

Muy Illustre Señor



Nel pleyto que trata Catali

na de Mesa y confortes, con el doctor Menroy y su muger y los demas hijos de Anton de Baeca, vezinos de Guelma, la dubda solamente cõsiste en ver, si el vsufructo de los bienes que las partes contrarias heredaron de su madre, lo a de gozar el dicho Anton de Baeca su padre, para que en el como en bienes suyos, se pueda hazer execucion, o si por el testa

mento de Ana de Biedma su muger le esta prohibido, y para esto solo tratare dos articulos lo mas breuemente que pueda por parte de Catalina de Mesa para mas claridad de su justicia.

¶ El primero, que la dicha Ana de Biedma madre de las partes, en su testamento no pudo prohibir a su marido, en sus bienes el vsufructo por cabeza de sus hijos.

¶ El segundo, que ya que pudiera auerlo prohibido, no lo hizo, y que las partes del testamento en que las otras partes se fundan, no induzen la dicha prohibicion que pretenden.

¶ Circa primũ caso de ley es in authenticò, vt liceat matri & auia in prin. coll. 8. donde se da poder a la madre, para que pueda prohibir la adquisicion del vsufructo a su marido, en los bienes que por su muerte uuiere de heredar sus hijos, en vn caso solamente scilicet post relictam filijs partem qua lege debetur, y ansi en lo que es legitima de los hijos, la madre no puede prohibir el vsufructo al marido, sino en lo que no fuere legitima, que pudiera la madre dexar a otra persona, vt probat aperte tex. in illis verbis *hoc enim & extraneis relinquere poterat, unde nulla prorsus patri utilitas nascetur.* y ansi por aquel tex. resuelve Roderi. Suar. in. l. quoniã in prioribus in. l. fallen. nu. n. que oyo porque todos los bienes excepto quinto son legitima de los hijos, en solo el quinto, podra la madre por aquel texto, prohibir

bir el vsufructo al padre, y no en los demas, y alli responde al argumento que se podria hazer en contrario, de que el grauamé en la legitima puesto en fauor de los hijos vale, porque si la madre en toda la legitima prohibief se el vsufructo al padre, es verdad q̄ esto por ser fauorable a los hijos, no se quitara el grauamé por la. l. quoniã in prioribus a pedimieto del hijo, pero quitarse a pedimieto del padre, que por ser por disposicion de derecho suyo el vsufructo de los bienes de su hijo, no se lo pudo quitar la madre, sino en sola la parte que la authentica matri & auia le concede, que es en lo que es fuera de la legitima, cum nemo possit in testaméto suo facere, quin leges in suo testamento, locum habeãt, Y porque esto es cosa llana y Rodrigo Suarez lo disputa muy biẽ, no abra para que referir sus fundamentos, ni que hazer mas de remitirme a el en esto, porque es justo abreuuar esta informacion todo lo que fuere posible.

¶ Solo ay en esto vna dificultad a que responder, que es lo que el mismo Rodrigo Suarez resuelue al fin, quod vbi maritus esset suspectus de dilapidatione, possit vxor cum priuare vsufructu, in bonis quã filijs suis relinquit. conforme a lo qual parece, que por estar ausente Antõ de Bacca por esta muerte, pudo su muger priualle deste vsufructo per. l. filijs matrem. C. de inoffi. testa. vbi dicunt esse ca sum pro hac opinione.

¶ Pero esta objeccion (a mi entendimiento) se puede saluar facilmente ex sequentibus.

¶ Lo primero, que esta opinion no es verdadera, de que por ser el marido dissipador pueda la muger priualle del vsufructo, porque la razon que dá los. DD. de dezir es vtil al hijo, no mira la dificultad de este pleyto, sino la determinaciõ de la. l. quoniã in prioribus, para que al hijo no se pueda poner grauamen en la legitima, dizen los. DD. y la mas comũ opinion, que esto no a lu gar, vbi conditio est in fauorem filiorum, y esso (como arriba queda dicho) es verdad, y yo se lo confieso, que quando el grauamen esta puesto en fauor de los hijos, vale aunque se poga en la legitima, y no se quitara por el remedio de la. l. quoniam in prioribus, que se introduxo en fauor de los hijos: pero de aqui no se sigue, que podra prohibir el vsufructo que el padre tiene en esta legitima, porque aũque se pueda poner en fauor del hijo, no se pued e poner en perjuizio del padre, y si esto se pudiefse hazer por ser prouecho del hijo, por el mismo caso pudiera poner simplemẽte este grauamen, prohibiendo en qualquier caso el vsufructo, pues siempre esto seria fauor del hijo, y el ser prodigo, no es cosa que puede alterar la disposicion del derecho, porque si este vsufructo es hacienda del padre y lo goza como cosa suya ratione patriã potestatis, si el no es capaz para administrallo, remedio tienela ley introduzido, pues proueyendo de curador a este hombre, podran estar los bienes de su hijo saluos, y el gozar del vsufructo.

