) Galler. ibi cap. 4. num. 5. 6. y 26. (2) Gallerat. ibi. cap. 2. n. 12. al 40. (3) Ley 1. §. Furiosi, y §. Decretalis, ff. de Successor. edict. y ley Qui potest, vers. Quod quis, ff. de Regul. jur. Gallerat. dicho cap. 2. n. 2. al 4. (4) Card. de Luc. de Renuntiat. disc. 3. num. 3. y 10.

la que constituye una muger con motivo de su matrimonio, y la que hace una Novicia; porque aquella como no desampara el siglo, antes bien elige un estado por medio de el que espera reproducirse, y propagar su especie con la sucesion de sus hijos, y demas descendientes, no es verisimil, ni creible quiera desprenderse, ni despojarse de los bienes que la son indispensables para conservarse decentemente en él; por cuya razon su renuncia no debe ampliarse á mas de lo que suena; y asi cesando las personas en ella contenidas, cesa tambien. Al contrario sucede con la que otorga la que entra en Religion, porque ésta como abdica, ó aparta de sí al mundo, y á sus bienes, votando la mas estrecha pobreza, á fin de que estos no la preocupen, distraigan, ni impidan servir mejor á Dios, y sabe que no ha de tener posteridad, ni la ha de faltar en lo sucesivo lo necesario para su conservacion, nada se presume que reserva á no expresarlo con claridad en la renuncia. Fundados en estos principios los mas clásicos AA. y aun la Sacra Rota, han establecido como máxima inconcusa que las renunciaciones hechas por causa de ingreso en Religion, y dote recibida, deben reputarse reales, extintivas y abdicativas, no constando claramente lo contrario en ellas, é interpretarse latamente, comprendiendo todas las herencias y sucesiones, no obstante que sean de futuro con causa de futuro, y con especialidad si se hallan estendidas con palabras amplias y generales que denoten esta verisimil voluntad de los renunciantes (1).

5 Y porque del perfecto discernimiento de la diversa naturaleza, y qualidad de las renunciaciones, y términos con que suelen estar concebidas, pende la justa y arreglada decision de las dudas que acerca de ellas ocurren, con el fin y objeto de desempeñar mi obligacion, y de dar á los Escribanos una clara idea, y nocion suficiente que los instruya de sus diferencias, para que sepan lo que hacen, y por qué exploren la

(1) Rota coram Othobon in una Perusiana decis. 7. Februarii 1628. in alia Mauratensi pecuniaria, 20. Junii 1644. in Romana hæreditatis 7. Maii 1660. Galler. dec. 3. 9. y 27. Donadeo de Renunt. tom. 2. c. 44. n. 139. y 142. Casarreg. ad statut. Genuæ, de Succes. ab intestat. §. 12. n. 66. y sig. Card. de Luc. ibi, n. 10. cit.

voluntad de los renunciantes, ya sean ó no Religiosos, cerciorándolos de sus efectos, y en todo lo que esté de su parte, no sean la causa de pleytos y discordias; he procurado, con motivo de las renunciaciones de dos personas ricas que ante mí pasaron, y de la variedad de dictámenes que intervinieron acerca del modo de hacerlas, y disponer respectivamente de lo que tenían, y esperaban tener, registrar, examinar, y desentrañar varios AA. que de ellas tratan, é instruirme á expensas de sumo trabajo y desvelo de quanto contemplé oportuno y útil á este intento. Para que en lo sucesivo no yerren, ni aleguen ignorancia, debo sentar que las renunciaciones unas son *translativas*, ó *transmisivas*, y otras *abdicativas*, ó *extintivas* (1). Se llaman *translativas* las que comprenden los bienes, derechos y acciones que el renunciante tiene adquiridos, y se le han deferido, los que por una especie de donacion ó cesion implicita transfieren en el renunciatario, y de consiguiente se presupone un derecho radicado, y una adquisicion á lo menos intelectual y momentánea en la persona del renunciante, de donde se deriva, y por su representacion pasa á la de aquel á cuyo favor se constituye la renuncia, al qual aprovecha solamente (2). Estas renunciaciones ó repudiaciones que por lo regular se constituyen con cesion de derechos, mas son cesiones que renunciaciones respecto de que en nada se diferencian de la cesion.

6 Por *extintivas* ó *abdicativas* se estiman y graduán aquellas en que el renunciante que nada cierto y determinado dá, ni transfere de presente en el renunciatario, porque nada tiene, ni posee, aparta para siempre de su persona qualquiera derecho que en lo futuro le pueda venir, queriendo no se cuente con él para cosa alguna, que se le estime como no existente en el mundo; y por consiguiente, que aunque esté vivo, no se le contemple, ni tenga por parte en las sucesiones *ex testamento* y *ab intestato* que puedan recaer

(1) Card. de Luc. de Renuntiat. disc. 1. n. 3. disc. 3. n. 7. y en la summ. n. 12. y 15. Olea de Cesion. jur. tit. 1. quæst. 2. n. 15. y sig. Donadeo, tom. 2. cap. 49. dicho, n. 143. Noguero. allegat. 6. (2) Ley cum oportet, §. penúltim. vers. Sed nisi, Cod. de Bon. quæ liber. y ley 4. Cod. de Repudiat. hæreditat. Card. de Luc. disc. 1. y num. 5. dichos, y disc. 7. n. 2.

en él, antes bien se defieran y pasen á sus inmediatos parientes. Estas son las propias, y verdaderas renunciaciones, porque por ellas se induce, y verifica una simple, y nada privación, exclusion y absoluto desapropio, y desprendimiento que el renunciante hace de sus derechos, sin transferirlos, ni cederlos á persona determinada (1). De estos principios se deduce, que una misma renuncia puede ser translativa, y tambien abdicativa ó extintiva á un propio tiempo con diversos respectos. Translativa en quanto á los bienes y derechos que el renunciante tiene adquiridos, se le han deferido, y le pertenecen quando la constituye, lo qual es verdadera repudiación de ellos; y abdicativa ó extintiva por lo concerniente á los que al tiempo de renunciar no tiene adquiridos; pero pueden corresponderle en lo sucesivo por causa de presente, ó de futuro (2).

7 Se subdividen en *reales*, y en *personales*. Son reales, las que el renunciante formaliza movido no por atención y afecto á ciertas y determinadas personas, sino por un motivo general, y absoluto, y por un eficaz deseo de desprenderse, desapropiarse, y abdicar ó apartar enteramente de sí todos los bienes, herencias y derechos que tiene, y en él pueden recaer en lo sucesivo *ex testamento*, y *ab intestato* de parientes y estraños, ya sea con la mira y objeto de servir mejor á Dios, ó por otra causa absoluta y universal. De suerte que por estas renunciaciones se abdicar y desprende el renunciante de todos sus bienes y derechos presentes y futuros, y de la esperanza de ellos, y los transpasa en el renunciatario tan plena y eficazmente, que aunque este muera intestado, y aquel viva, no reviven, ni vuelven á él, excepto que intervenga nueva causa y derecho, ó que cese la de la renunciación; ni tampoco pasan á otra persona, ni Comunidad por su representación, ni éstas tienen el mas leve derecho á ellos (3). Por *personales* se entienden las que constituye en contemplación, y á favor de una ó mas personas ciertas y determinadas, á las que se restringen y limitan en tanto grado, que

(1) Olea quæst. 2. cit. n. 17. y 18. Card. de Luc. ibi, n. 5. dicho.

(2) Card. de Luc. de Renuntiat. disc. 6. n. 13. (3) Gallerat. de Resunt. lib. 2. cap. 5. y otros que cita.

faltando éstas antes que el renunciante, y habiendo aptitud y capacidad en éste para adquirir entonces, hace suyos otra vez los bienes que ha renunciado, y la renuncia queda inútil, é ineficaz en este caso, como si no la hubiera constituido, especialmente en herencias y derechos no deferidos al tiempo de hacerla, excepto que en ella disponga otra cosa (1); por lo que conviene que manifieste claramente su voluntad, á fin de evitar siniestras interpretaciones, y decisiones arbitrarias. Todas las expresadas renunciaciones pueden ser hechas por causa de presente y de futuro como las cesiones, con las que se confunden en la práctica y comun inteligencia, y por consiguiente se puede renunciar al modo que ceder el derecho de futuro con causa de futuro, y la esperanza de él; pero para que este derecho se realice, y sea efectivo, no indispensable que el renunciante tenga la capacidad y aptitud referidas al tiempo que se verifica recaer en él, porque si carece de ellas, ó está muerto civil, ó naturalmente, así como no puede adquirirlo, tampoco puede transmitirlo á otro por las razones que en el cap. 14. expondré.

8 Supuestas las acciones y derechos que pueden, ó no ser cedidos y renunciados (de que en el citado cap. 14. haré larga mención) y las clases de renunciaciones que los AA. distinguen; antes que explique las solemnidades que hoy son indispensables en las que otorgan los que entran en Religión, tengo por necesario decir alguna cosa acerca del origen que tuvieron las herencias y sucesiones respecto de los Monasterios, y de los Religiosos.

9 En tiempo de la Gentilidad no conocieron los Romanos otra especie de Religiosas que sus Vírgenes Vestales, á las quales consideraron incapaces de heredar y suceder *ex testamento*, y *ab intestato* (2). La misma incapacidad tuvieron las Iglesias y Monasterios durante el Imperio de los Gentiles, porque los reputaban Colegios, ó Juntas ilícitas y reprobadas; y sin embargo de que concedida la paz á los Cristianos por Constantino, se permitió dexarles libremente sus bienes (3), no sucedían *ab intestato* los Monasterios en los

(1) DD. supra citat. (2) Aul. Gellio, noctium Atticar. lib. 1. cap. 12. al fin. (3) Ley 1. Cod. de Sacrosanct. Eccles.

de sus individuos, sino en defecto de padres, hijos, agnados, cognados, y de muger legítima que el Monge hubiese tenido antes de su ingreso en el claustro, como se reconoce en una ley del Emperador Teodosio (1). Pero este Príncipe nimiamente propenso á publicar leyes nuevas, alterando, ó derogando las anteriores con la mayor facilidad, invirtió en esta parte el orden que se observaba, estableciendo que el que entrase en Religion, pudiese disponer de sus bienes antes de profesar del modo que quisiere, y le pareciese. Que si entonces no disponia, ni tenia hijos, los adquiriese el Monasterio, en quien se transferia su dominio, y que despues de profeso no pudiese testar de ellos. Que teniéndolos, les dexase su legítima, y en caso de no habersela dexado, pudiese, no obstante su profesion, testar á su favor, con tal que reservase en sí una parte igual á la de qualquiera de ellos, la que correspondia al Monasterio, el qual se debia tener en lugar de hijo: que no fuese lícito á los padres desheredar á sus hijos por causa de su entrada en Religion, antes bien tuviesen obligacion de instituirlos en su legítima; y que muriendo sin testar, les sucediesen los hijos Religiosos siendo solos, ó con los demas hermanos en caso de tenerlos, sin que para la sucesion les sirviese de obstáculo la profesion, ni eleccion de la vida Monástica; lo qual disponen tambien otros textos (2).

10 El §. 1. de la ley *Deo nobis* 56. Cod. de *Episcop. & Cleric.* establecida por el Emperador Justiniano, permite á los Monges heredar *ab intestato* á sus padres, sin que les sirva de impedimento la profesion Religiosa, ya concurren solos, ó con otros hermanos; cuya ley estendieron los defensores acerrimos de los Monasterios á toda clase de sucesiones, siendo así que habla únicamente de la de los padres, y milita en la de estos diversa razon que en la de los laterales, ó transversales. Su extension dimanó de la equivocada opinion del Jurisconsulto Bartulo en la glosa de ella, á quien como á oráculo siguieron incauta, y ciegamente los posteriores, sin de-

(1) Ley 20. Cod. de *Episcop. & Cleric.* (2) Ley 55. y *Authent. Nunc autem*, Cod. de *Episcop. & Cleric.* Nov. 5. cap. 5.: 76. cap. 1.: y 123. cap. 38. y *Authent. Si qua mulier*, Cod. de *Sacrosanct. Eccles.*

tenerse, como debieron, á exâminar dicha ley que es el único fundamento en que los Monasterios pueden apoyar su pretendido derecho á suceder en cabeza, y por representacion de sus Monges en las herencias de colaterales intestados, como expone cierto Jurisconsulto célebre (1). Nuestros AA. sin hacer mérito de nuestras leyes primitivas, que sin duda no vieron, pues á haberlas tenido presentes, no es creible que hombres tan literatos las hubiesen postergado á las Romanas y á las opiniones de los estrangeros, y sin reflexionar que éstas no son nuestras, ni se deben tener por tales, como está mandado, y adelante diré, adoptaron la errada interpretacion de Bartulo, preocupados tal vez de la grande autoridad que su dictamen, y los de Baldo, Juan Andres, y el Abad Panormitano se conciliaron en cierto tiempo, á quienes se mandó seguir á falta de ley en las Ordenanzas hechas en esta Villa por los Señores Reyes Católicos el año de 1499; pero se revocaron y anularon despues por la primera de Toro.

