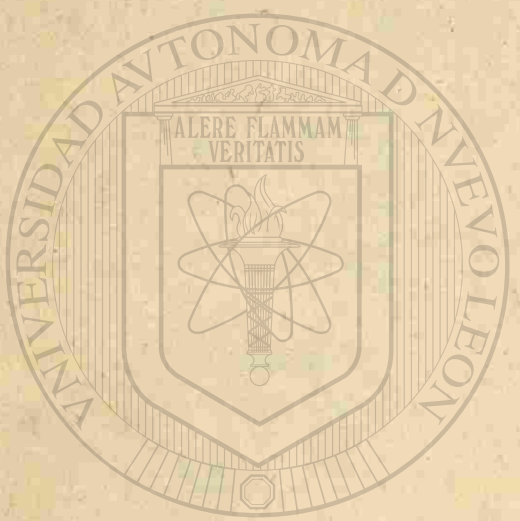
JUAN SALA

SALA
HISPANO -
MEJICANO

KGF40
.S363
1844
v.1
c.1

515.8

1080004161



UANL
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

SALA

HISPANO-MEJICANO.

UANL
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

La obra – pl. 10
Sala 4

UNIVERSIDAD AUTONOMA DE NUEVO LEON
ALERE FLAMMAM VERITATIS

IMPRENTA DE H. FOURNIER Y Cª.
CALLE DE S. BENITO, Nº 7.

SALA

HISPANO-MEJICANO,

Ó ILUSTRACION

DEL DERECHO ESPAÑOL

POR

DON JUAN SALA,

AÑADIDAS LAS VARIACIONES QUE HA RECIBIDO HASTA EL DIA, TANTO EN ESPAÑA COMO EN LA REPÚBLICA MEJICANA, POR DOS JURISCONSULTOS PENINSULARES, BAJO LA DIRECCION DE

DON VICENTE SALVÁ.

TOMO PRIMERO.

PARIS,
LIBRERÍA DE D. V. SALVA,
CALLE DE LILLE, Nº 4.

1844.

UANL
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

IV

D3404609
S159s

25 junio 1979

K19
.1
S2
1889

FSRM

4161

ADVERTENCIA

DEL EDITOR.

Hallándose admitida esta obra de Sala en casi todas nuestras Universidades, y estando impresa en Madrid, nabia yo creido que, cuando no fuese un modelo de correccion, tendria la suficiente para que los estudiantes pudieran entenderla sin tropiezo. Mi ánimo era no hacer otra reforma que reducirla á la nueva ortografía, siendo ya ridículo que se reprodujese la que estaba en uso á fines del siglo anterior. Así es que principié por imprimir la portada, pensando que semejante novedad y la correccion de una que otra errata, no merecian que se hablase de ellas en una advertencia.

Poco tardé en notar cuán lastimosamente me habia equivocado, y que parecia un milagro que por la edicion de 1834, que es la última, se hubiese estudiado en nuestras aulas. No he visto hasta el dia un libro de los destinados á la enseñanza hecho con igual descuido, y puede asegurarse que la imprenta de que ha salido, no tenia ni uno de aquellos correctores adocenados que conocen á lo ménos la rutina de su encargo. Esto demuestra la importancia de que las personas que se dedican á la noble profesion de publicar obras, tengan una tintura de algunas ciencias, y aquel pundonor que obliga á hacer bien las cosas; puntillo que si es conveniente en todos los ramos, se hace mas reparable y

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL

trascendental en las ediciones, cuando falta al que las da á la estampa.