vsufructo que la ley le concede. Luego de la mesma manera que los. DD. confieslan y defiende Rodrigo Suarez, que no vale esta condicion puesta por la madre en la legitima, de prohibir el vsufructo a su marido, aunque sea en fauor del hijo. Tampoco valdra, aunque fuessse prodigo, porque si el padre tiene derecho, para que su muger no le pueda en la legitima prohibir este vsufructo, el ser prodigo no le puede quitar mas de la administracion, y no el vsufructo, el qual lo lleva el padre, no por la administracion, sino por la patria potestad, por la qual de derecho antiguo, quicquid filius acquirebat, statim pleno iure acquirebatur patri, vt in .l. placet. ff. de acquir. hæc. l. donationes quas parentes. C. de donat. inter virum & vxorem, y esto oy esta restringido, a solo el vsufructo, para que se adquiera al padre racione patriæ potestatis, y si este fuere prodigo, remedio tiene introduzido el derecho, para que se prouea de curador: y ansi de aqui queda, que la primera razon de ser prouechoso al hijo, no es bastante, porque esto es respecto de el remedio de la .l. quoniam in prioribus, que es introduzida en fauor del hijo, y lo que aqui se dubda, es respecto del derecho q̄ el padre tiene por su patria potestad, el qual no le puede derogar la muger en la legitima. vt supradictum est.

¶ El segundo fundamento de Rodrigo Suarez, y los demas que el refiere es la .l. filijs matrem. C. de inoffi. donde mater quæ maritum habuit suspectum de dilapidatione, potuit instituere filium ea conditione, vt emanciparetur a patre, quo facto vsufructus, cessante patria potestate, necessario remanet prohibitus marito, y por que este texto es solamente el fundamento de esta opinion, y quitado este queda sin ley que la prueue, sera necesario responder a ella bastantemente, quæ tamen nostræ assertioni nihil contradicit, quantum ipse conjitio, vt ex sequentibus apparebit.

¶ Lo primero, que la .l. filijs matrem, demas, que a mi iuzio, la mas verdadera opinion es la que tiene, que esta corregida por la .l. quoniam in prioribus secundum Ias. ibi, alomenos todos nemine discrepante cõcuerdan, que el remedio de aquella ley, ya oy no es necesario, stante authentica vt liceat matri & auix, ex qua mater potest patrem priuare vsufructu, vt ibi tenuerunt Bar. Bal. Sali. & omnes, y segun esto pues todos tuuieron que oy el remedio de la .l. filijs matrem, no es necesario atenta la autentica vt liceat matri & auix, claramente entendieron, que el privilegio de la .l. filijs matrem, no se a de entender en la legitima, sino fuera della, como la autentica vt liceat matri & auix: sino que como antes del autentica, no podia la madre en ninguna hazienda que vuisse de ser su hijo, prohibir a su padre el vsufructo, aunque fuessse fuera de la legitima, por que como lo dexasse al hijo, en haziendo se hazienda suya, adquiria luego ipso iure el padre el vsufructo, vino la ley a proueer aquel caso, que en la parte que qui
flessse

si esse prohibir lo pudieffe hazer, tacitamente sub conditione emancipatio nis. Y oy que esta limitado el poder dela madre, a no poder prohibir sino en lo que no es legitima, en esta parte podra vsar de aquella ley, y dexalla a su hijo sub conditione vt emancipetur a patre, y no en lo demas.