11 Puedese sin violencia traer en apoyo de la sucesion *ab intestato* de los Monges, el que por la práctica de los Tribunales hasta ahora observada se admitió al Monge profeso á la de los fideicomisos y Mayorazgos, no habiendo sido excluido por el fundador, ó no teniendo estos servicio anexo incompatible, pero no falta quien le niegue, y con justísima razon esta capacidad; pues aun dado, y no concedido que la tenga, hay notable diferencia, tanto en lo legal, como en lo político, entre la sucesion en los Mayorazgos, y la que hay por *ab intestato* á los bienes libres. En lo legal, porque la de los Mayorazgos se defiere en aquel caso por la mera voluntad del Fundador, que llamando á su línea, no excluyó, como pudo, al Monge; y la del *ab intestato* la hace la ley supliendo la voluntad que no manifestó, ni explicó el difunto; y así la regúla por la presuncion ó verosimilitud tomada de la mayor aficion que por lo general tienen naturalmente los hombres á su sangre, y con especialidad á sus parientes mas cercanos, por lo que los llama en su nombre (2); cuya

(1) Casarreg. ad *statut. Genue*, de *Succes. ab intestat.* §. 18. verb. *Successio defertur*, n. 13. al 15.

(2) Castill. lib. 3. *Controv. cap. 12. n. 57.* y lib. 5. cap. 158.

presunción no puede tener lugar respecto del Monge, porque despues de profeso, se le contempla muerto para el mundo: se considera que por la profesion renunció la carne y la sangre: se le mira como estaño de la familia; y se le tiene por incapaz de adquirir, y obtener bienes temporales libres y vinculados; y mediando estas circunstancias, no es creible, ni aun verisimil, antes sí muy repugnante, que el que falleció intestado tuviese jamas voluntad de excluir de su herencia á sus parientes para que recayese en un extraño, qual es el Convento ó Monasterio, en quien viene á radicarse la sucesion (1). No sucede lo mismo en las herencias *ex testamento*, porque el hecho de ser llamado el Monge al todo, ó parte de la herencia ó Mayorazgo, es visto que el testador ó fundador, conociendo la incapacidad de éste para adquirir para sí, la dexa á su Monasterio que no tiene privacion, ni prohibicion de poseer. Tambien hay diferencia considerada la sucesion en el orden político, porque el daño que se irroga al Estado de que un Monge obtenga el Mayorazgo, es de poca entidad puesto en paralelo con el de la obtencion de herencia, atento á que cesa con su fallecimiento, que puede acaecer al dia siguiente, y vuelve á circular en los demas sucesores seculares; pero en la herencia intestada es al contrario, porque se refunde en el Monasterio, y una vez refundida, tarde ó nunca vuelve á salir de su poder, á menos que intervenga gravissima indigencia, ó utilidad de éste; por cuya razon el Real Erario carece de los derechos que causarian las ventas que se hiciesen estando en manos de legos, (lo qual sucede tambien con los bienes vinculados, y otros poseidos por manos muertas) y empobrece el Estado seglar, que debe contribuir para las cargas de que están esentos los Monasterios, y sus Religiosos.

12 Como las leyes no tienen vigor fuera de los dominios del Legislador, y Justiniano jamas poseyó á España, á causa de haberse apoderado de ella los Godos desde el quinto siglo (2); nunca tuvieron en ella fuerza de tales las del Código y Novelas. Y aunque aquellos en los principios de su Im-

(1) Card. de Luc. de Renuntiat. disc. 1. n. 27. (2) Marian. lib. 5. cap. 1.

perio y dominacion permitieron por razones políticas, ó de Estado el uso de las Romanas establecidas en el pais conquistado, no fué comprendido en esta permission el Código referido, porque todavia no se habia publicado (1). Solo se observó el Teodosiano, que mandó promulgar y guardar por ley Alarico II. Pero sus sucesores por ódio al nombre Romano, y á efecto de abolir la memoria de sus leyes, las abrogaron enteramente prohibiendo su uso (2), y desde esta época se estimaron las leyes Romanas como dichos, autoridades, ó sentencias de sabios, fundadas en razon natural, en cuyo concepto está mandado se graduen (3).

13 Pocos años despues que Justiniano promulgó leyes en el Oriente, en donde imperaba, y las Auténticas relativas á esta materia, estableció una en España Leovigildo, que es la 12. tit. 2. lib. 4. del Fuero Juzgo ó Gótico, y dice: *Los Clerigos, è los Monges, è las Monjas que no han heredero ata septimo grado, è non mandan nada de sos cosas, la Iglesia à quien servian, lo debe haber todo.* De esta ley se prueba que la Iglesia y Monasterio no pueden heredar *ab intestato* al Clérigo y al Monge que tienen parientas hasta el séptimo grado, hasta el qual por la 11. anterior se concedia la sucesion intestada á los transversales; por lo que no pudiendo suceder al Monge, mucho menos podrán suceder á sus padres y parientes; y las 2. y 3. tit. 5. lib. 3. del mismo Fuero, establecidas por Recesvinto y Egica, excluyen al Monasterio en competencia de los parientes, cuya legislacion estuvo en observancia, no solo durante el Imperio de los Godos, sino despues de la irrupcion de los Sarracenos en estos dominios, la confirmaron varios Señores Reyes, y tambien el Concilio de Coyanca, hoy Valencia de Don Juan; y el Santo Rey Don Fernando dió este Fuero á la ciudad de Córdoba en el año de 1241, en cuyo tiempo se hizo la traduccion del que usamos publicó el Doctor Villadiego, y en 15 de Julio de 1788 se expidió al intento cierta Real Cédula dirigida á la Chancillería de Granada para que en la decision de negocios de esta

(1) Franckenean, ó Luc. Cortes. in themide Hispan. Sect. 1. núm. 3. y 4. Mesa, Arte historico y legal, cap. 4. (2) Leyes 8. y 9. tit. 1. lib. 2. del Fuero juzgo. (3) Ley 1. t. 3. l. 3. N. R. y notas 2. y 3.

naturaleza se arreglase á dicha ley , y á otras que refiere, cuya Cédula insertaré en el núm. 20.

14 En la coleccion de Fueros ó Leyes , mandada hacer por el Conde Don Sancho García , se halla una que dice: *Esto es Fuero de Castilla : que ninguna Monja ni Monge de Religion sil muriere algun pariente mañero que non haya fijos, los parientes mas propinquos del muerto deben heredar los suyos bienes : mas el pariente de Religion Monge ó Monja no debe heredar ninguna cosa en la buena del pariente mañero , mas debe heredar en la buena del padre ó de la madre , è igualmente con sus hermanos ; è si se avinier con sus hermanos quel den renta conocida , puede usar de toda la sua suerte , è servirse della en toda la sua vida , è arrendarlos à los estraños si non se avinier con sus parientes : mas no lo pueden vender , ni enagenar en sua vida , si non por tres cosas , por debda del padre , ó de madre, ó por sua debda qual hubiese fecho ante que entrase en la Orden, ó por mengua de comer , ó de vestir : è à la fin puede dar el quinto por sua Alma , è lo al que finque en sus parientes.* Esta ley es la 2. tit. 2. lib. 5. del Fuero viejo, el que mandó observar ocho años despues de la publicacion de las leyes de Partida el Señor Rey Don Pedro el Justiciero. Lo mismo mandaron posteriormente los Señores Reyes Don Enrique II. y Don Juan el II (1), y por ella se limita el derecho activo de suceder el Monge á sus padres , se le excluye del de sus hermanos y parientes , y se gravan los bienes que herede de aquellos , con la obligacion de reversion á sus hermanos y parientes respectivamente , sin permitirle disponer de mas que del quinto por su alma.

15 Posterior á la compilacion de las Leyes y Fueros referidos se hizo la del Real , ó de las Leyes , de orden del Señor Rey Don Alonso el Sábio , en cuyo cuerpo se hallan tres concernientes al intento. La primera, que es la 10. tit. 5. lib. 3. prohibe que se dé ó mande cosa alguna á hombre de Religion despues de profeso ; de cuya prohibicion se deduce , que si no puede ser instituido heredero , menos podrá heredar *ab intestato* , porque la sucesion por testamento como

(1) Discurso preliminar de los DD. Asso y Rodriguez al Fuero viejo de Castilla.

que proviene de voluntad expresa y determinada , es mas recomendable que la intestada, que se afianza en mera presuncion legal que puede fallar en muchos casos. La segunda, es la 11. tit. 6. del mismo lib. 3. y dice: *Todo home , è toda muger que orden tomáre , puede facer su manda de todas sus cosas fasta un año cumplido ; è si ante del año no lo ficiere, el año pasado no lo puede facer, mas sus fijos hereden todo lo suyo ; è si fijos, ó nietos, ó dende ayuso no hubiere, heredenlos los parientes mas propinquos.* Por esta ley se priva al Monasterio de suceder al Monge en los bienes que lleva consigo quando no dispone de ellos, y se concede la sucesion á sus hijos y parientes. Y la tercera, que es la 1. tit. 6. lib. 4. y trata, de los Monges que despues de haber profesado apostátan, ó se escapan del Monasterio, excluye á éste de su herencia, y la dá á los parientes de aquellos. La Ciudad de Baeza goza un fuero que la concedió el Señor Rey Don Alonso el septimo, en el que se halla esta constitucion notable: *El que entrare en Orden, lieve con él el quinto del mueble , è non mas, è lo que fincare en raiz, seya de los herederos ; cá non es derecho, ne comunal cosa por desheredar á los suyos, dar mueble, ó raiz á los Monges.* Todas estas Leyes y Fueros no respiran mas que exclusion de los Monasterios, y llamamiento de los parientes de los Religiosos á la sucesion de sus bienes ; y todas son verdaderas leyes ; están establecidas por legítimos Soberanos nuestros, mandadas observar como tales en varias Cortes, Concilios y Reynados, y no derogadas ; y así por haberse extinguido el Imperio de los Godos, y demas Señores Reyes sus sucesores , no se extinguieron, anularon, ni abolieron sus justas leyes, porque éstas toman su vigor, no de la familia reynante, sino de la Dignidad Real, y de la legítima de la Soberanía, á la qual es inherente la potestad legislativa ; por lo que no dudándose que fueron Reyes legítimos ; que las admitieron los Españoles en tiempo de su dominacion ; y que ninguna otra posterior las derogó especial, ni generalmente, deben observarse, y no desestimarse por la extincion de la familia que poseía el Centro, ni tampoco por decir que no están en uso, pues el que no se hayan usado á causa de no haberlas visto, y por esta razon, ó por otra no haber hecho aprecio de ellas nues-

tro AA., ni Letrados; no les quita el vigor que tienen como leyes pátrias, primitivas, justas y fundamentales (1). A mas de que está mandado que no sirva alegar el no uso de las leyes para eximirse del cumplimiento de su precepto, mientras no estén expresamente derogadas por otras ulteriores (2).

16 Al mismo Señor Rey Don Alonso que hizo la colección del Fuero Real, se atribuye la bastísima de las siete Partidas; obra por la grande erudición y sabiduría de que está adornada, digna del mayor lauro y aprecio, y por lo propio tan celebrada y aplaudida. Pero para su admision hubo mucha resistencia en estos Reynos, y así aunque intentó publicarlas en el año de 1263; no lo consiguió, porque estas leyes sacadas del Derecho y Auténticas Romanas, derogaban y alteraban algunas Leyes y Fueros antiguos, y no acomodaban á las costumbres españolas; por cuya razon quedaron sin uso, ni autoridad, hasta que mandadas enmendar por el Señor Don Alonso el undécimo, su viznieto, logró en las Cortes celebradas en Alcalá de Henares el año de 1348, que se admitiesen en quanto no derogasen, ni alterasen las leyes antiguas, fueros y costumbres de España, como lo declaró en una del Ordenamiento que se halla recopilada (3); y lo practicaron tambien los Señores Reyes Católicos en las Cortes celebradas en Toro el año de 1505 por otra, en la que las graduaron en quarto lugar para la decision de los negocios (4). La que toca particularmente á la presente materia es la 17. tit. 1. Partid. 6. que empieza: *Religiosa vida*:: Esta ley que fué sacada de la Auténtica *Si qua mulier*, Cod. de Sacrosact. Eccles. y dice: "que el hombre, ó muger que profesó en Religion, no pueda hacer testamento: que todos los bienes que posee, deben ser de aquel Monasterio, excepto que tenga hijos, ú otros descendientes legitimos, pues debe dexarles la legitima; y no mas, y si mas quisiere darles, ha de dar al Monasterio tanta parte, quanto toque á cada uno de sus hijos, ó descendientes; y que lo mismo se ha de observar si falleciere sin disponer

(1) Valiente, Appar. jur. publ. lib. 2. cap. 14. (2) Ley 11. t. 2. l. 3. N. R. y ley 1. de Toro. (3) Ley 3. t. 2. l. 3. N. R. (4) Ley 1. de Toro, en que está inserta la del Ordenamiento.