Para que no se atribuya lo que acabo de sentar, á un vano empeño de encarecer la mia sin fundamento, indicaré muy lijeramente los defectos de que la he purgado, advirtiendo desde luego en globo, que casi no hay página ninguna en la mencionada de Madrid, donde no ocurran tres ó cuatro de aquellas erratas, que solo deben disimularse en las primeras pruebas de lo que se imprime. Puedo tambien asegurar que apénas se pasan nunca cuatro ó cinco páginas seguidas sin encontrar un singular por un plural, ó al contrario, la tercera persona plural del pretérito perfecto de indicativo por la misma del futuro condicional del subjuntivo, un gerundio por un participio de pretérito, ó alguno de los siguientes desatinos garrafales: *calumniador* por *denunciador*, *colmojarijes* por *almojarifes*, *con* por *contra*, *concejo* por *consejo*, y al reves, *consistiendo* por *subsistiendo*, *conviene* por *reconviene*, *escepcion* por *espresion*, *difine* por *define*, *disposiciones* por *deposiciones*, *el* por *le* y por *se*, ó al reves, *guardar* por *graduar*, *indistintamente* por *inmediatamente*, *ingreso* por *progreso*, *intencion* por *atencion*, *les* por *los*, y al contrario, *placer* por *parecer*, *prejuicio* por *perjuicio*, *proceder* por *preceder*, *producir* por *proceder*, *prosigue* por *persigue*, *recogerse* por *agregarse*, *solicitan* por *solian*, *y* por *si*, etc., etc. En solas dos líneas (la 6 y 7 de la pág. 266 del tomo I.) donde ahora se lee, *puedan* compeler *á los mercaderes ú otras personas á que* compren *los bienes*, dice la edicion matritense, *puedan* comprar *á los mercaderes ú otras personas que* competen *los bienes*. Unas veces se han saltado palabras enteras, v. gr. en el §. 4, página 103 y §. 7, pág. 159 del tomo primero; y otras se ha omitido todo un miembro del período, como en el §. 3, pág. 153 del mismo tomo. En el *Indice de las cosas mas notables*, que va al fin del segundo, no solo se hallan muchas remisiones falsas, sino que se han dejado tres artículos en blanco, sin designar parte ninguna que trate de las materias á que se refieren.

Ya se deja entender que cuando no se ha tenido reparo en dejar correr tantos y tan groseros errores, poco esmero se habrá puesto en que saliesen exactas las muchas citas de que abunda la obra; y que de consiguiente cual estaba, no tenia el autor mucho fundamento para vanagloriarse en los términos que lo hace en la *Nota* que va á continuacion de esta Advertencia. En efecto ha habido mucho que corregir en esta parte, y no será poco lo que haya quedado, pues yo no he tenido tiempo ni paciencia para cotejar todas las citas. Están sí confrontadas aquellas que reproducen por entero el testo de alguna ley de las *Partidas* ó de la *Novísima Recopilacion*, las cuales se han restituido á su genuina lectura con la mayor escrupulosidad.

Esto en cuanto á las faltas tipográficas: digamos algo de las del autor, á quien todavia alcancé en mi juventud. Estaba dotado de vasta erudicion en la jurisprudencia, señaladamente en la romana, de modo que se le miraba como un Digesto ambulante, y harto lo comprueba la salida que han tenido todas sus obras. Pero era de aquellos hombres que no han llegado á sospechar que cierto desaliño, tolerado y á veces gracioso, en la conversacion, no es disimulable en un escrito; y por esto se espresaba en los suyos con el mismo candor y falta de lima que delante de sus discípulos ó entre sus amigos. No me he atrevido á hacer desaparecer esta dote característica del autor; pero siguiendo un medio término, he cuidado de minorar las trivialidades ó chabacanerías de los pasajes en que mas se habia entregado á ellas. ¿Cómo era posible que dejase yo subsistir el final del §. 19, página 328 del tomo segundo, cual Sala lo habia puesto?

Pero si he respetado este distintivo de su estilo, y no he osado tocar los muchos arcaísmos de que abunda, por haber vaciado en su obra el testo de las respectivas leyes de *Partida* que tenia á la vista, no he juzgado conveniente copiar sus defectos contra la buena gramática, pues *fraude* estaba usado siempre como femenino, las desconcordancias ocurrian á menudo, el artículo definido faltaba á veces indebidamente; se empleaban unos tiempos por otros y unas preposiciones por otras, y la negacion se repetia en unos casos