¶ Lo segundo se responde, que aunque se confiese que oy esta en pie la de terminacion dela. l. filijs matrem, y que la madre per dilapidationem, pos sit maritum priuare vsufructu, in bonis filij. Esto se a de entender, quando la madre expressara esta causa en su testamento, que porque su marido era gastador, le priuaua del vsufructo, pero no expresiandola, no puede vsar del remedio de aquella ley, porque de derecho, cada y quando que vna per sona tiene derecho de succeder en alguna parte de los bienes de otro, y a este poi ciertas causas, se le concede priuilegio, de poder priuar de esta parte a aquella persona, no cumple con priualle simplemente, sino esta obliga do, a poner en la escriptura donde le priua, la causa porque le priua, por la qual el derecho le concedio aquel priuilegio. casus est ad id in authen. vt cum de appel. cognos. in. §. aliud quoq; capitulum, vbi not. DD. comuni ter, ibi, *Et ipsas nominatim ingratitude causas parentes suo inseruerint testame to, vbi ita demum permittitur parentibus, filios priuare portione, quæ eis a lege debetur ex certis causis, si eas causas expresserint in suo testamento, neq; sufficit illos priuare, nisi inserat expresse causam, ex qua id priuilegiu sibi a lege conceditur. quod idem probat. l. 4. titu. 7. p. 6. ibi. Que esten pue stas en el testamento del padre, & in patre prodigo est rex. expressus in. l. si. ff. de curator. furio. ibi, Ad dita causa necessitateq; iudicij sui, cum ergo vsufru ctus in bonis que filius habeta matre, sit patri debitus de iure, vt in. d. au thentico matri & auie & toto titu. C. de bonis maternis & matri conce datur priuilegium vt propter causam prodigalitates, possit maritum ta li vsufructu priuare, per. d. l. filijs matrem, sequitur necessario, quod si illu voluerit priuare ex hac causa, debeat illam specialiter inferere, quod si non faciat, non poterit vti. d. priuilegio, ex. d. l. filijs matrem contra iuris regu las concesso, neq; poterit ex ea maritum priuare tali vsufructu, qui sibi ex dispositione legis ratione suæ patrie potestatis desertur: y pues aqui no esta expressada la causa de ser prodigo, aunque realmente lo fuera, no pu do priuarle la madre del vsufructo.*

¶ Lo tercero, & meo quidem iudicio efficaciter respondetur, que si bien se considera la. l. filijs matrem habla en caso differetissimo, y porque es muy delgado el entendimiento de aquella ley se aduertia. Lo primero, que el padre por derecho comun estaua obligado a instituyr, o desheredar a su hijo expressamente, y si lo instituya o desheredaua, valia el testamento, y el hijo no lo podia anullar, por la exheredaciõ: pero si estaua desheredado sin causa, habebat quærellam in officioso testamenti, por auerlo exhereda do

do su padre sin causa para ello. ita probatur in princip. instit. de exher. liber. iuncto in prin. insti. de inofficio. testamento. Pero si el padre no instituya, ni desheredaua a su hijo expressamente, sed cum preterijt, estonces el testamento no valia, & ideo competebat filio non querella inofficiosi, sed ius dicendi nullum testamentum patris, quia in eo inueniebatur se preteritum: casus est in prin. eod. titu. de exher. lib. ibi, *Alioqui si eum silentio preterierit, inutiliter testabitur.*

¶ Segundo suppono, que la madre, aunque estaua ni mas ni menos obligada a instituyr o exheredar a su hijo, pero propter preteritionem, filius no poterat dicere matris testamentum nullum, sicut in patre, quia preteritio matris, habebatur pro exheredatione in §. fi. inst. de exher. lib. y an si el hijo que se halla va preterido de su madre, non dicebat testamentum nullum, sed tantum habebat querellam in officiosi testamenti quasi exheredatus, vt in dicto. §. fi. in fi. de exher. lib. iuncto princip. inst. de inoffi. testam.

¶ Esto pre supuesto, a mi juyzio, esta muy claro el entendimiento de la l. filijs matrē. dōde vna madre instituyo a su hijo, debaxo de cōdicion, si emāciparetur a patre, el padre q̄ria tener el vsufructo en los bienes de este hijo, y dize el tex. q̄ no lo puedo hazer, y da la razon, la qual de lo q̄ queda dicho esta muy clara. El padre no podia tener en aquellos bienes el vsufructo, si no por ser bienes de su hijo, y el hijo, o los auia de adquirir por el testamento de su madre, o contra el testamento. Si por el testamento, no podia el padre, de ninguna manera pretender el vsufructo, porque el hijo estaua instituydo, debaxo de condicion, si emanciparetur a patre, y para aceptar por el testamento, auia se de cumplir primero la condicion, y auiendo se cumplido, por la emancipacion, no podia el padre pretender el vsufructo, que le pertenesce por la patria potestad, y esta se acabaua con la emancipacion, y an si se pedia los bienes para su hijo por el testamento de su madre, no podia en ninguna manera pretender en ellos el vsufructo. Y si los pedia contra testamentum, o los pedia diciendo testamētum nullum, vel in officiosum, nullum, non poterat dicere, porque el hijo estaua instituydo, debaxo de condicion, si emanciparetur a patre. Y en quanto el padre no le emancipaua, en este medio inueniebatur se preteritum, & quia preteritio matris habetur pro exheredatione, y con la exheredacion se confirmaua el testamento, filius qui eo tempore inuenit se preteritum, antes de cumplir se la condicion, non potest dicere matris testamentum nullum: ni tan poco puede intentar querella inofficiosi, por auerle instituydo con aquella condiciō. porque el padre por su persona, no puede dezir contra el testamento de su muger, porque ella no le deuia nada en sus bienes, y el no tiene en ellos nada hasta que sean de su hijo, y estonces le pertenescera el vsufructo, ni tan poco puede intentar la querella en nombre de su hijo, porque es impossi-