"de sus bienes." Por esta ley no se concede al Monasterio el derecho de suceder á los parientes del Monge *ex testamento*, ni *ab intestato*, ni á éste en otros bienes que en los que tiene quando profesa; y lo mismo dice la Auténtica de *Monachis*, cit. 5. cap. 5. collat. 1. ibi: *Res autem quas habuerit dum Monasterium intrabat, eas domini esse Monasterii*. Lo qual repite en el cap. 6. pues solamente son nuestros aquellos en que tenemos dominio y señorío, y que poseemos con buena fé, y justo titulo, como dice la ley (1), y no los que esperamos podrán recaer en nosotros, porque esto es tener esperanza de poseerlos, mas no tenerlos, lo qual es muy diverso, y hay inmensa distancia de lo uno á lo otro. La ley 2. tit. 2. de la misma Partida dice que pueden ser establecidos por herederos la Iglesia, el Emperador, el Clérigo, el Monge, el Lego, &c. pero nada toca de lo demás, ni tampoco la 88. tit. 18. Part. 3. habla de este punto, sino de cómo se ha de ordenar la carta, ó instrumento quando alguno entra en Monasterio, suponiendo tener hecho antes testamento, y dispuesto de los bienes que posee. Pero aun en la hipotesi de que todas hablarán atento á que no derogan expresamente las privativas y fundamentales de estos Reynos, y á que se debe juzgar por éstas primero que por aquellas, segun el orden gradual prescripto por la de Toro citada, porque tienen anterior grado de fuerza, y vigor legislativo, como primeras en tiempo, establecidas por Soberano legitimos, y admitidas por sus vasallos, de nada serviría, pues no obstante merecer sumo aprecio y recomendacion por la razon expuesta, carecen de aquella tan grande autoridad que algunos las atribuyen, y á que quieren elevarlas para todo; son solamente supletorias para juzgar lo que por las primitivas se puede resolver, y lo que está determinado, no necesita suplirse. Fuera de que en esta parte quedaron sin efecto por las del Conde Don Sancho, y Señores Reyes referidos en el num. 14. que años despues de su publicacion mandaron se observase el Fuero viejo de Castilla, y se admitieron únicamente en quanto no derogasen: ni alterasen las de los Fueros, segun dexo sentado.

(1) Ley 9. tit. 33. P. 7.

17 Para enervar, y eludir lo expuesto algunos AA. mas inclinados á los Monasterios que á la razon, fundados en el §. 1. de la ley *Deo nobis*, citada (pues en el Derecho Canónico no hay Texto, Canon ni Decretal que conceda á éstos el de que puedan suceder á los hermanos, y parientes del Monge que fallecen intestados despues de profeso) alegan que el Monasterio sucede en lugar de hijo (se entiende adoptivo, porque natural no puede ser) y que el Monge no pierde por la profesion, antes bien retiene los derechos que corresponden á los que se gobiernan por sí, entre otros los de prioridad de grado, y los traspasa á su Monasterio, por lo que recae todo en éste. Pero esta alegacion es una invencion mal discurrida para lucrarse, una ficcion destituida de todo apoyo sólido, y un error derivado de falta de reflexion racional y juiciosa (1); y de ella se deduce, que los parentescos se transmiten, y por consiguiente que el Monasterio es pariente del Monge, y de sus parientes, y como tal le sucede, ó que si aquellos no se transmiten, sino sus efectos en quanto al lucro, y utilidad, se transmite el efecto sin su causa; lo qual es absurdo, porque las herencias vienen por los parentescos, y de ellos se derivan, y no éstos de ellas; y no teniéndolo el Monge profeso con persona alguna en lo civil, disuelto el parentesco, nada de lo que podia recaer despues en él, y á estar en el siglo heredaria, puede recibir, ni por consiguiente transmitir, pues para esto se le conceptúa naturalmente muerto; y atento á que una vez muerto para el mundo, está incapáz, é impedido de adquirir bienes de él, y solo debe aspirar á los del cielo, y que quando pudo haber accion, faltó el sugeto, ó persona para quien se adquiriese, poco ó nada importa que el Monasterio tenga capacidad, porque quien ha de regular la sucesion, no es la capacidad, ó incapacidad de éste, sino la de aquel, y acabado el derecho del que dá, espira el de el que recibe (2). Asi no se puede retrotraer al tiempo de la profesion, porque en-

(1) Wanspen, in Apendic. ad vindic. canon de Peculiarit. & simonia, cap. 1. §. 3. Bald. in leg. Filium, ff. de His qui sui, vel alieni jur. sunt Bart. in Authent. Nisi rogati, Cod. ad Trebellian. Salicet. in Auth. S. qua mulier cit. Cov. lib. 1. Var. cap. 19. num. 6. y 7. (2) Gom. lib. 2. Variar. cap. 3. n. 8. vers. Tertia conclusio.

tonces no lo tenia adquirido; ni al de la muerte intestada del pariente, porque la profesion le obsta para la adquisicion posterior, que son los dos extremos hábiles que exige la retroraccion para que pueda verificarse, como diré en mi segunda parte lib. 2. cap. 2. Fuera de esto, si el Monasterio sucede en lugar de hijo del Religioso, ha de ser despues de profeso indispensablemente, porque antes de profesar no puede conceptuarse, ni ser hijo suyo; es así que los hijos naturales, y verdaderos de Religiosos profesos, y Clérigos ordenados de órden sacro tienen prohibicion de heredar á sus padres, como con legal apoyo senté en el cap. 1. luego con superior razon la tendrán aquellos, y los adoptivos de heredar á sus parientes. Si se alega que el Monasterio sucede á los parientes del Religioso, ó Religiosa, tomando, y ocupando el mismo lugar, y grado de ellos con los que se hallan en él, no puede tenerlo el derecho de representacion, ó subingresion, porque necesariamente como personas estrañas han de estar en grado inferior, y mas distante. Y mediante no admitir las leyes civiles, ni reales la representacion en el *ab intestato* fuera de los hijos de los hermanos, ni aun respecto de un hijo legitimo, y verdadero, segun en dicho cap. 1. expuse, mucho menos deberá admitirse la del ficticio (1).

18 Conociendo otros AA. de igual carácter, y preocupacion que el nombre, y qualidad de hijo como impropio no conviene al Monasterio, por ser invencion irrisible, y violenta, dicen que *sucedè en lugar de heredero*. Para que esto se verifique, es menester suponer al Monge con plena capacidad de adquirir por sí sin dependencia del Monasterio; y para darle esta capacidad civil, conceptuarlo vivo civilmente, lo que es directa, y diametralmente opuesto á la renunciacion que hace del mundo, y sus bienes por el voto solemne de pobreza, á la abnegacion, y abdicacion de sí mismo, y á lo que dicen las Leyes, y Cánones. Fuera de que el ser vivo, y muerto civilmente, es contradictorio, y aun contrario, y físicamente imposible; y si fuera cierto, tendria en la actualidad heredero de hecho uno civilmente

(1) Regens de Ponte, cons. 39. n. 10. y cons. 40. n. 3.

vivo, proposición que no se encuentra en la Jurisprudencia. De forma que los referidos AA. sin detenerse en sofismas, ficciones, inverosimilitudes, implicaciones, y repugnancias legales, y naturales, y teniendo al parecer por *justo lo útil*, opinión y máxima reprobada, procuraron delirando, y disparatando sostener la indebida, y voluntaria extensión que dieron á las leyes, con figurar al Monge unas veces padre, otras hijo, otras en parte siervo, y en parte hijo, formando de él un ente á la similitud del amphibio, y queriendo estuviere vivo para adquirir, y muerto para dar; y al Monasterio unas veces padre, y señor, otras hijo, y otras heredero, segun mas bien les acomodaba para evadirse, y no sumergirse en los escollos de que por todos lados estaban rodeados.

19 Otros convencidos de la inverosimilitud, incompatibilidad y repugnancia de las dos proposiciones anteriores, discurrieron el medio de decir *que el Monasterio sucede en los bienes del Religioso por cierta accesion con su persona*. De suerte que quisieron mantener vivo civilmente al Monge, y con capacidad de suceder en los bienes hereditarios, al modo que un secular, y en el supuesto de estarlo, y tenerla en su concepto, afirmaron que su Monasterio adquiria los que dexaban los parientes que fallecian intestados, estando el Religioso en grado mas cercano, ó en el mismo con otros; por cuya accesion, que es uno de los modos de adquirir el dominio, recaian en él. Pero por este medio tan lejos estuvieron de mejorar de partido, que antes bien á mi ver lo pusieron de peor condicion, porque siendo principio inquestionable que lo accedido se une, incorpora, y toma la naturaleza de la cosa á que se accede, en tal conformidad que dexa de ser lo que era en concepto de separado, se convierte en parte esencial ó integral de la misma cosa, y los dos constituyen un cuerpo real é indistinto, se sigue de este principio que la persona y bienes del Monge se extinguen en quanto tales, y se incorporan plenamente en el Monasterio, formando un cuerpo indistinto é inseparable por la accesion y confusion: y que lo que antes eran persona y bienes, se convierte en Monasterio; lo qual es clásico desvario, y hasta donde pueden rayar el alucinamiento, y la oscecacion y torpeza.

20 Todo quanto inutilmente utilizaron los AA. acerca de esta materia, desviándose del recto y trillado camino de la verdad y realidad, buscando arbitrios, sofismas y apariencias para dar valor á sus opiniones, inclinar á ellas, y seducir á los Jueces y Letrados incautos, perdiendo el tiempo que es tan precioso, no merece la mas leve consideracion, lo primero por su futilidad, inverosimilitud, y natural repugnancia á toda razon; y lo segundo, porque carecen de potestad legislativa, y porque de consiguiente son incapaces todos juntos de contrastar una sola ley, atento á estar ligados á ellas segun lo estamos los demas; por lo que, y porque como hombres estuvieron sujetos á errar, y engañarse en esto, y en otras muchas cosas, como todos lo estamos: no debe seguirse su dictamen sin embargo de su autoridad y literatura, y de ser muchos. Tampoco debe seguirse, ni adoptarse lo que dicen las Leyes y Autenticas del Derecho Romano, porque no son nuestras, y así dispongan lo que quisieren, no deben regir, ni prevalecer contra las patrias que lo son, y debemos observar; ni las de Partida en esta parte aunque nuestras, por las razones expuestas en el núm. 16. sino solamente las primitivas y fundamentales, y otras de estos Reynos que especifica la Real Cédula expedida en esta Corte el día 15 de Julio de 1788, dirigida á la Chancilleria de Granada para la decision de cierto pleyto allí pendiente en apelacion; la que á fin de que llegue á noticia de los Jueces y Letrados, y sepan cómo han de dar dictamen, y juzgar, inserto con la representacion que la motivó, y dice así: *EL REY. Presidente y Oidores de mi Real Audiencia y Chancilleria que reside en la Ciudad de Granada: SABEN, que en 14 de Noviembre de 1785 remitió al mi Consejo de mi Real Orden el Conde de Floridablanca para que me consultase su parecer, una representacion que dirigieron á mis Reales manos los Oidores de su Tribunal Don Josef de Pineda, Don Benito Hermida, Don Pedro Montilla y Don Francisco Carrasco, relativa á las dudas que se les ofrecieron para la decision del pleyto que se seguia en su Tribunal por recurso de apelacion entre el Convento de Trinitarios Calzados de la Villa de Membrilla, y Manuel Lopez Arévalo, como marido y conjunta persona de Josefa Ruiz, y de otros parientes de Fr. Juan del Moral, Religioso pro-*

feso que fue del referido Convento, sobre sucesion de los bienes patrimoniales que quedaron por muerte de dicho Religioso; y el tenor de la citada representacion es el siguiente.

«Señor. Los Oidores de vuestra Chancillería de Granada
 «Don Josef de Pineda, Don Benito Hermida, Don Pedro
 «Montilla y Don Francisco Carrasco hacen presente á V. M.
 «con el mas profundo respeto, y deseo del acierto que siem-
 «pre se vincula en vuestras Reales Resoluciones, las dudas
 «que embarazaron su juicio en la decision del pleyto seguido
 «por Manuel de Arévalo, cuñado, y otros sobrinos de Fr.
 «Juan Ruiz del Moral, Religioso profeso en su Convento de
 «Trinitarios Calzados de la Villa de la Membrilla, con di-
 «cho Convento sobre la sucesion y herencia de los bienes pa-
 «ternos de dicho Religioso, y el importe de cierto legado he-
 «cho á su favor, con motivo de su muerte acaecida en 8 de
 «Diciembre de 1780, cuyo pleyto fue traído en apelacion de
 «la Justicia de Almagro por el referido Convento á la Sala
 «primera de esta Chancillería, en que se ha visto por los Jue-
 «ces que representan. Los padres de Fr. Juan murieron por
 «los años de 1733 y 1759, y por ambas legítimas le tocaron
 «12701 reales, de los quales baxados 42400 que habia re-
 «cibido á cuenta de ellos anteriormente, 248 en varios mue-
 «bles, se le adjudicaron los restantes 82053 en bienes raices.
 «El legado de que se trata, consiste en 30 reales que le dexó
 «una hermana por su testamento otorgado en 15 de Julio
 «de 1768, pero no consta su recibo, ni el efecto de esta dis-
 «posicion testamentaria. Segun es costumbre, dexó al Reli-
 «gioso el goce y usufruto de dichos bienes paternos el Con-
 «vento; pero al mismo tiempo resulta que éste los miraba
 «como propios de la Orden, y se versaba como verdadero
 «dueño, vendia parte de ellos, arrendaba otros, los declara-
 «ba por suyos para la única contribucion, pagaba sus cargas
 «Reales, los incluía por mas caudal en la justificacion del que
 «poseía para mantener su existencia contra la extincion de-
 «cretada en la Visita de Don Pedro Pobes, y que Fr. Juan
 «reconocía este mismo dominio en su Comunidad, aparece
 «tambien del desapropio de dichos bienes que consta en autos
 «hizo el año de 1778, como suelen practicar los demas regu-
 «lares de los efectos que de hecho disfrutaban precariamente con