sin necesidad y en otros con perjuicio del verdadero sentido de la cláusula. Habia lugares, como en la página 180, §. 1, del tomo I, y en la pág. 118, §. 1 del segundo, donde se espresaba lo contrario de lo que debe ser; en varias partes estaban los periodos tan dislocados y mal construidos (véanse como muestra las págs. 139, §. 10, y la 195, §. 24 del tomo I., y las 288, §. 3, y 324, §. 13 del segundo), que no debian quedar así; y en algunas finalmente era imposible de todo punto entender lo que el autor pretendia significar. Me contentaré con citar unos pocos ejemplos, pues ni es este lugar de acumularlos, ni me seria dado reunirlos no conservando las pruebas, sobre que se han hecho la mayor parte de las correcciones. Basta á mi entender que se consulten para comprobacion las págs. 3, 235, 305, 326, 327, 328 329, 330, 334, 337, 339 y 365 del tomo primero, y las 33, 38, 42, 52, 87, 89, 93, 129, 137, 146, 179, 196, 207, 216, 217, 219, 224, 237, 239, 261, 271, 296, 331 y 360, §§. 54 y 64 del segundo. — Aunque ántes he atribuido las erratas de las citas al impresor, hay algunas, y muy escenciales, como la del §. 5, pág. 255 del tomo segundo, que no parece puedan imputarse mas que al autor, ó mas bien al que arregló las citas de las leyes á la *Novísima recopilacion*.

Tales son los mejoras que di á esta obra al reimprimirla en 1837. En la presente edicion se ha llevado adelante el empeño de purgarla de sus defectos sustanciales, cuidando de mantener integra la doctrina del autor, segun es de ver por las páginas 263 y 318 del tomo primero, y las 5, 28, 30, 86, 94, 102, 118, 162, 168, 182, 185, 199, 222, 230, 337 y 354 del segundo. Ménos que por ello, merece una absoluta preferencia en razon de la importante novedad de haberse intercalado en los respectivos lugares las inovaciones introducidas por las leyes promulgadas desde el tiempo en que escribió Sala; con lo que se han completado todas las materias, poniéndolas en perfecta consonancia con la legislacion actual. Estas numerosas y esenciales adiciones van inclusas dentro de paréntesis cuadrados de esta forma [ ], á fin de que el lector pueda

distinguirlas á primera vista, y convencerse del ímprobo trabajo que se ha puesto para que la *Ilustracion del Derecho español*, tan bien admitida hoy en las Universidades, sea en lo sucesivo mas provechosa á los jóvenes que se dedican á estudiarlo.

Semejante suplemento la hará tambien mas digna del aprecio de los que profesan la jurisprudencia en Ultramar, por cuanto emanando en España, como en aquellos paises, las disposiciones recientes de cuerpos legislativos, y estando cimentadas en los principios de una justa libertad; es preciso que concuerden con las leyes que rigen ahora á los que, sin embargo de haber dejado de pertenecer á la antigua metrópoli, siguen siempre hermanados con sus habitantes por los fuertes vínculos de una lengua comun y por la identidad de costumbres, inclinaciones y gustos. Si en unas pocas se nota todavía alguna esencial diferencia, atribúyase, bien á miras é intereses puramente locales ó momentáneos, bien á que los hombres, aun cuando se hallen animados del zelo mas puro, no resuelven del mismo modo todas las cuestiones.

Al fin de cada tomo se ha puesto un apéndice del Derecho mejicano, y por su simple cotejo con la doctrina de la obra se ve, que los decretos de nuestras Cortes caminan en general muy acordes con aquel, si bien discrepan en ciertos casos, que se ha tenido particular cuidado en designar. Esto es lo único que faltaba hacer, para que las Instituciones de Sala pudiesen servir de testo á los que siguen la carrera de las Leyes en las escuelas de la república mejicana.

1º de enero de 1844.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

NOTA DEL AUTOR.

Creemos serán pocas las equivocaciones que se encuentran en las 1958 leyes españolas, y 1094 romanas que citamos, porque todas las hemos leido con mucho cuidado, la que ménos una vez, y las otras dos ó mas, segun la sustancia y dificultad que presentaban.