ble q̄ el hijo se pueda quejar de su madre, por auelle puestas aq̄lla cōdicion p̄ues se la puso por su prouecho. Y ansí aq̄lla ley no dize, q̄ la madre pueda priuar a su marido del vsufructo, ni tal se puede sacar de toda ella, sino solo lo q̄ se pueda sacar d̄ aq̄lla ley, es q̄ pudo suspēder la adquisiciō de los bienes a el hijo, y entonces viene a q̄dar el padre sin vsufructo. no porq̄ la muger se lo prohibio, que esto mandando los bienes a el hijo, no lo puede prohibir la madre, porque el vsufructo era hazienda del padre, sino porque el hijo, no los puede adquirir de otra manera, ni los puede pedir, sino por el testamento, y entonces a de cumplirse la condicion, y si los pide contra el testamento, non potest dicere nullum, porque esta ex heredado, neq̄ etiam potest querellare, por ser el testamento en su fauor. y entendido de esta manera, esta aora clarissima la. l. filijs matrem, dum dicit que auiendo la madre instituydo a su hijo, sub conditione emancipationis, *Eo pacto secundum tabulas bonorum bonorum possessionem. patrem cum re accipere non videri, qui conditioni minime obtemperauit. neq̄ ei nomine filiorum, in officiosi eo modo actionē posse competere, quibus nullam iniuriam fecerit mater, sed potius putauerit prouidēdum.* Y ansí todo lo que de esta ley se puede pretender es, que siendo conueniente al hijo, puede la madre suspēderle la adquisiciō de sus bienes, aunque por este camino, venga el padre a perder el vsufructo: pero despues de adquiridos, y dexandose los llanamente, que pueda la madre prohibir el vsufructo expresamente per directum a su marido, no lo dize esta ley, ni la ay en todo el derecho, que tal diga, y este, a mi juyzio es el verdadero entendimiento de esta ley, si recte aduertetur. neq̄ puto quod aliquis possit iuridice contraire. & hoc videtur innuissē vnico verbo Salicet. ibi, in prin. versi. & sic not. & versi. nota. igitur. Y esta diferencia entre prohibir la adquisiciō, y disponer debaxo de condicion, confirmatur ex sing. doct̄rin. Baldi in. l. r. nu. 44. C. de his que p̄ene nomine. donde preguntando si vale el legado hecho al frayle, con condicion, ne queratur monasterio, aliás priuat cum legato, dize que no, porque en adquiriendose el legado al frayle, es imposible prohibir la adquisiciō al monasterio, en cuyo poder esta cui se & suadicaui, y en dandolo al frayle, no pudo quitarse lo al monasterio, y luego en la fin dize, *Dic quod testator debet loqui temporaliter, non penalliter, et ubi gratia relinquo monacho vsufructum quam diu ei abbas non mouerit questionem, nam si a non est pena, sed quadam taxatio legati,* donde Bal. expresamente puso la mesma diferencia, y que mandando yo algo a vn frayle, no puedo quitarle al monasterio el prouecho de aquello, porque en siendo del frayle es suyo, pero si suspēdo la adquisiciō en el frayle, en quanto el monasterio no lo tomare, podre por este camino prohibir la adquisiciō en el monasterio, suspēdiendola en el frayle, y esto es lo mismo que quiso dezir la. l. filijs matrem, que ya que dexandola la hazienda a su hi-

su hijo, no puede impedir el usufructo en el padre, podra suspender la adquisicion en el hijo, & ita per indirectum, vendra el padre a quedar priuado del usufructo, quod tamen non posset facere directo. Y pues en este caso la hacienda se mada simplemente a los hijos, no pudo despues la madre prohibir el usufructo al padre, aunque pudiera suspender la adquisicion en los hijos, instituyendolos en quanto su padre no quisiesse el usufructo, y estonces se pudiera aplicar la. l. filijs matrem secundum eius verum intellectum de quo supra.