«permiso de los Superiores para salvar el voto de pobreza.
 «La regla y constituciones del Orden de Trinitarios Calzados
 «disponen en el §. 2. cap. 54. que los bienes hereditarios del
 «Religioso sean de la Casa ó Convento en que haya profesado;
 «y en los capítulos de la Vista de Don Pedro Pobes apro-
 «bados por el Consejo en 28 de Septiembre de 1779, se re-
 «conoce y contesta este mismo derecho, por quanto solo pro-
 «puso á la Provincia de Trinitarios se impusiese voluntaria-
 «mente una ley que limita su facultad sucesiva de adquirir,
 «contentándose con las adquisiciones hasta entonces hechas
 «como suficientes para su manutencion; y asi en efecto se
 «concibió la Acta Capitular en términos de una voluntaria re-
 «nuncia de sus derechos de adquirir mas, con la limitacion
 «de poder ejecutarlo, quando sin omision culpable de los
 «Conventos viniesen á menos sus fondos. La costumbre uni-
 «versal de España, la opinion comua de los AA. y la ley de
 «Partida conforman en conceder á las Ordenes Regulares el
 «derecho de suceder á los Religiosos profesos; y el privilegio
 «últimamente acordado á los que sirven de Capellanes en el
 «Exército y Armada, para testar libremente del peculio, ó
 «ó bienes adquiridos en aquel exercicio, es una limitacion
 «que confirma la regla general en los casos que no compren-
 «de. Los sobrinos del Padre Moral pretenden, sin embargo,
 «la exclusion del Convento á la sucesion de sus bienes here-
 «ditarios, aunque hubiese profesado sin haber hecho renun-
 «cia alguna en el año de 1713, apoyados en dos Provisiones
 «del Consejo, la una de 27 de Septiembre de 1771, por
 «la que se previno á la Justicia de Manzanares que con ar-
 «reglo á la ley 12. tit. 2. lib. 4. del Fuero Juzgo y demas del
 «Reyno, procediese sobre la herencia de los bienes de Fr. Fran-
 «cisco Camarena, Religioso de la misma Orden y Convento,
 «oyendo á los interesados, y adjudicándolos á sus parientes,
 «y la otra de 27 de Julio de 1781, en la que á instancia de
 «dichos sobrinos se manda á la Justicia de Almagro determi-
 «ne su pretension conforme á las leyes del Reyno citadas en
 «el exemplar del Padre Camarena. La ley del Fuero Juzgo
 «se insertaba en la primera Provision á la letra como se si-
 «gue: *Los Clérigos, é los Monges, é las Monjas que non han
 «heredero ata séptimo grado, é non mandan nada de sos cosas,*

«la Iglesia á quien servian, lo debe haber todo. La cita que en
 «general hace el Consejo de otras leyes del Reyno, no se in-
 «dividualiza en la Provision referida, pero puede creerse re-
 «lativa particularmente á la 11. tit. 6. lib. 3. del Fuero Real
 «en que se lee: *Todo ome, é toda muger que Orden tomáre,*
 «*pueda facer su manda de todas sus cosas fasta un año cumpli-*
 «*do, é si ante del año no lo ficiere, el año pasado, no lo pue-*
 «*da facer, mas sus fijos hereden todo lo suyo: é si fijos, ó nie-*
 «*tos, ó dende ayuso no hubiere, herédento los parientes mas pro-*
 «*pinuos.* La ley 17. tit. 1. Partid. 6. previene por el contra-
 «rio que con exclusion de los parientes hayan de heredar los
 «Monasterios al Religioso que no tuviere hijos, ó descendien-
 «tes por línea recta, y la práctica comun adoptó su doctrina
 «contra la ley del Fuero Real, que por consiguiente se halla
 «sin el uso de que pende todo su vigor. Por lo que toca al
 «Fuero Juzgo la fé de sus Códices vulgares, su autoridad,
 «la extension de la ley citada, su verdadero sentido, é in-
 «terpretacion (quizá mas favorable que adversa á las Igle-
 «sias y Monasterios) exígerian discusiones tan delicadas como
 «prolijas, pero ciertamente inútiles á la sabiduría, penetra-
 «cion, y talento de V. M. y asi reduciéndose con respetuoso
 «silencio á una concisa brevedad sobre asunto tan vasto, solo
 «exponen á V. M. los Ministros que representan, que en las
 «leyes que juraron guardar, y segun las quales se les manda
 «librar los pleytos, en la 3. t. 2. l. 3. N. R. no se compre-
 «hende el Fuero Juzgo, cuya autoridad legislativa espirando
 «en la dominacion Goda, solo ha recibido posteriormente se-
 «gun fue dado en fuerza de nuevas leyes ó privilegios de los
 «Soberanos por fuero particular de algunos Pueblos; por lo
 «qual prescindiendo de la rectitud y utilidad de las leyes que
 «encierra, se creen sin la competente facultad para adoptar-
 «las en juicio; y dudando por otra parte llenos de venera-
 «cion y respeto por las decisiones del vuestro Consejo, que
 «segun el espíritu de las leyes que ordenan la forma que ha
 «de guardarse en hacerlas é interpretarlas, sea de bastante
 «autoridad una Provision ordinaria de Justicia despachada sin
 «aquellos requisitos para restablecer la citada ley del Fuero
 «Juzgo, no solo decision de los negocios futuros, sino tam-
 «bien de los anteriores, antes de pasar á revocar ó confirmar

«la sentencia de la Justicia de Almagro, por la que con ar-
 «reglo á lo prevenido por el Consejo, declaró tocar y perte-
 «necer los bienes que disfrutaba Fr. Juan del Moral á sus
 «herederos *ab intestato* con exclusion del Convento de la Mem-
 «brilla = Suplican á V. M. se digne decidir si en efecto se ha-
 «lla el Tribunal obligado á conformar sus determinaciones
 «con la enunciada ley 12. tit. 2. lib. 4. del Fuero Juzgo, mi-
 «rándola como verdadera ley del Reyno para la decision no
 «solo del presente caso, sino tambien de los demas de esta
 «clase que con frecuencia podrán presentarse, con limitacion
 «ó extension de sus efectos á los tiempos y negocios anterio-
 «res á la declaracion que se solicita, Provisiones referidas del
 «Consejo, ó si no obstante éstas, queda expedita á los Jueces
 «la facultad de dirigir su dictamen como antes, segun los
 «principios de equidad y leyes de la Nacion, en la forma que
 «se halla prevenida su observancia por la ley recopilada, con
 «arreglo á las circunstancias de los casos ocurrentes, y espí-
 «ritu de Justicia con que anhelan el acierto, y feliz desem-
 «peño de sus pesadas obligaciones en beneficio del Publico, y
 «servicio de V. M. Dios guarde la C. R. P. de V. M. dila-
 «tados años. Granada 26 de Octubre de 1785. Don Josef de
 «Pineda Tabares. = Don Benito Ramon de Hermida. = Don
 «Pedro de Fonseca y Montilla. = Don Francisco Eugenio
 «Carrasco.»

*T vista por el mi Consejo esta representacion, teniendo pre-
 sente la resultancia del extracto de dicho pleyto que se acompa-
 ñó con ella, y lo expuesto por el mi Fiscal, acordó se comuni-
 case órden, como se hizo en 14 de Septiembre de 1786 á vos
 el Presidente, para que remitieseis al mi Consejo íntegros, y
 originales los citados Autos, y en su virtud lo executasteis en 26
 del propio mes. T vistos en el mi Consejo, teniendo presentes
 los antecedentes que se citan, y causaron las providencias del
 mi Consejo de 17 de Octubre de 1771 y 28 de Junio de 1781,
 y lo que sobre todo expuso el Fiscal, en consulta de 29 de Abril
 de este año me expuso su parecer, y por mi Real Resolucion á
 ella conformandome con él, que fué publicada, y mandada cum-
 plir en 25 de este mes, se acordó expedir esta mi Real Cé-
 dula, por la qual os mando, que así en los citados Autos se-
 guidos en este Tribunal por Manuel de Arévalo, y consortes con*

el Convento de Trinitarios Calzados de la Membrilla sobre la sucesion, y herencia de los bienes paternos de Fr. Juan Ruiz del Moral, que he mandado devolveros, y acompañan á esta mi Real Cédula, como en los demás que ocurran de la misma naturaleza, deveis conformar vuestra determinacion con el estatuto acordado por la Provincia de Trinitarios Calzados de Andalucía, y su Visitador Don Pedro Pobes y Angulo en el capitulo celebrado en 16 de Mayo de 1777, aprobado por mí, y por la Santa Sede, estendiéndola, y restringiéndola quando mas con respeto á la anterioridad, y posterioridad de los casos, y cosas, al mencionado estatuto, el qual es arreglado, y conforme á la ley 12. tit. 2. lib. 4. del Fuero Juzgo, y á las demas leyes del Reyno mandadas guardar en las Provisiones del mi Consejo de los años de 1771, y 1781. Y por quanto dicha ley del Fuero Juzgo no se halla derogada por otra alguna, y antes bien es conforme con lo posteriormente dispuesto en el cap. 2. lib. 1. del Fuero viejo de Castilla, declarado por el que dió el Señor Rey Don Alonso el Sábio en el año de 1252 á la Villa de Alarcon, y por el cap. 2. lib. 5. tit. 2. del mismo Fuero de Castilla, como tambien por la ley 11. tit. 6. lib. 3. del Fuero Real, por la ley 7. tit. 9. lib. 5. del Ordenamiento, por las de la nueva Recopilacion que acerca de la sucesion forzosa ex testamento, & ab intestato de los ascendientes, y colaterales no hacen distincion de los bienes de los Legos á la de los Eclesiásticos Seculares, y Regulares, y por otras leyes de varios Señores Reyes, de que el mi Consejo hizo expresion al Señor Don Carlos segundo, de que se compone el Auto acordado 4. lib. 4. tit. 1. y son las que comprendió el mi Consejo en sus Provisiones de 1771 y 1781 baxo la expresion genérica, y demas leyes del Reyno; deveis igualmente arreglaros á ellas en la determinacion de éste, y semejantes negocios, sin tanta adhesion como manifestais á la de Partida fundada únicamente en las Autenticas del Derecho civil de los Romanos, y en el comun Canónico, y que por lo mismo solo deben regir á falta de las de estos Reynos, que así es mi voluntad. Dada en Madrid á 15 de Julio de 1788. = YO EL REY = Por mandado del Rey nuestro Señor, Manuel de Aizpun y Redin. Esta Real Cédula expedida á impulsos del zelo de unos Ministros sensatos, y rectos, (que deseosos del acierto, y no dexándose conducir, preocu-

par, ni alucinar de sofisterias, y opiniones repugnantes á la razon natural, consultaron como debieron á la fuente, y se cubrieron con la Real deliberacion como ley viva para no hacer injusticia) y cumplimentada por la Chancillería en 28 del mismo Julio, hace revivir como leyes patrias no derogadas las del los Fueros Juzgo, y Real y demas que refiere, y estaban sin uso, ni observancia; dirime toda duda, y disipa las densas nieblas con que por las invenciones, y ficciones dictadas, y sugeridas por la codicia, tuvieron empañados generalmente (no sin admiracion) los ojos del entendimiento de los AA. regnicolas, y estrangeros en los siglos de la obscuridad; y así ya no tienen disculpa nuestros Jueces, y Letrados para no dar consejo, ni decidir de aqui adelante con arreglo á ellas. Y aunque no faltará quien diga que esta Cédula es peculiar y privativa para la Chancillería á quien se dirigió, y que se ha de juzgar por las leyes, y no por exemplares; debe desestimarse absolutamente este irregular, y cabiloso modo de opinar; porque á mas de ser leyes verdaderas, y generales las que cita, y manda observar, las quales por el no uso no han perdido su vigor, es visto por identidad de razon mandarlo á todos los Jueces de sus dominios en casos de iguales circunstancias, y la Cédula inserta es ley, y no exemplar; por lo que no pueden eximirse de su cumplimiento sin hacer clara injusticia, é incurrir en pena, aun quando no hubiera mas ley que la misma Cédula.