Y con el mismo cuidado hemos leido las doctrinas de los siguientes 53 autores españoles, que igualmente citamos:

Angulo.	Febrero.	Mesa.
Aso.	Feliciano.	Miéres.
Avendaño.	Galindo.	Molina jurista.
Ayllon.	García.	Molina teólogo.
Ayora.	Gómez.	Olano.
Azevedo.	González.	Parladorio.
Baeza.	Gutiérrez.	Pastor.
Bas.	Guzman.	Pichardo.
Bovadilla.	Hermosilla.	Rójas Hermenegildo
Carleval.	Hevia Bolaños.	Rójas y Almansa.
Castillo.	Larrea.	Salgado.
Castro.	Leon.	Sarmiento.
Cervántes.	López.	Socueva.
Cifuéntes.	Maldonado.	Tórres.
Cornejo.	Martínez.	Valeron.
Covarrúbias.	Mateu.	Vela.
Escobar.	Matienzo.	Vizcaíno.
Faria.	Maymó.	

ÍNDICE

DEL TOMO PRIMERO.

LIBRO PRIMERO.

Prefacion del autor 1
Breve historia del Derecho de España 3
TÍTULO I. *De la justicia y del derecho* 13
TÍT. II. *Del estado de los hombres, y derecho que en su razon corresponde.* 19
TÍT. III. *Del poder que tienen los padres sobre sus hijos.* 29
TÍT. IV. *De los desposorios y matrimonio* 35
TÍT. V. *De las dotes, donaciones, arras y otras donaciones entre marido y mujer* 56
TÍT. VI. *De la legitimacion y del porfijamiento ó adopcion.* 67
TÍT. VII. *De la tutela y curadoría.* 72
TÍT. VIII. *De la restitucion de los menores.* 93

LIBRO SEGUNDO.

TÍT. I. *De la division de las cosas, y del modo de adquirir su dominio* 100
TÍT. II. *De las prescripciones y de la posesion.* . . 123
TÍT. III. *De las servidumbres reales y personales* . 133
TÍT. IV. *De los testamentos.* 142
TÍT. V. *De la institucion de heredero, sustituciones y desheredaciones.* 151
TÍT. VI. *De las mejoras de tercio y quinto, legados, fideicomisos, ley Falcidia, y de los codicilos..* 179

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

NOTA DEL AUTOR.

Creemos serán pocas las equivocaciones que se encuentran en las 1958 leyes españolas, y 1094 romanas que citamos, porque todas las hemos leido con mucho cuidado, la que ménos una vez, y las otras dos ó mas, segun la sustancia y dificultad que presentaban.

Y con el mismo cuidado hemos leido las doctrinas de los siguientes 53 autores españoles, que igualmente citamos:

Angulo.	Febrero.	Mesa.
Aso.	Feliciano.	Miéres.
Avendaño.	Galindo.	Molina jurista.
Ayllon.	García.	Molina teólogo.
Ayora.	Gómez.	Olano.
Azevedo.	González.	Parladorio.
Baeza.	Gutiérrez.	Pastor.
Bas.	Guzman.	Pichardo.
Bovadilla.	Hermosilla.	Rójas Hermenegildo
Carleval.	Hevia Bolaños.	Rójas y Almansa.
Castillo.	Larrea.	Salgado.
Castro.	Leon.	Sarmiento.
Cervántes.	López.	Socueva.
Cifuéntes.	Maldonado.	Tórres.
Cornejo.	Martínez.	Valeron.
Covarrúbias.	Mateu.	Vela.
Escobar.	Matienzo.	Vizcaíno.
Faria.	Maymó.	

ÍNDICE

DEL TOMO PRIMERO.

LIBRO PRIMERO.

Prefacion del autor 1
Breve historia del Derecho de España 3
TÍTULO I. *De la justicia y del derecho* 13
TÍT. II. *Del estado de los hombres, y derecho que en su razon corresponde.* 19
TÍT. III. *Del poder que tienen los padres sobre sus hijos.* 29
TÍT. IV. *De los desposorios y matrimonio* 35
TÍT. V. *De las dotes, donaciones, arras y otras donaciones entre marido y mujer* 56
TÍT. VI. *De la legitimacion y del porfijamiento ó adopcion.* 67
TÍT. VII. *De la tutela y curadoría.* 72
TÍT. VIII. *De la restitucion de los menores.* 93

LIBRO SEGUNDO.