¶ Tertio etiam ad intel. d. l. filijs matrem aduerto, que de derecho comun el padre tiene por su patria potestad, derecho de gozar el usufructo en los bienes que su hijo hereda, o a de heredar de su madre forçosamente. Y esto no se lo puede quitar la madre, casus est in. d. authen. matri & auicibi, *post relicta matris legitimam portionem*, pero en los bienes que no hereda el hijo forçosamente, sino de voluntad, como es el quinto en la madre, y las herencias de los estranos pueden priuar al padre del usufructo, y la razon es, por que como el hijo en la legitima, es heredero forçoso de su madre, de tal manera, quæ etia in eius vita, dicitur quasi creditor, iuxta glos. cõmuniter recept. in. l. 3. C. de iur. & fact. igno. por el mesmo caso q̄ el hijo habet ius quæ situm, para succeder forçosamente a su madre en la legitima, el padre tan bien habet ius quæ situm, para gozar del usufructo que la ley le difiere, por su patria potestad. Y como la madre no le puede quitar al padre la patria potestad en su hijo, tan poco durando la patria potestad, puede quitalle al padre el usufructo, pero biẽ podra quitarselo en lo que es fuera de la legitima, porque como esto puede dexarlo a vn estrano, ni el hijo tenia derecho adquirido para succedelle, ni el padre para gozar, en estos bienes del usufructo. Y ansi no se le haze agrauio, en priuarle del. Y esto es lo que quiso dezir la autentica in illis verbis, *Vnde nulla parentibus utilitas nasceretur*. Y esta adquisicion del usufructo, por la patria potestad, fue adquisicion que el derecho induxo, en fauor del padre. vt in. §. igitur in sti. per quas personas ibi, & *parentibus honorem debitum reseruauimus*. Por manera que de aqui queda, que en los bienes que el hijo a de heredar, de necesidad, no se puede quitar el usufructo al padre, por razon de su patria potestad, y esto confidero la autentica, ibi. *Pater vel auus vel qui omnino eos habent in potestate*.

¶ Lo segundo se aduertia que de derecho, cada y quando que vna cosa se adquiere por medio de otra, no se puede estoruar o hazer, esta adquisiciõ, sino es quitando, o poniendo, este medio que la causaua, casus est in. l. 1. C. quando liceat ab empt. disced. de derecho, nuda voluntas in contractibus non transfert. dominium sine traditione, in. §. venditæ in st. rerum diuif. Yo vendi vna casa a Pedro y entreguelasela, y hizo se señor por la tradicion, despues queremos dar por ninguno este contracto, y estamos ambos con
for

formés en ello, pregunta la. l. i. por sola la voluntad, quedara resuelto el cōtrato, y el señorio que el comprador auia adquirido, y dize que no. Porq̄ como el medio por donde se auia adquirido el dominio, fue por la tradición, y sin ella no se auia podido adquirir. no pudo boluerse a adquirir ami, ni perderlo el comprador, sino es quitando el mismo medio, que es deshaziendo la tradición, que estaua hecha en su favor, y entregandome la casa a mi. porque con esto, quitando el medio de la entrega en el comprador, resoluerse a el señorio que tenia, que no lo auia podido perder, por sola la voluntad: no quitando el medio, y esto quieren dezir aquellas palabras, *Et enim post traditionem nuda voluntas non resoluit exemptionem: si non actus quoq̄ prioris similis, retro, agens venditionem, intercesserit*, & magis ad nostrū casum in patria potestate, lo mismo prouea el. §. si ab hostibus quibus mod. ius pat. pot. sol. de derecho la patria potestad, no competia sino a los padres, que morabantur in ciuitate, & erant ciues romani, in. §. i. inst. de patria pot. viene el. §. si ab hostibus, y pregunta, si captiuaron a mi padre los enemigos, si me tendra en poder. y dize, q̄ ius patrie potestatis, est impendēti, que si buelue, finge la ley por el postliminio, que siempre estuuo en la ciudad, y así nunq̄ ego fui mei iuris, ni se perdio la patria potestad. Y si muero alla, finge la ley, que desde el principio, yo fui mei iuris. Por manera, q̄ por que vio la ley, que el efecto de la patria potestad, no se podia adquirir, sino siendo in ciuitate, si catibaron a mi padre, boluiendo despues, no pudo darle la ley, en mi, la patria potestad, sino es, fingiendo el medio, por donde se adquiria, que era el auer estado en la ciudad, y quitando el medio por donde se perdia, que era fingir que nunca auia dexado de estar en la ciudad.