21 En consecuencia de quanto queda sentado, ya nadie debe dudar que los Conventos capaces de adquirir no son herederos de los parientes de sus Religiosos profesos que mueren sin testar despues de su profesion, no obstante que éstos al tiempo de hacerla hayan renunciado á favor de aquellos las futuras sucesiones; ni tampoco de los padres, y demas ascendientes que sobreviven á dicha profesion, y fallecen tambien sin disponer ya hayan hecho renuncia á su favor, ó profesado, sin renunciar (que es lo mismo que morir intestados) porque despues de profesos como están muertos para el mundo, carecen de capacidad y aptitud para adquirir, y por consiguiente de potestad para disponer, y transmitir á sus Conventos lo que no tienen, ni jamas fué suyo; lo que no sucede con las renunciaciones de los que viven en el siglo, los

quales son capaces de adquirir, y de transmitir, y no se deben confundir unos con otros; por lo que de nada servirá á los renunciarios alegar que puede cederse la esperanza, y que por haberla renunciado á su favor los Novicios, y vivir éstos al tiempo del fallecimiento de sus padres, y parientes, recaen por su representacion en ellos los bienes que á estar en el siglo heredarían, pues se frustrará, y desvanecerá su esperanza, ya sea con causa de presente, ó de futuro como dexo expuesto, y los bienes deberán pasar á los que sus ascendientes, y parientes instituyan, ó deben heredarles *ab intestato*, si de este modo fallecieren. Tampoco les sufragará exponer lo que en los núm. 17. al 19. queda referido, y con que hasta ahora estuvieron infatuados los Jueces y Letrados, respecto que á mas de ser todo una invencion hija de la avaricia desaprueban y disponen lo contrario nuestras leyes primitivas, como dexo demostrado, porque repugna á lo real, y verdadero. Lo propio milita con los estatutos de sus Monasterios, porque aunque les conceden la sucesion en los bienes de su individuos, como son leyes puramente privadas, y económicas dictadas por ellos para su gobierno, y utilidad, y carecen de autoridad para derogar las públicas establecidas por los legítimos Soberanos, á quienes como vasallos estan sujetos en lo temporal, nada conducen al intento, y así deberán regir, y entenderse solamente para con aquellos bienes que estando profesos les donan, ó dexan, porque es visto ser donados, ó dexados á sus Conventos; mas no para con los que antes de profesar no tuvieron, ni adquirieron. Por lo tocante á los que el Novicio posee como propios al tiempo de profesar, se ha de distinguir. Si tiene ascendientes, ó descendientes legítimos, se debe arreglar indispensablemente en estos Reynos de Castilla á las leyes 6. y 28. de Toro, al modo que si hiciera testamento; y de no practicar lo, será ineficaz totalmente la renuncia, como sucedió á la que formalizó Fray Joaquin Carnicero, Religioso Lego en el Monasterio de San Basilio de esta Corte, á quien traté, cuya nulidad pretendió su madre Doña Isabel Gomez, porque para despues de sus dias dexaba á su Monasterio los bienes que habia heredado de su padre; y con su audiencia, y la del Señor Fiscal del Consejo se substanció el pleyto en su Sala

primera por la Escribania de Gobierno á consecuencia de Real Orden que precedió; y en 5 de Octubre de 1772 se dió sentencia, *declarando nula la renuncia, y haber recaído pleno jure en la Doña Isabel desde la profesion de su hijo los bienes litigiosos; y para la providencia que se debia tomar por punto general en esta materia, se mandaron pasar los Autos á los Señores Fiscales*; la que no se ha tomado aun sin duda por los muchos, graves, y urgentes negocios á que tiene que atender el Consejo. En 30 de Agosto de 1787, en el pleyto que por la Escribania numeraria de Don Diego Benigno Gonzalez siguió el Señor Don Juan Francisco de los Heros, como segundo marido de la Señora Doña Teresa de Salazar, contra el Señor Don Salvador José de Muro su hijo, habido en su primer matrimonio con el Señor Marqués de Someruelos, sobre nulidad de la renuncia que á favor de dicho Don Salvador otorgó su hermana entera Doña María de la Encarnacion y Muro, Religiosa en el Convento de Señoras Descalzas Reales de esta Corte, declaró el Señor Don Juan Antonio de Santa María, Teniente Corregidor de ella, *nula la renuncia, y que la parte de legítima paterna litigiosa de la citada Doña María pertenecia á su madre; y apercibió al Escribano ante quien pasó, que en semejantes instrumentos se arreglase á las disposiciones de derecho que era de su cargo saber, instruyendo de ellas á los otorgantes para que no se excediesen de sus facultades*. Esta sentencia se confirmó por el Consejo en 17 de Octubre siguiente, teniendo sin duda en consideracion, que para disponer libremente en vida ó muerte los ascendientes y descendientes Novicios de estos Reynos de Castilla á favor de sus Conventos, ó de otras personas parientas ó estrañas de todos los bienes que poseen, y se les han deferido al tiempo de su profesion, necesitan licencia jurada de todos los que son sus herederos forzosos, como diré en el n. 32. la que pueden concederles estos en la misma renuncia, concurriendo á ella, ó en instrumento separado; y no concediéndosela, solo pueden testar y renunciar respectivamente del tercio, ó quinto de ellos, segun las citadas leyes: no renunciando así, se anulará en el todo la renuncia por la infraccion de ellas. Tampoco pueden reservarse su total usufruto sin su licencia, porque toca como la propiedad á sus legítimos herederos. El

dominio de ésta es el que presta título para la adquisición de frutos, y si por estar muertos civilmente despues de profesos, tienen imposibilidad legal de adquirirlos, si expresamente no se lo permiten los herederos, la tienen por consiguiente de transmitirlos, y así son por todo derecho de sus ascendientes y descendientes, los quales pueden testar y disponer de ellos del mismo modo que si tales herederos forzosos estuvieran muertos naturalmente, ó nunca los hubiera tenido. No disponiendo, pasarán á los existentes en el siglo que *ab intestato* deben heredarles, y no á sus Conventos; no obstante que los Religiosos vivan. De los que no poseen, ni se les han deferido, de ninguna manera pueden disponer en propiedad, ni reservarse su usufruto total ni parcialmente, sin embargo de que tengan esperanza de que á existir en el siglo recaerian en ellos, porque milita la propia razon de imposibilidad de adquirirlos despues de profesos, si no se los dexan sus dueños para sus urgencias; y así aunque el hijo novicio tenga á su padre loco ó fatuo, no puede disponer de los bienes de éste á favor de su madre, ni de otro para en el caso que muera en su demencia despues de profeso, por no ser suyos, pues por estar demente no le privan las leyes de su dominio, sino solamente de su administracion, ni lo conceden á su hijo, por lo que pasarán á los que *ab intestato* deban heredarle falleciendo en ella, y no á su viuda, ni á su madre, porque ésta ningun derecho tiene á ellos, ni el hijo puede transmitirse á causa de no haberlo adquirido viviendo su padre. Pero si el renunciante novicio carece de herederos forzosos, puede reservarse en la renuncia el todo, ó parte de los frutos de los bienes que entonces posee, para subvenir á sus Religiosas necesidades, pues no le está prohibido, ni el poseerlos precariamente con permiso de su Prelado, con el que dicen los Religiosos se salva el voto solemne de pobreza, y para despues de su vida mandar que dichos bienes pasen para siempre en propiedad y usufruto á la persona ó personas que nombre, ó tambien á su Convento mientras no haya ley prohibitiva; ó distribuirlos en legados ó donaciones, y fundaciones pias ó profanas, como si fuera por testamento sin diferencia, pues su renuncia surte efecto de última voluntad. Finalmente, todas las dudas y dificultades que algunos

Letrados menos instruidos pudieran poner en apoyo de la sucesión *ab intestato* de los Religiosos y sus Monasterios, se desvanecen del todo con lo dispuesto en la Pragmatica de 6 de Julio de 1792, ley 17. tit. 20. l. 10. N. R. que á la letra dice así: Don Carlos *Ec. SABED: Que en 12 de Agosto de 1787 se remitió al Consejo de orden de mi Augusto Padre y Señor (que de Dios goce) para que le consultase lo que se le ofreciere y pareciere, un memorial de Don Francisco Xavier Gomez Tostón, vecino del Lugar de la Puebla nueva, solicitando se mandase llevar á efecto la última disposición de Josef Dominguez del Valle, su primo, en quanto á la fundacion de un vínculo á su favor, sin embargo de las sentencias de vista y revista pronunciadas por mi Real Chancillería de Valladolid, por las que declaró tocar y corresponder los bienes y herencia ab intestato del Josef Dominguez á Doña María de la Paz Dominguez del Valle, Religiosa en el Monasterio de San Benito, Orden del Cister de la Villa de Talavera. Cumpliendo el mi Consejo con lo que se le previno, precedido el informe de aquel Tribunal, con copia del memorial ajustado del pleyto que se referia, y lo que en razon de todo expuso el mi Fiscal, manifestó su parecer en consulta de 11 de Agosto de 1788: Y por Real resolución á ella, se dignó mandar mi glorioso Padre, entre otras cosas, que mediante á que la resolución de este expediente podia causar regla para declarar si los Regulares profesos conviene que sucedan ó no á sus parientes ab intestato, no siendo ellos capaces por sus personas, y faltando á los Conventos la calidad de parientes, queria que el Consejo pleno con audiencia de los Fiscales y del Procurador General del Reyno, viesse y examinase este negocio y sus consecuencias, y consultase lo que se le ofreciere y pareciere, proponiendo la ley decretoria ó declaratoria que conviniese establecer. A este fin acordó el mi Consejo se reuniesen todos los expedientes que existian en él, reclamando los parientes las herencias de los Religiosos que las habian renunciado á sus Monasterios ó Conventos, como así se hizo, y con esta instrucción pasó al Procurador General del Reyno, y á mis tres Fiscales, que respectivamente expusieron quanto creyeron conveniente, y lo mismo executó el mi Consejo en consulta de 15 de Julio del año próximo pasado, manifestando el origen de los Regulares ceñido á la substancia y al intento, lo dispuesto en las*

leyes de Partida, Fuero Juzgo y Autos acordados, lo determinado en los Concilios acerca de las herencias de los Religiosos, y la sucesion á sus Monasterios; y con atencion á todo me propuso el dictámen que estimó correspondiente. Enterado Yo de los fundamentos de esta consulta por mi Real resolucion á ella, he tenido por bien expedir esta mi Carta y Pragmática-Sancion en fuerza de Ley, que quiero tenga el mismo vigor que si fuese promulgada en Cortes: Por la qual prohibo que los Religiosos profesos de ambos sexos sucedan á sus parientes ab intestato, por ser tan opuesto á su absoluta incapacidad personal; como repugnante á su solemne profesion en que renuncian al mundo, y todos los derechos temporales, dedicándose solo á Dios desde el instante que hacen los tres solemnes é indispensables votos sagrados de sus institutos; quedando por consecuencia sin accion los Conventos á los bienes de los parientes de sus individuos, con título de representacion ni otro concepto; é igualmente prohibo á los Tribunales y Justicias de estos mis Reynos, que sobre este asunto admitan, ni permitan admitir demandas, ni contextacion alguna, pues por el hecho de verificarse la profesion del Religioso ó Religiosa, les declaro inhábiles á pedir ni deducir accion alguna sobre los bienes de sus parientes que mueran ab intestato, y lo mismo á sus Monasterios ó Conventos el reclamar en su nombre estas herencias, que deben recaer en los demas parientes capaces de adquirirlas, y á quienes por derecho corresponden. Y para que lo contenido en esta mi Pragmática-Sancion tenga su pleno y debido cumplimiento, mando á los del mi Consejo, Presidente y Oidores de mis Audiencias y Chancillerías, y á los demas Jueces y Justicias de estos mis Reynos, vean lo dispuesto en ella, y guarden y cumplan, y hagan guardar y cumplir sin contravenirlo ni permitir se contravenga en manera alguna, sin embargo de qualesquiera Leyes, Ordenanzas, estilo ó costumbre en contrario; pues en quanto á esto lo derogo y doy por ninguno, y quiero se esté y pase inviolablemente por lo que aquí va dispuesto, precediendo publicarse en Madrid, y en las demas Ciudades, Villas y Lugares de estos mis Reynos en la forma acostumbrada. Todo lo qual tendrá presente el Escribano para instruir á los renunciantes, y no cometer absurdos, ni exponerse á sonrojos judiciales.

22 Ninguno instruido en el derecho duda que un parti-

cular puede excluir al Monge de suceder en el Mayorazgo que erige, como regularmente se hace, é imponer condiciones á favor de los Seculares con exclusion de los que han profesado la vida Monástica, por lo que con superior razon lo puede hacer el Príncipe, en quien sin comparacion reside mayor potestad que en el particular; y así exigiendolo las circunstancias del bien público, una vez que se dexa al Monasterio lo suficiente para la cóngrua sustentacion de sus individuos en conformidad de los preceptos del Evangelio, y del derecho natural que á cada ciudadano compete para que la sociedad en que vive, no le impida, antes bien le proporcione y facilite los medios honestos de adquirir lo necesario para la subsistencia, está en arbitrio de la potestad real el moderar la adquisicion de los bienes temporales, porque ésta y su posesion dimanar de la munificencia y liberalidad de los Principes seculares, como tambien los privilegios y esenciones concedidas justamente al orden Eclesiástico, á fin de hacerlo mas respetable, como debe serlo, y de que con mayor decencia pueda ejercer las funciones de su alto y sagrado Ministerio (1). Los que atribuyen esta facultad á la potestad Eclesiástica, invierten y trastornan el maravilloso orden, que es el distintivo de ambas potestades, como expusieron el Angélico Maestro, y otros muchos; pues la Eclesiástica como espiritual debe establecer leyes sobre cosas espirituales solamente; y la secular sobre las profanas y temporales (2); por cuya razon el Rey no puede dispensar para la obtencion de Beneficios y Dignidades Eclesiásticas, ni el Papa fuera de sus dominios legitimar para lo temporal á los que no son sus vasallos (3), y aunque algunas disposiciones canónicas tratan de las temporales, no se deben mirar, ni tener como verdaderamente Eclesiásticas para el efecto de observarlas fuera del Estado Potificio, sino como puramente temporales

(1) Ley 50. tit. 6. P. 1. Div. Aug. tract. 6. in Joan. cap. 6. relat. á Grac. in cap. 1. dist. 8. Div. Thom. in Epist. cap. 13.

(2) Div. Thom. in 2. Sententiar. dist. 44. quæst. 2. artic. 3. vers. Ad quartam, dicendum quod potestas: Dupin de Antiqua Eccles. disciplin. dissert. 7. per tot. Anton. Pereir. de Suprem. Reg. in Clericos potest. per tot. Véase el dictámen del Colegio de Abogados de esta Corte sobre las Theses de Valladolid, inserto en la Real Provision de 6 de Setiembre de 1770. (3) Ley 4. tit. 15. P. 4. Covarr. de Matrim. cap. y §. 8.

hechas por un Soberano, qual lo es el sucesor de San Pedro, para las tierras de su dominacion temporal, al modo que lo practica cada Principe en las suyas.