TÍT. I. *De la division de las cosas, y del modo de adquirir su dominio* 100
TÍT. II. *De las prescripciones y de la posesion.* . . 123
TÍT. III. *De las servidumbres reales y personales* . 133
TÍT. IV. *De los testamentos.* 142
TÍT. V. *De la institucion de heredero, sustituciones y desheredaciones.* 151
TÍT. VI. *De las mejoras de tercio y quinto, legados, fideicomisos, ley Falcidia, y de los codicilos..* 179

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

Tít. VII. *De los mayorazgos*. 199
Tít. VIII. *De las sucesiones intestadas* 230
Tít. IX. *De las obligaciones y contratos en general, y transacciones* 243
Tít. X. *De las ventas y compras*. 250
Tít. XI. *De los retractos* 279
Tít. XII. *Cuándo y cómo se paga la alcabala y el luismo por rescindirse ó deshacerse la venta* 297
Tít. XIII. *De los logueros é de los arrendamientos*. 303
Tít. XIV. *De los censos* 314
APÉNDICE AL TÍT. XIV. *De los señoríos*. 351
Tít. XV. *De la compañía ó sociedad, y del mandato*. 360
Tít. XVI. *Del contrato verbal ó de palabras*. . . . 369

PREFACION

DEL AUTOR.

Los deseos de la nacion de que se publicara una Ilustracion del Derecho español, que al paso que correspondiera al buen gusto de los concurrentes á las Universidades y demas personas doctas, pudiera dar una regular instruccion á los que, no entendiendo el latin, la necesitan para el ejercicio de su profesion ó gobierno de sus cosas; movieron nuestro ánimo á emprender el trabajo de ordenarla en la edad avanzada de setenta años, en que los hombres solemos pensar mas en descansar, que entrar en nuevas tareas. La necesidad de esta obra, por la notoria insuficiencia de las otras de su naturaleza, que se han publicado hasta ahora, y nuestra vehemente inclinacion á fomentar el estudio de nuestro Derecho patrio, de que son buenos testimonios el *Vinio castigado*, las *Instituciones* y *Digesto romano-español*, nos hicieron atropellar el reparo de nuestros muchos años, hallándonos por la misericordia de Dios, en una salud muy robusta y constante, que no ha llegado á flaquear, sin embargo de haber sido bastante larga y penosa la tarea.

Sirvió tambien mucho para alentarnos el ver la aceptacion con que nuestras citadas obras han sido adoptadas para la pública enseñanza en las Universidades de nuestra España, y el aplauso con que han sido recibidas en varias partes de la América, de que tenemos noticias ciertas; de suerte, que en muy poco tiempo se despacharon enteramente dos ediciones del Vinio castigado, de dos mil ejemplares cada una: y desde el año 1790 se han despachado dos de las *Instituciones*, y solo nos quedan unos pocos de la ter-

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

cera edicion hecha en el año de 1805, en términos, que en el año próximo de 1821 habremos de hacer la cuarta.

Hemos querido notar las leyes romanas concordantes con las nuestras españolas, porque aunque estas para tener completa fuerza, no necesitan de apoyos estranjeros, ni estos pueden tener alguna para obligarnos; debemos sin embargo confesar, que no deja de honrar é ilustrar nuestras decisiones el ver, que tambien las establecieron los romanos en sus leyes, tan llenas, por lo comun, de justicia, moralidad y prudencia, que han admirado y admirarán siempre á los doctos de todas las naciones.