¶ Esto presupuesto esta clara de entēder la. l. filijs matrē, de derecho, la madre no podia prohibir, en lo q̄ su hijo era heredero forçoso, el vsufructo a su padre. porq̄ como este estaua introduzido en su prouecho, por razō de su patria potestad, como no le podia quitar la patria potestad, tan poco le podia quitar el vsufructo, q̄ por razō de ella le pertenescia. viene la. l. filijs matrē y para dar, facultad a la madre, q̄ priue a su marido, del vsufructo en la legitima, dize q̄ lo haga, insituyēdo al hijo sub cōditione emancipationis, si emanciparetur a patre, y no lo pudo proueer de otra manera, por q̄ como el medio de adquirir el vsufructo, era la patria potestad, quiē quisiere quitar el vsufructo, a de cortar el medio q̄ es la patria potestad, y quedādo este en pie, es imposible que se le pueda impedir el efecto, de causar la adquisicion del vsufructo, en el padre. Y así, la madre que vsare, del remedio de la. l. filijs matrem, a de ser in specifica forma, quitādo la patria potestad al marido, porque de otra manera, no se puede aplicar la determinacion de aquella ley, quedando el medio en pie. Y si aquello, se pudiera hazer simple

plemente, prohibiendo el usufructo, por cierto que á mi iuyzio, no se puede negar, sino que en aquella ley falta el buen camino que en las de mas, porque si la muger preguntó, como podría proueer a sus hijos por ser su padre prodigo, mas facil era dezille, que le prohibiera expressemente el usufructo, que no que los instituyera sub conditione emancipationis. Pues esta clare, que de alli les auia de quedar otro pleyto a los hijos con su padre, para que los emancipasse. sino que por que vio la ley, que quedandose en pie la patria potestad, que era el medio, no se podia impedir la adquisicion del usufructo, vfo de aquel remedio de que se cortasse el medio, para poder impedir la adquisicion que de alli se causaua. & este intellectus probatur aperte in l. penul. ff. de curator. furios. Y no auiendo aqui la testadora, vfo de aquella forma, no puede aplicarse a este pleyto la l. filijs matrem. aunque sea prodigo, porque como este derecho se introduxo como presupuso en fauor del padre, si el es prodigo, puede se le dar vn curador, que administre este usufructo, y los demas bienes suyos. Ya esto deuen tener mucha consideracion estos señores, que si de nuestra parte ay texto tan claro, como la authentica mati & auia, esto no se restrinja por sola la opinion de DD. que se fundaron en ley, que en ninguna manera lo prouea, y creerlos a ellos, aunque la ley no lo diga, es hazer agrauio a la naturaleza, en que los entendimientos ay an de estar tan subgetos, a lo que se le antoja a Rodrigo Suarez, que si este caso succediera no auiendo el escripto, no dubdo sino que no uiera para que ponerlo en disputa, y la opinion de los DD. no debe tener mas autoridad, de quanto la prouare la ley, en que se fundan.

¶ Secundo principaliter & si supradicta cessarent, por nuestra parte se preten de, que aunque esta testadora, uiera podido prohibir el usufructo, no ay en su testamento palabras, de donde se pueda sacar esta prohibicion. Ad cuius euidentiam, suppono, que quando vna cosa, se deue de derecho, sino esta prohibida, por el que dispone, la prohibicion que se haze, contra lo que estaba dispuesto por derecho, a de ser por palabras, que non possint sustineri, nisi talem prohibitionem inducant, si tamé possunt alium sensum admittere, non inducitur talis prohibitio. Y la razon es, quia cum testator, in dubio censetur velle se conformare, cum legis dispositione. l. si duo. ff. de acqui. hare. l. heredes mei. §. cum ita. ff. ad trebel. vbi not. DD. omnes. por esto, las palabras se an de entender si es posible, vt minus ledant in acómunem hanc conclusioné posuit Paul. in authen. sed cura testator nu. 2. C. ad leg. falcid. & consi. 28. num. 1. & consi. 77. nu. 3. lib. 2. Mol. lib. 1. c. 17. nu. 16. Anto. Gab. lib. 4. recep. sent. ritu. ad trebel. conclu. 2. nu. 3. & plures per eos relati. post Boeri. decisi.