23. Supuestos estos antecedentes, paso á explicar ahora la edad que se requiere para entrar en Religion, ó clausura, cuánto tiempo han de tener los Religiosos de probacion, ó noviciado, qué requisitos deben preceder para darles la profesion, y renunciar, y qué solemnidades exigen hoy para su estabilidad las renunciaciones que hacen; y digo que el Emperador Justiniano en la Novela 76 ordenó que los que hubiesen de profesar en Religion, ya fuesen varones, ó hembras, tuviesen facultad antes de su ingreso en ella de disponer de sus bienes del modo que quisiesen; cuya facultad les concedieron tambien con las calidades expresadas nuestras leyes antiguas, el Derecho Canónico, y las reglas, ó estatutos Religiosos (1). Lo qual se observó hasta que se celebró el Santo Concilio Ecuménico, ó universal en la Ciudad de Trento.

24. Se hicieron presentes en este Santo Concilio los gravísimos daños que de estas disposiciones se originaban, y con el objeto de extirparlos, mandó que para entrar en Religion el varon, tuviese 14 años cumplidos, y la hembra 12, y ambos uno de probacion, ó noviciado antes de profesar; y que hasta que cumpliesen los 16 de su edad, no se les diese la profesion, y si se les daba, fuese nula, á menos que estuviesen en peligro de muerte (2). Mandó tambien á los Conventos de Monjas que nada recibieren por las dotes de éstas hasta que hubiesen profesado, á fin de que tal vez por miedo de no recobrarlas, si dexaban el hábito, no profesasen contra su voluntad; pero no les prohibió tomar en este caso lo que importasen el vestido y la comida en el tiempo que estuviesen en ellos (3). Asimismo mandó á las Preladas que un mes antes de espirar el año de probacion de las Novicias, avisasen al Ordinario Eclesiástico para que explorase la

(1) Leyes 7. tit. 7. P. 1. 88. tit. 18. P. 3. y las de los Fueros insertas en los números anteriores Can. 9. caus. 19. quæst. 3. Regul. S. Francisci, & aliæ. (2) Concil. Tridentin. ses. 25. cap. 15. y 17. de Regul. y leyes 3. y 4. tit. 7. P. 1. (3) Concil. ibi, cap. 16.

voluntad de éstas, baxo la pena de suspension arbitraria de su oficio si lo omitian (1).

25. La exploracion, que regularmente se hace en la puerta reglar del Convento, ó en donde estima conveniente la Novicia para tener mas libertad, se reduce á seis preguntas. La primera, ¿ cómo se llamaba en el siglo, y se llama en la Religion, de dónde es natural, de quién es hija, y qué edad y estado tiene? La segunda, ¿ si en el sitio, y lugar en que se halla haciendo esta declaracion, tiene bastante libertad, si quiere mas, y si es, ó ha sido inducida, violentada, ó intimidada por alguna persona para ser Religiosa, y profesar? La tercera, ¿ cuánto tiempo ha se halla en el Convento y su noviciado con el hábito de Novicia, si en él ha experimentado la vida religiosa, si el sustento que en él se subministra, es bastante para pasar la vida humana, y si se halla con fuerzas para profesar, y perseverar? La quarta, ¿ si padece enfermedad perpetua, ó contagiosa, y si tiene algun impedimento para profesar? La quinta, ¿ si sabe que para haber de profesar ha de hacer votos de pobreza, obediencia, castidad, y de guardar perpetua clausura? Y la sexta, ¿ si de su libre, y espontanea voluntad quiere profesar en aquel Convento, y pide licencia para ello, y para disponer, y renunciar sus legítimas paterna, y materna, y demas bienes, derechos, y acciones que la pertenecen, y pueden tocar, y pertenecer en lo sucesivo de qualquier manera, y por qualquier titulo conforme á derecho? A estas preguntas precedido juramento de decir la verdad, vá satisfaciendo, y concluidas, la concede el Ordinario la licencia que pide; de cuyo acto pone testimonio á la letra el Notario ante quien pasa, en el libro de profesiones del Convento, y de lo concerniente á la licencia se saca copia testimoniada con la relacion competente para insertarla en la escritura de renunciacion; lo que es al contrario con los Religiosos, pues se les entregan originales la licencia, y el pedimento, ó memorial que la motiva, y todo se une á la escritura. Pero es de advertir, que sin embargo de esta exploracion, y licencia si el Religioso, ó Religiosa entraron, y profesaron violentados,

(1) Concil. ibi, cap. 17. cit.

pueden reclamar con justa causa la profesion dentro de cinco años contados desde el día de ésta, y deben hacer la reclamación ante el Ordinario, y subsistir en el Convento mientras se decide (1).

26 Por lo respectivo á las renunciaciones ordenó el mismo Santo Concilio que los Novicios, y Novicias (ya fuesen mayores, ó menores de 25 años, pues no distinguió) las hiciesen precisamente dentro de los dos meses inmediatos á su profesion, precedida la licencia del Ordinario Diocesano, ó de su Vicario, y que hasta que hubiese profesado, ningun efecto surtiesen, aunque se corroborasen con juramento, y contuviesen renunciación expresa de este auxilio; cuya nueva forma mandó observar invariablemente baxo la pena de nulidad (2). Pero no anuló las hechas con la referida licencia dentro de los dos meses del año contado desde el día de su ingreso en el Convento, no obstante que despues de cumplido se difiriese mucho, ó poco tiempo la profesion; ni las donaciones, testamentos, ni otras ultimas voluntades formalizadas antes de entrar en Religion sin la citada licencia, sino solamente las renunciaciones hechas despues de haber tomado el habito; y así para la validación de éstas, y no para las demas es indispensable observar la forma que prescribió (3). Tampoco alteró lo dispuesto por las leyes respectivas de cada Reyno, ó Provincia en quanto al modo de suceder, y heredarse los ascendientes, y descendientes legítimos, y los parientes de los Religiosos, ni en estos se mezcló, por ser peculiar, y privativo de la potestad secular, y estar sujeto como profano á las leyes civiles, y reales; por lo que en estos Reynos de Castilla, y Leon se debe observar lo que en los núm. 20 y 21 dexó sentado.

27 Siendo real, abdicativa, y extintiva la renunciación, han de renunciar los que la hacen, ya sean, ó no seculares, no solo los bienes que tienen, les pertenecen, y se les han deferido entonces, (y si son ascendientes, y descendientes, sus legítimas) sino tambien los que por qualquier título, causa ó

(1) Concil. Trid. ses. 25. dicha, cap. 19. de Regular. (2) Conc. c. 16. cit. (3) Gallenar in Declar. ad Conc. ses. 25. cap. 16. de Regul. Card. de Luc. de Renunt. disc. 1. n. 15. Gallerat. de Renunt. lib. 3. c. 7. n. 7. al 9. & communiter DD.

razon puedan recaer en ellos en lo sucesivo *ex testamento* y *ab intestato* de parientes, y estraños por causa de presente, y de futuro, á lo que llaman *futuras sucesiones*; pues para que éstas se entiendan comprendidas en la renunciación, es preciso que se especifiquen, y de omitirse, no se estimarán incluidas en ella, ni en la general de legítimas, y de otros bienes, y derechos, porque como es de riguroso derecho, debe interpretarse estrechamente, y limitarse á lo que literal y expresamente contiene.

28 Igualmente han de conceder facultad al renunciatario para que luego que se verifique su profesion, (si son Religiosos, y no siéndolo, desde aquel instante, ó desde el día que señalen) disponga de los bienes renunciados como dueño propietario, y absoluto por contrato, ó última voluntad, del mismo modo que si los renunciantes murieran naturalmente, expresando que si el renunciatario falleciere antes que éstos sin testar, pasen los bienes á los que *ab intestato* deban heredarle, con cuya expresion se evita la duda, y disputa de si la renunciación fué translativa personal, ó real extintiva; de si hubo, ó no caducidad; de si por esta se ha de resolver aquella, y de consiguiente si deben, ó no hacer reversion los bienes á los renunciantes. Y si quisieren que sea translativa personal, explicarán su voluntad con tal claridad que no dé lugar á siniestras interpretaciones, pues con lo explicado bastante luz tiene el Escribano para instruirlos, y proceder con discernimiento de casos.

29 Por ser este contrato como de enagenación uno de los que la ley (1) permite ligar con juramento, no solo pueden interponerlo en él los menores de 25 años, sino tambien los mayores de ellos, y obligarse baxo de él unos y otros á haber por firme la renunciación, y no revocarla, ni reclamarla total ni parcialmente, ni oponerse á su tenor con pretexto de menor edad, (si fueren menores) lesión en sus legítimas, (siendo ascendientes, ó descendientes, pues no siéndolo no viene al caso hablar de ellas) ni miedo reverencial, (si hay motivo para tenerlo) ni dolo, ni violencia para renunciar en aquellos términos, ni con otro motivo, sea el que

(1) Ley 7. t. 1. l. 10. N. R.
Tomo I.

fuere, sin la mas leve excepcion, ni reservacion; y así conviene que se interponga á fin de que sea estable, y no pueda el renunciante revocar por otra la renuncia, como ya se ha visto, ni alegue que es pacto de no suceder, que por derecho está reprobado; porque con el juramento se le dá vigor y firmeza. Pero el hijo que estando baxo la patria potestad entra en Religion, no necesita ser emancipado por su padre para otorgar su renuncia, como algunos poco instruidos creen, porque para este efecto se le contempla fuera de ella, y le habilita el derecho para disponer de su persona, y así basta la licencia del Ordinario Diocesano que es su Juez.

30 Puede prevenir en la renuncia el Novicio lo que se ha de practicar con los bienes renunciados que entonces posee, en los casos de que pase de aquella Religion á otra igual, ó menos estrecha, ó le den Obispado, ú otra Dignidad, ó en el de que se secularice con dispensacion; bien que en éste puede disponer libremente con arreglo á las Leyes de estos Reynos, segun he sentado en el cap. 1. ya haya renunciado á favor de su Convento, ó profesado sin renunciar; pero por si éste resiste devolverle sus bienes, alegando para su retencion razones que sugiere la codicia, conviene que en la renuncia á su favor se exprese que la hace para que sea dueño de ellos si falleciere en aquella Religion, y no de otra suerte, pues si saliere de ella despues de profesó por enfermedad, ú otro motivo, sea el que fuere sin excepcion, se los ha de volver y restituir incontinenti íntegramente, á cuyo fin le constituye poseedor precario, y le prohíbe hipotecarlos, gravarlos y enagenarlos mientras viva. Prevendrá tambien renunciando á favor de su Convento, lo que se ha de practicar en caso que éste se suprima, ó se extinga la Religion, ó quando el renunciatarío no quiere admitir la renuncia, ó siendo ésta translativa y personal, si los bienes renunciados han de volver al renunciante, ó á quién, muriendo el renunciatarío testado ó intestato antes que él, ya estén, ó no en poder de éste, y resolverse por consiguiente la renuncia, ó pasar á los herederos que el renunciatarío haya instituido, ó deban heredarle *ab intestato*. Y se advierte que el renunciante puede conceder facultad al renunciatarío extraño para disponer li-

brememente á favor de quien quisiere en vida y muerte de los bienes que posee, y le cede, aunque éste tenga legítimo ascendientes, ó descendientes, sin estar sujeto en quanto á ellos á las leyes que le obligan á dexarles los que le pertenecen quando fallece; é imponer como donante al que no sea su heredero forzoso, los gravámenes, y condiciones posibles y honestas que le parezca, pues no siendo opuestas á derecho, debe cumplirlas.

31 Es nulo aunque se autorice con juramento el contrato, por el qual una persona pretende adquirir la futura sucesion de los bienes de otra, que llaman *Pacto de succedendo*; y la razon es, porque cede en detrimento de tercero, induce á insidiar la muerte de la una, se opone á las buenas costumbres, é impide la libertad de testar, excepto entre Soldados quando van á entrar en batalla. Paso á tratar si el que contiene el pacto contrario, que es *de non succedendo*, por el qual el hijo, ú otro descendiente agnado, ó cognado, que tiene derecho á heredar á su ascendiente, ó consanguíneo *ab intestato*, se abstiene, ó renuncia la sucesion de sus bienes, valdrá, ó no; y digo que aunque padre é hijo son dos personas realmente distintas segun la naturaleza, se estiman como correlativos por una en la legal censura para los actos civiles; y así estando el hijo baxo de la patria potestad, se le permite celebrar con su padre contratos de peculio castrense, y quasi castrense solamente (1). Digo tambien que el pacto, ó renuncia que hace de sus legítimas, y futuras sucesiones, ya se halle ó no en el dominio paterno, está reprobado por derecho, y como tal es nulo (2). Lo qual se entiende, no obstante que lo haga por causa onerosa quiero decir, por haber recibido algo de su ascendiente, ó consanguíneo á quien debia heredar, en premio y compensacion, ó remuneracion de la renuncia (3).