¶ Esto presupuesto, consideradas las palabras de este testamento, todas ellas tien en facil salida, y entendimiento, sin induzir prohibicion de este usufructo. Y ansí las yre poniendo cada vna por sí.

¶ La primera parte. *Porque mi marido es esta ausente, y no puede administrar los bienes de mis hijos, mando que la justicial es nombre vn guardador, al qual se le entreguen.* Estas palabras, si no viera otras, no pueden induzir la prohibicion que se pretende. Pues aunque expressáméte dixera, que su marido lleuara el usufructo, por estar el ausente, y ser sus hijos menores, era fuerza, que se les nombrara tutor o guardador, que los tuuiera. Y aunq la testadora no lo mandara, se auia de hazer ansí, por disposicion de derecho, & *expressio eorum quæ insunt de iure, nihil operatur. l. nō recte cum similibus. C. de fideiussor.*

¶ Secundo las palabras siguientes, *El qual los tenga y administre para que vayan en aumento, para los dichos mis hijos.* Tampoco pueden induzir prohibicion. porque de la mesma manera, aũque el padre aya de lleuar el usufructo, es verdad, que el guardador administra los bienes; y se aumentan para los hijos, porque si ay vna casa en los bienes, aunque yo la goze, como usufructuario, el tener reparada la casa, o adereçada la viña, es cosa que cede en utilidad, del señor de la propiedad. Pues por tener yo bica reparada la casa, o viña, se va aumentando, y al tiempo que yo la dexo, por el buen trato que a tenido, vale mas la propiedad, y hallara mas precio por ella, y esto prueua expressáméte la l. usufructuario, y l. ff. de usufr. donde si el usufructuario, labro o adereço la casa, aun que el aya de gozar del usufructo, con todo, la casa se dize auer se augmentado, para el señor de la propiedad, ibi *Quia tametsi meliorem, excolendo edificium, domini causam facturam esset.* Luego segun esto, estas palabras de que vayan en aumento para sus hijos los bienes, no es bastante para prohibir el usufructo, pues con solo reparallos, aunque el usufructo sea del padre, van los bienes en aumento para los hijos. Y si vna viña, o casa no la goza si nadie, ni tuuiese que çanta con ella, vez se si aunque otro no la goze, si ella se va perdiendo en daño del señor, y esto parecetan claro ad sensum, vt nullus in iure mentis possit contraire.

¶ Tercio, las vitimas palabras, *El qual los tenga, hasta que los dichos mis hijos sean mayores de edad, o se casaren; y no se les entregue, antes que tengan la dicha edad, o se casaren.* Tampoco induzer la prohibicion que se pretende. porque las palabras primeras *hasta* *en edad cumplida*, para que estonces se les entreguen los bienes, entender, despues de muerto to su padre, que en teniendo ve y nec os, y no antes, se les entregue la hacienda. Porque si esto se viera entender en vida del padre, no se podian compadecer, luego las palabras siguientes, *o se casaren*, por que

que aunque el matrimonio es causa para que en vida del padre, se entre-
guen sus bienes al hijo, esto es teniendo veynte y cinco años, por que aũ
que la ley de Toro, le hizo emancipado, no le hizo mayor. Luego si en
vida del padre, se auian de entregar a los hijos sus bienes, en teniendo
veynte y cinco años, no auia para que dezir, *o en casandose*. Pues aunque
fueran casados, no se les podian entregar antes. & verba testatoris de-
bent interpretari, vt non sint superflua etiam contra expressam volun-
tatem, & propriam significationem verborum. casus est in. l. procius
in prin. ff. de vsufr. melior tex. in. l. si. ff. de vsufr. earum rerum quæ vsu
centum. tradit Roma. consi. 56. nu. 4. & resoluit nouissime Mantica de
conic. vlt. vol. lib. 3. titu. 6. quiso pues la testadora comprehender los
dos casos, en que el hijo puede pedir, despues que tiene veynte y cinco
años sus bienes. vno muerto su padre, y otro siendo viuo, si se casa. Y an-
si de aqui, no se puede sacar prohibicion del vsufructo.

¶ Ni tan poco de las siguientes, donde manda, *Que a este guardador no se
le puedan quitar los bienes, hasta la dicha edad de sus hijos, o estar casados*. Por
donde la parte contraria dice, que aunque el padre viniera, no pudiera
tomar en si estos bienes, ni sacarlos de poder de este guardador, porq̄ de
ay no se induze en su persona prohibición del vsufructo. Lo primero, por
que el padre tiene especial priuilegio de derecho comun, para admini-
strar los bienes de su hijo, vt per totum. C. de bon. mat. & tamen statu-
tum, vel dispositio generalis, non compr̄ditur: personas preuilegiatas
in illa re. l. 3. & ibi notat glof. quam sequuntur. Plac̄a & ceteri. C. de
silentiarijs lib. 12. & tradit plures Tirac. d. 1. q. 1. c. 1. signagior. 6. glof.
14. nu. 104. Y an si estas palabras, obraran contra los hijos, para que pas-
sada la edad pupilar, aunque pudieran pedir por curador a quien quisie-
ran, y que su tutor les diera quenta y entregara los bienes, no lo podran
hazer, por esta clausula, pero no obrara, contra el padre, que tiene en esto
particular preuilegio por derecho.

¶ Lo segundo se responde, que aunque el padre no pudiera tomar en si
estos bienes, no por esto se entiende que a de perder el vsufructo. Porque
este no le goza el padre, por la administraciõ, sino por la patria potestad
Immo datur casus, vbi pater administrat, & tamen non habet vsufructu
& cum in bonis filij, como en los bienes eclesiasticos, y en la herencia que
el hijo familiaris accepta contra la voluntad de su padre, vt in. l. cū non solū in
prin. verū. siue e contrariõ in cõtra. necessitate per officium iudicis patri
imponeda. C. de bon. que lib. & datur casus, vbi quis nō administrat, et
tamē habebit vsufructu, como en el padre que fuese loco, que no por
esto pierde el vsufructo de los bienes de su hijo, aunque se le diese cura-
dor para que los administre. vt in. l. penul. ff. de curator. furios. melior
tex.

rex. in. l. padre furioso in fi. ff. de his qui sunt sui, vel alien. iu. vbi eo ipso
 qd filius aliquid acquirat, vltus usufructus acquiratur patri etiam furioso, ibi,
Adec autem et interius patria potestatis pater furiosus, et acquiratur illi co-
modum eius, quod filius acquisiuit. & resoluit Pinel. i. part. l. primæ. C. de
 bon. mar. nu. 60. Luego si el tener curador, con lo que tiene el furioso que
 administra sus bienes y los de sus hijos, no es parte para impedirle la ad-
 quisición del usufructo; mucho menos lo es de impedir en un tercero guar-
 dador nombrado por la justicia por ausencia del padre, aunque fuese
 realmente prodigo, pues se le haze con el lo mismo que con el fu-
 rioso; que otro administre los bienes y el goze del usufructo. Cum pro-
 digus & furiosus æquiparentur. vt in. l. is cui bonis. ff. de verb. oblig. ibi
Sicut in e pro furioso. Conforme a lo qual entiendo, que esta muger no pu-
 do prohibir, aunque quisiera, el usufructo a su marido en los bienes de
 sus hijos, a lo menos durando en el la patria doteada, y aunque pudiera,
 ninguna de las palabras que puso en el testamento, son bastantes, a in-
 dizar esta prohibición, que tan contraria es a reglas tan llanas de derecho,
 antes parece vna inhumanidad muy grande, pues se deve creer que la
 muger, quisiera dexar este usufructo a su marido, para que con el pudie-
 se componerse con sus contrarios, o condenandole en el pudiese ser me-
 nor la pena corporal, pues tan diferentemente se pudiera concertar te-
 niendo hacienda, y tan dificultoso les es este medio a los que no la tie-
 nen. Y era alargado el tiempo que propuse, por auerme lo mandado a
 si alguno de estos señores por que la mucha justicia desta muger me
 inuencian a no dexar cosa por estar, y no el interese; por que no le e tenido
 de cosa alguna en este pleyto, mas de defender a estos pobres, que a mi
 entendimiento tienen justicia.

Laus Deo

U de mandato de d. a. tu. & d. u. m. s. de ar. l. y a. q. am.
en q. la d. de d. se funda & se redarguido y no im-
probad. y el auerlo q. pensado a sea de nuevo no
me no. y sea el prim. era falso tan en w. q.
y se oue ento fuera de su & am do e lo q. y
y quis. o inuenc. ensado antes no pueden de bu
y nueuamente lo no a su n. l. d.

170
 170
 170