32 Pero si la renuncia se liga y corrobora con juramento, será firme é irrevocable, porque éste hace válido el con-

(1) Leyes 2. tit. 5. y 6. tit. 11. P. 5. y 8. tit. 11. lib. 3. del Fuero Real. (2) Leyes Qui supersticis 49. ff. de Acquirend. hæred. final, ff. de Suis, & legitim. hæred.: Quod bonis 15. §. 1. ff. ad leg. Falcid. y Si quando 35. §. Illud, Cod. de Inofficis. testam. (3) Dicha ley final, y ley Pactum dotali 3. Cod. de Collationib. Gom. en la 22. de Toro, num. 1.

trato que sin él puede revocarse, si no se convierte en detrimento de tercero, ni es contra buenas costumbres (1), como en el presente sucede; por lo que el hijo que renuncia con juramento la herencia de su ascendiente, se constituye extraño de la sucesion, pierde el derecho de disponer libremente de sus bienes como dueño de su persona, y no se le debe la legitima, ni puede romper, ni decir de inoficiosidad, ni nulidad del testamento de su padre, ó ascendiente que le preterió, porque la accion de alegarlas se regula por el derecho de suceder *ab intestato*, del que carece por la renuncia jurada (2). Lo propio milita con la licencia jurada que los legitimos ascendientes conceden á sus descendientes para testar libremente, que viene á ser renuncia que hacen de la legitima que por su previo fallecimiento les puede corresponder, ó pacto de *non succedendo*, porque versa no solo identidad, sino mayoría de razon (3); sin que los hermanos del descendiente puedan reclamar esta licencia, ó renuncia, porque carecen de accion *ex testamento* á los bienes de su hermano. Y aunque los hijos por lo que tienen de sus bienes segun la naturaleza, y por la probable esperanza de heredarlos, como que es regular le sobrevivan, se reputan en derecho quasi dueños de su hacienda (4), se entiende de la que dexan propia quando fallecen, mas no de la que no adquirieron pudiendo, pues no pueden ser compelidos á su adquisicion. A mas de que el derecho no deferido se puede renunciar por pacto (5), el ascendiente puede renunciar todo lo que está establecido en su privativo beneficio (6), y dexar de adquirir y consumir lo que adquirió, y el que sobreviva á su descendiente, es eventual. Por estas razones, y porque sin

(1) Cap. *Quamvis pactum*, de Pact. lib. 6. cap. *Cum contingat*. 28. de *Jurejurand.* y cap. *Licet mulieres*, eod. tit. lib. 6. Gom. ibi. n. 6. y 7. Covarr. y Gutierre. en dicho cap. *Quamvis*. (2) Gom. en dicha ley 22. n. 9. ley *Necessariis*, ff. de *Acquirend. heredit.* ley *Si filius qui patri*, ff. de *Vulgar. & pupillar. substitut.* y ley 2. ff. *Quod cum eo*. Ley *Cum queritur*, y *Perentius*, Cod. de *Inofficios. testam.* (3) Ley *Paulus respondit* 45. §. *Patroni filius*, ff. de *Bonis libertor.* Molin. de *Primog.* lib. 2. cap. 3. n. fin. Gutierre. de *Juram. confirm.* part. 1. cap. 19. n. 2. & in cap. *Quamvis pactum*, n. 12. 39. 44. y 50. P. Molin. disp. 579. (4) Ley *In suis* 11. ff. de *Liber. & posthum.* (5) Ley 1. Cod. de *Pact.* & ibi *DD.* (6) Ley *Si quis in conscrib.* 29. Cod. de *Pact.*

embargo de que sucede á su hijo por derecho positivo y hereditario, no se le debe por tantos títulos su legitima, como á éste la suya (1), surten efecto, y se admiten llanamente en los Tribunales estas licencias, ó renunciaciones juradas de ascendientes á sus descendientes legitimos. Pero se advierte que perjudican única y singularmente al que las dá, y no á los demas ascendientes, porque cada uno de estos iguales en grado mas cercano tiene derecho á todos los bienes de su legitimo descendiente, los que percibirá íntegramente siendo solo, y lo que toca singularmente á muchos, debe ser aprobado por todos juntos, ó separados (2); lo qual no es necesario quando les compete universalmente, v. gr. á una Comunidad, pues basta que lo apruebe la mayor parte de las que la componen; y así para que todos los que tienen derecho próximo á heredar al descendiente, sean excluidos por la licencia, ó renuncia jurada de suceder en sus bienes, se la han de conceder simultánea ó separadamente, y de no intervenir en su concesion, lo será solamente el que la otorgue. Acerca de estos pactos, el de *de futura successione conservanda*, que es válido; y de otros particulares, véase á Gomez en la ley 22 de Toro, y á los que cita, pues por no ser propio del Escribano esta instruccion omito explicarlos.

§. FINAL.

Escrituras correspondientes á este capítulo.

Tratado de Monjas.

33 *Tratado primero.* Estando en el Locutorio baxo del Convento de Santa Catalina, Orden de tal Santo, intramuros de esta Villa de tal, á ramos de tal mes y año, ante mí el Escribano y testigos, comparecieron de la parte de adentro de la reja las Madres Sor Francisca de tal, Abadesa, Sor Ana, Vicaria; Sor Antonia, Juana, y Eustaquia, discretas, y Sor F. F. y F., &c. todas Re-

(1) Ley *Nam et si parentibus*, ff. de *Inofficios. testam.* Covarr. in cap. *Quamvis pactum*, part. 3. §. 4. n. fin. (2) Ley *per fundum*, ff. de *Servit. Rusticor. prædior.* y ley fin. ff. *Communia prædior.* cap. *Cum omnes*, et ibi glos. et Felin. n. 15. de *Constit. Capic. decis.* 252. n. 3. Gallerat. *decis.* 31. n. 18.

trato que sin él puede revocarse, si no se convierte en detrimento de tercero, ni es contra buenas costumbres (1), como en el presente sucede; por lo que el hijo que renuncia con juramento la herencia de su ascendiente, se constituye extraño de la sucesion, pierde el derecho de disponer libremente de sus bienes como dueño de su persona, y no se le debe la legitima, ni puede romper, ni decir de inoficiosidad, ni nulidad del testamento de su padre, ó ascendiente que le preterió, porque la accion de alegarlas se regula por el derecho de suceder *ab intestato*, del que carece por la renuncia jurada (2). Lo propio milita con la licencia jurada que los legitimos ascendientes conceden á sus descendientes para testar libremente, que viene á ser renuncia que hacen de la legitima que por su previo fallecimiento les puede corresponder, ó pacto de *non succedendo*, porque versa no solo identidad, sino mayoría de razon (3); sin que los hermanos del descendiente puedan reclamar esta licencia, ó renuncia, porque carecen de accion *ex testamento* á los bienes de su hermano. Y aunque los hijos por lo que tienen de sus bienes segun la naturaleza, y por la probable esperanza de heredarlos, como que es regular le sobrevivan, se reputan en derecho quasi dueños de su hacienda (4), se entiende de la que dexan propia quando fallecen, mas no de la que no adquirieron pudiendo, pues no pueden ser compelidos á su adquisicion. A mas de que el derecho no deferido se puede renunciar por pacto (5), el ascendiente puede renunciar todo lo que está establecido en su privativo beneficio (6), y dexar de adquirir y consumir lo que adquirió, y el que sobreviva á su descendiente, es eventual. Por estas razones, y porque sin

(1) Cap. *Quamvis pactum*, de Pact. lib. 6. cap. *Cum contingat*. 28. de *Jurejurand.* y cap. *Licet mulieres*, eod. tit. lib. 6. Gom. ibi. n. 6. y 7. Covarr. y Gutierre. en dicho cap. *Quamvis*. (2) Gom. en dicha ley 22. n. 9. ley *Necessariis*, ff. de *Acquirend. heredit.* ley *Si filius qui patri*, ff. de *Vulgar. & pupillar. substitut.* y ley 2. ff. *Quod cum eo*. Ley *Cum queritur*, y *Perentius*, Cod. de *Inofficios. testam.* (3) Ley *Paulus respondit* 45. §. *Patroni filius*, ff. de *Bonis libertor.* Molin. de *Primog.* lib. 2. cap. 3. n. fin. Gutierre. de *Juram. confirm.* part. 1. cap. 19. n. 2. & in cap. *Quamvis pactum*, n. 12. 39. 44. y 50. P. Molin. disp. 579. (4) Ley *In suis* 11. ff. de *Liber. & posthum.* (5) Ley 1. Cod. de *Pact.* & ibi *DD.* (6) Ley *Si quis in conscrib.* 29. Cod. de *Pact.*

embargo de que sucede á su hijo por derecho positivo y hereditario, no se le debe por tantos títulos su legitima, como á éste la suya (1), surten efecto, y se admiten llanamente en los Tribunales estas licencias, ó renunciaciones juradas de ascendientes á sus descendientes legitimos. Pero se advierte que perjudican única y singularmente al que las dá, y no á los demas ascendientes, porque cada uno de estos iguales en grado mas cercano tiene derecho á todos los bienes de su legitimo descendiente, los que percibirá íntegramente siendo solo, y lo que toca singularmente á muchos, debe ser aprobado por todos juntos, ó separados (2); lo qual no es necesario quando les compete universalmente, v. gr. á una Comunidad, pues basta que lo apruebe la mayor parte de las que la componen; y así para que todos los que tienen derecho próximo á heredar al descendiente, sean excluidos por la licencia, ó renuncia jurada de suceder en sus bienes, se la han de conceder simultánea ó separadamente, y de no intervenir en su concesion, lo será solamente el que la otorgue. Acerca de estos pactos, el de *de futura successione conservanda*, que es válido; y de otros particulares, véase á Gomez en la ley 22 de Toro, y á los que cita, pues por no ser propio del Escribano esta instruccion omito explicarlos.

§. FINAL.

Escrituras correspondientes á este capítulo.

Tratado de Monjas.

33 *Tratado primero.* Estando en el Locutorio baxo del Convento de Santa Catalina, Orden de tal Santo, intramuros de esta Villa de tal, á ramos de tal mes y año, ante mí el Escribano y testigos, comparecieron de la parte de adentro de la reja las Madres Sor Francisca de tal, Abadesa, Sor Ana, Vicaria; Sor Antonia, Juana, y Eustaquia, discretas, y Sor F. F. y F., &c. todas Re-

(1) Ley *Nam et si parentibus*, ff. de *Inofficios. testam.* Covarr. in cap. *Quamvis pactum*, part. 3. §. 4. n. fin. (2) Ley *per fundum*, ff. de *Servit. Rusticor. prædior.* y ley fin. ff. *Communia prædior.* cap. *Cum omnes*, et ibi glos. et Felin. n. 15. de *Constit. Capic. decis.* 252. n. 3. Gallerat. *decis.* 31. n. 18.

ligiosas profesas de Coro, y velo negro, que confesaron ser la mayor parte de las que hay, y tienen voto de Comunidad en este Convento, por sí, y en nombre de las que por graves indisposiciones no pueden concurrir á este acto, y en lo sucesivo lo fueren, por quienes prestan voz, y caucion de que habrán por firme todo lo que aquí se contendrá, baxo de expresa obligacion que á ello hacen de los bienes y rentas presentes, y futuros de este Convento; y estando juntas y congregadas, segun lo tienen de costumbre quando han de conferir las cosas concernientes al servicio de Dios, y utilidad de este Convento, propuso la referida Abadesa á las demas que Don N. de tal vecino de tal parte tiene una hija llamada Narcisa, de tanta edad, la qual quiere ser Religiosa de Coro, y velo negro en este Convento: que ofrece tanta cantidad por su dote, ajuar, propinas y alimentos del año de Noviciado, en esta forma: (*aquí se expresará en qual, y á qué plazos la ha de pagar*) y que con esto ningun derecho ha de reservar para sí dicha su hija, ni tenerlo el citado Convento á sus legítimas y futuras sucesiones, antes bien lo ha de renunciar todo en el mencionado su padre; y así las manda que vean si conviene ó no recibirla, y den su voto libremente, y enteradas, respondieron que mediante estar informadas de la virtud y recogimiento de la enunciada Narcisa, y ser competente la dote que su padre ofrece, las parece útil y conveniente admitirla; pero que sin embargo lo reflexionarán mejor, y resolverán lo que sea mas útil, por cuya razon suspenden por ahora dar su voto decisivo: así lo dixeron y firman, á quienes doy fé conozco, siendo testigos F. y F. vecinos de esta Villa.

Nota. Con arreglo á este tratado se han de estender los otros dos, haciendo relacion del primero en el segundo, y de ambos en el tercero, en el qual resolverán que se la dé el hábito, y admita por Religiosa, obligándose su padre á cumplir la promesa que hace á los plazos propuestos, y despues impetrarán la patente ó licencia de su Superior, y todo se insertará original en la escritura de recepcion: y aunque en muchas partes de nada de esto se hace escritura, sino solo de la renuncia y entrega de la dote, lo estenderé para que sirva de modelo al Escribano, por si le ocurre.

34 *Escritura de recepcion.* Estando en la Portería del Convento de Santa Catalina, Orden de tal Santo, intramuros de esta Villa de tal, á tantos de tal mes y año, ante mí el Escribano y testigos, las Madres Sor Francisca de tal, Abadesa, Sor Ana, Vicaria, &c. todas Religiosas profesas de Coro y velo negro, que confesaron ser la mayor parte de las que hay, y tienen voto de Comunidad en él, por sí, y en nombre de las que están legítimamente impedidas para concurrir á celebrar este acto, y de las que les sucedieren, por quienes prestan voz y caucion de que pasarán por el contexto de esta Escritura; dixeron que D. F.

de tal vecino de esta Villa en atencion á la firme vocacion que desde su tierna infancia tuvo Doña Narcisa su hija legitima de ser Religiosa de Coro y velo negro en este Convento, para servir mejor á Dios, y á su Santísima Madre, solicitó con dicha Madre Abadesa se la recibiese por tal, á cuyo fin ofreció tanta cantidad por su dote, ajuar, propinas, y alimentos del año de Noviciado segun estilo, con tal que en el término prefinido por el Santo Concilio de Trento, y con la solemnidad que se requiere, renuncie á su favor sus legítimas, y futuras sucesiones, cuya pretension hizo presente á las demas Religiosas, quienes habiéndolo conferido entre sí, y hecho los tres tratados ordinarios, resolvieron unánimes admitirla, y de su deliberacion dieron parte al Ilustrísimo Señor Don N. Obispo de esta Diócesis su Superior, el qual en vista de su representacion les concedió licencia para ello en tal dia, mes y año, refrendada de Don N. su Secretario, que original con los tratados se une á esta Escritura para documentarla, é incorporar en sus traslados, y su literal tenor es el siguiente.

Aquí los tratados, y licencia por su órden.

Concuerdan los tratados, y licencia insertos con los que están en el Protocolo de esta escritura, de que doy fé; y las referidas Religiosas usando de la dicha licencia, en la via y forma que mejor lugar haya en derecho: = Otorgan que reciben por Monja de Coro y velo negro á la enunciada Doña Narcisa de tal, que está presente, y se obligan á que dentro de los dos meses inmediatos á su profesion renunciará á favor de su padre sus legítimas, y futuras sucesiones, para lo qual formalizará la escritura correspondiente, y este Convento la de aprobacion y ratificacion, si fuere necesaria; y si por olvido, ú otro motivo no se formalizaren, y profesare sin haber renunciado, desde ahora por lo que á este Convento toca, la han por hecha, y hacen las Madres otorgantes con todas las firmezas legales: se desisten, quitan y apartan para siempre jamas del derecho, y accion que á ellas podia tener este Convento, y lo ceden, renuncian y traspasan íntegramente para siempre en el citado Don F. y en quien el suyo tenga, y le sucediere; y le dan poder irrevocable con libre, franca y general administracion, y constituyen Procurador actor en su propio negocio, para que las goce, pasea, use y disponga de ellas á su arbitrio, y de su importe, como de cosa suya adquirida con legítimo título, mediante que en la aceptacion de esta escritura se ha de obligar á satisfacer á este Convento á tales plazos tanta cantidad que ha ofrecido por las causas y razones expuestas en su introduccion, con la que se dan las otorgantes, y este Convento por pagadas y satisfechas de la dote, ajuar, propinas y alimentos de la enunciada Doña Narcisa, y de todo quanto la pueda corresponder

por sus legítimas y futuras sucesiones *ex testamento*, *ab intestato*, y por contrato entre vivos de padres, parientes y extraños por causa de presente y de futuro, y se obligan, y á este Convento, á no pedir mas con éste, ni otro pretexto al prenotado Don N. su padre, ni á sus herederos en tiempo alguno. Y habiendo oído á la letra, y entendido esta escritura dicho Don N. dixo que acepta la renuncia y obligacion que por parte de este Convento queda formalizada, y se obliga á satisfacerle en su consecuencia á los plazos expresados los tantos reales que ofreció á la Madre Abadesa por la dote, ajuar, propinas y alimentos de la nominada su hija, á cuya solucion, y á la de las costas que por falta de puntual pagamento se le causen en su exacción, quiere ser compelido por todo rigor, deferido el importe de éstas en la relacion jurada de quien sea parte legítima para su percibo, y le releva de otra prueba. Y todos por lo que les incumbe, se obligan á no alterar, tergiversar, contradecir, ni reclamar este contrato, ni alegar por sí, ni por interposita persona excepcion alguna, aunque les sea admisible en juicio; y si lo hicieren, á mas de no ser oídos, quieren se les condene en costas, y que sea visto por el mismo caso haberlo aprobado y ratificado, añadiendo fuerza á fuerza, y contrato á contrato; y á su cumplimiento obligan el citado Don N. sus bienes, y las referidas Religiosas los de este Convento, muebles, raices, derechos y acciones presentes y futuros, dan amplio poder á los Señores Jueces que de sus causas deben conocer, &c. *Aquí se pondrá la cláusula guarentigia, renunciacion de leyes, y del beneficio de menor edad, y auxilio de restitucion in integrum, que compete al Convento, y el juramento que se requiere para la mayor estabilidad del contrato, y nada mas, pues la renunciacion de las Leyes del Veleyano no viene al caso, por lo que dexo explicado.*

35 *Renuncia de Monja.* Estando en el Locutorio baxo (ó puerta regular) del Convento de tal Santo, intramuros de esta Villa de tal, á tantos de tal mes y año, ante mí el Escribano y testigos, Sor, ó Doña Francisca de tal, Novicia de él, menor de 25 años, natural de tal parte, é hija legítima de legítimo matrimonio de D. F. y Doña F. de tal, vecinos de la referida Villa, dixo que desde su tierna infancia deseó con ansia ser Religiosa, y mucho mas despues que con el mayor uso de razon conoció los escollos y peligros mundanos que obstan servir á Dios, y llegar al estado de la perfeccion; y habiéndolo consultado con personas timoratas que aprobaron su determinacion, y posteriormente con dicho su padre, que está presente; pasó éste á tratar con la Madre Abadesa de este Convento, y la ofreció por su dote, ajuar, propinas y alimentos tanta cantidad, con tal que renunciase á su favor el derecho que tiene, y puede tener á sus legítimas y futuras sucesiones, así por línea recta, como transversal *ex testamento*, y *ab intestato* de parientes y extraños por

causa de presente y de futuro, y por otro qualquiera motivo ó razon, y á su solucion se obligó en este supuesto por escritura que otorgó en tal dia, mes y año ante N. Escribano, y precedidas las solemnidades acostumbradas, fué admitida por Religiosa de Coro, y velo negro en este Convento, el qual condescendió en todo con la proposicion de su padre; y para que la profesion y renuncia tuviesen efecto, se impetró licencia del Señor Vicario General de esta Diócesi, el qual se la concedió en tantos de este mes, refrendada de F. Notario de su Tribunal, la que se une á esta escritura, á fin de documentarla, vigorizarla é incorporarla en sus traslados, y su literal tenor es el siguiente:

Aquí la licencia del Ordinario.

Conviene la licencia inserta con la que está en el Protocolo de esta escritura, de que doy fé, y usando de ella la otorgante, mediante estar dentro de los dos meses inmediatos á su profesion que prefine el Santo Concilio de Trento, en la via y forma que mas haya lugar en derecho, de su libre y espontanea voluntad = Otorga que desde ahora para el instante en que se verifique su profesion, y desde ésta para siempre jumas renuncia en el mencionado su padre todos los bienes, derechos y acciones que actualmente la pertenecen, y pueden corresponder en adelante, así por muerte de sus padres; como por otras herencias y sucesiones testadas é intestadas, legítimas y transversales, y por legados y donaciones entre vivos, y por causa de muerte de parientes y extraños por causa de presente y de futuro, y la esperanza de ellos sin limitacion, ni reservacion; se abdica, desprende, desapropia, desiste, quita y aparta entera y absolutamente, y á su Convento del derecho, título, propiedad, posesion, voz y recurso que á ellos tenia y podia tener, y pretender; y éste por su representacion, y todo con las acciones reales, personales, útiles, mixtas, directas y executivas lo cede, y transfiere en el mencionado su padre, á quien confiere poder irrevocable con libre, franca y general administracion, y constituye Procurador actor en su misma causa y negocio, para que de su autoridad ó judicialmente, verificada que sea su profesion, tome y aprenda la real tenencia, y posesion de todos los bienes que en virtud de este instrumento le compete, y sin su intervencion los venda; cambie, enagene, use y disponga de ellos como dueño á su arbitrio por contrato, ó última voluntad á favor de parientes ó extraños, ó en otros destinos, sin estar sujeto en lo respectivo á los que la otorgante posee, y parte de ellos de que puede disponer, á las leyes que hablan con los ascendientes legítimos, ni por consiguiente obligado á dexarlos á sus hermanos, ni éstos adquirir el mas leve derecho á ellos, pues para esto le subroga en el que tiene, y tendria si existiera en el siglo, careciera de herederos forzosos, y falleciera despues

que su padre ; y para que no necesite tomar la posesion , formaliza á su favor esta escritura , y me pide que de ella le dé las copias autorizadas que quisiere , con la qual como legítimo , justo y verdadero título sin otro acto de aprehension , ni aceptación ha de ser visto haberla tomado , aprehendido , y transferidosele , y en el interin se constituye su inquilina , tenedora , y precaria poseedora , pues con la dote que la ofreció , se da por contenta , pagada y satisfecha de todo quanto por las razones expuestas la correspondería á permanecer en el siglo , por lo que declara y confiesa no haber lesion alguna , y en caso que la haya del exceso en poca ó mucha suma le hace gracia y donacion pura , perfecta é irrevocable entre vivos con insinuacion , y demas estabilidades legales , y á mayor abundamiento renuncia la ley 4. del tit. 7. lib. 5. del Ordenamiento Real recopilada , que trata de los contratos en que hay lesion , y los quatro años que profine para pretender su rescision , ó el suplemento á lo justo , los que da por pasados como si lo estuvieran . Y se obliga á no revocar total ni parcialmente , ni alterar esta renuncia abdicativa , real , extintiva , sin embargo de que para ello tenga excepcion legítima , propicia , y admisible en juicio , y si lo hiciere , á mas de ser nullo , y no deber oírsele , ni admitírsela judicial ni extrajudicialmente , sino antes bien condenársela en costas , ha de entenderse y estimarse por el mismo hecho que la ha aprobado , ratificado y formalizado con mayores vínculos y firmezas , añadiendo fuerza á fuerza , y contrato á contrato ; y no obstante que por enfermedad , ú otro motivo se difiera poco , ó mucho tiempo su profesion , no ha de ser necesario hacer nueva renuncia , porque ésta es irrevocable é irrescindible , y por tal se ha de juzgar ; por lo que aunque su padre fallezca intestado , ó intervenga nueva causa y derecho , ó cese la por qué formaliza esta renuncia , no han de hacer reversion , ni recaer en ella ni en su Convento los bienes que posee , ni los que á estar en el siglo heredaría , sino pasar á los parientes que deban heredarla , para lo qual desde ahora se priva , excluye y aparta de nuevo , íntegra , perpetua y absolutamente , y á su Convento de toda accion , y derecho al todo , y parte de ellos , y á la esperanza de los futuros : solemniza la renuncia abdicativa , real , y exclusiva mas firme y eficaz en toda forma legal : quiere se supla , y dá por suplido qualquier substancial defecto que contenga : confiere amplio poder á los Señores Jueces que de sus causas deben conocer , para que al cumplimiento y observancia de todo la compelan como por sentencia definitiva pasada en autoridad de cosa juzgada y consentida , que por tal lo recibe : y renuncia las leyes de su favor con el auxilio de restitution *in integrum* que por ser menor la compete . Y jura por Dios nuestro Señor , y una señal de cruz como esta ✠ , que cumplirá exácta , y literalmente todo quanto dexa prometido en esta escritura : que con pretexto de ser contrato celebrado entre padre é hija,

con el de menor edad : con el de lesion en mas ó menos de la mitad de lo que por sus legítimas y futuras sucesiones la tocaria si sus padres fallecieran antes de profesar , y podría tocar en adelante , con el de pretericion y desheredacion , con el de dolo , sugestion , miedo , coaccion y respeto reverencial de su padre (pues nada de estas cosas interviene) ni con otro motivo sea el que fuere indistintamente sin excepcion , ni limitacion , no reclamará , ni contravendrá esta renuncia ; que contra ella no tiene hecho , ni hará protesta , y si pareciere , ú otra renuncia posterior , las revoca y anula : que de este juramento á ningun Prelado Eclesiástico pidió , ni pedirá relaxacion ; y que aunque de motu proprio se le conceda , no usará de ella , pena de perjurá , y de incurrir en las demas impuestas por derecho á los infractores de los juramentos solemnes ; y hace un juramento mas que relaxaciones puedan serla concedidas para la perpetua estabilidad de este contrato , en virtud del que en quanto al efecto de heredar y suceder *ex testamento* , y *ab intestato* , y á los demas civiles quiere ser conceptuada y tenida , desde su profesion en adelante por estrañia , y muerta naturalmente , pues por tal se constituye . Así lo otorga y firma , á quien doy fé conozco , siendo testigos , &c.

Nota. Con arreglo á la renuncia anterior podrá el Escribano entender todas las de Religiosas Novicias que se le ofrezcan ; pero debe tener presente que no en todas ha de poner quanto en aquella contiene , por lo que si el renunciante no es menor , no ha de renunciar el beneficio de la menor edad . Si su padre no la da dote , nada se ha de tocar de ella . Si no tiene ascendientes no viene al caso hablar de legítimas . Si carece de bienes propios , es necedad mencionarlos , y las expresiones y cláusulas á su posesion correspondientes . Si se gobierna por sí sin estar sujeta á otro , no hay motivo para hacer expresion del miedo y respeto reverencial , &c. pues el ponerlo todo en todas , es absurdo , y dar á entender mucha ignorancia , y falta de discernimiento ; y así para no ser graduado de necio , omitirá lo que no conduzca , y se arreglará á las circunstancias que concurran en la renunciante , y á lo que quiere renunciar , y términos á que se ha de circunscribir ó estender su renuncia ; pues bastante instruccion tiene con lo que dexo explicado . Si su Prelada asiste al otorgamiento , puede firmar la renuncia por sola su concurrencia , bien que para nada es necesaria , y así que concurra ó no , la misma validacion tendrá .

Otra. Las renunciaciones de Religiosos Novicios se diferencian solamente de la anterior en que como no hay dote , ajuar , ni propinas , ninguna expresion se hace de ellas .

Otra. En el sello primero se darán las recepciones de Religiosas , renunciaciones de legítimas y futuras sucesiones , y sus ratificaciones y los tratados se estenderán en el del sello quarto .