Ademas de haber procurado recoger toda la buena doctrina, que hemos creido del caso, se ha estendido nuestro cuidado á que el método y estilo tuviesen la perfeccion y claridad de que son capaces nuestras cortas fuerzas, y así es que hemos empleado catorce meses útiles, con un indecible trabajo, leyendo y meditando con detenido y escrupuloso cuidado, las leyes y doctrina de los autores que citamos. Pero sin embargo en el inmenso piélago de especies en que hemos navegado, no será de estrañar se nos haya escapado alguna digna de mencionarse, ó que ocurra alguna que hayamos entendido mal. Léjos de enojarnos de que nos corrijan nuestros defectos, estaremos agradecidos á los correctores, porque concurrirán con nosotros en el deseo de ser útiles á la enseñanza, facilitando que salga con mas perfeccion cualquiera otra edicion de esta obra, que pueda hacerse con el tiempo. Nos ha parecido dividirla en tres libros, segun los tres objetos del Derecho, personas, cosas y acciones, como lo hizo Justiniano en sus *Instituciones*.

BREVE HISTORIA
DEL DERECHO DE ESPAÑA.

1 En todas las historias es lo mas oscuro el averiguar su orígen y primeros tiempos. Nace la oscuridad, de que el largo trascurso de los años ha hecho desaparecer muchos monumentos y memorias que podrian ilustrarlo, y de que los autores antiguos, por la falta de imprentas y de la escrupulosidad con que ahora se notan los sucesos, han dejado de trasmitirnos las noticias que echamos ménos. Las varias y estraordinarias vicisitudes que padeció nuestra monarquía en sus principios, desde que la invadieron y ocuparon los cartagineses, han contribuido á la ignorancia que padecemos acerca del principio de nuestra Jurisprudencia, impidiéndonos poder recoger memorias de los tiempos de aquella revolucion y de los anteriores. Tomaron las cosas alguna consistencia y formalidad en la dominacion de los romanos, cuando espelieron á los cartagineses; pero no duró mucho, porque luego los arrollaron los godos y otros pueblos del Norte, que inundaron y se apoderaron enteramente de España. Convienen nuestros autores en que es verosímil que los romanos, á los principios de su imperio, permitirian á los españoles vivir segun sus costumbres y usos, disponiéndolos poco á poco á que observaran las leyes romanas; pero como estas no tenian mas de españolas que su recibimiento, no nos parece contarlas como pertenecientes á nuestra legislacion, cuyo orígen tomaremos de los godos, que fueron los primeros de quienes podemos decir, que establecieron leyes en nuestra España para su gobierno.

2 Porque si bien en el principio de su reinado permitieron á los españoles, acostumbrados ya al uso de las leyes romanas, continuar en su observancia, al tenor del *Có-*

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

digo Teodosiano, ó del *Breviario*, compuesto del mismo, de los códigos *Gregoriano* y *Hermogeniano*, y de las sentencias é Instituciones de los jurisconsultos Paulo y Cayo, que ordenó ó dispuso se ordenara el godo Aniano en el año 506, en tiempo del rey Alarico, como lata y cuidadosamente manifiesta Mesa en su *Arte de la historia legal*, *lib.* 1. *cap.* 4; empezaron ya entónces á establecerse algunas nuevas, de suerte que en aquellos tiempos algunas de las que regian, eran góticas y la mayor parte romanas. El primero de los reyes godos que estableció algunas, fué Eurico, que murió en el año 483, segun refiere san Isidoro en la *Historia de los godos* y Franckenau en su *Themis*, *sect.* 1. *de legib. Gothor. n.* 5. diciendo ser la opinion general de nuestros autores, citando á muchísimos; y estas son las primeras que podremos llamar leyes españolas. A ellas añadieron algunas otras sus sucesores, y principalmente Leovigildo. Recesvindo pasó mas á delante, pues prohibió el uso de las leyes romanas, imponiendo la pena de 50 libras al que las citara en juicio, y al juez que diera sentencia segun ellas, Franckenau, *d. sect.* 1. *n.* 3. Y aunque es de creer, que en tiempo de estos reyes y sus inmediatos, se hiciese algun código ó coleccion de las leyes que establecieron, no tenemos noticia alguna de otro mas antiguo, que el famoso que se publicó en latin á fines del siglo VII. ó principios del VIII. con el nombre de *Liber judicum*, que se celebra como fuente y orígen de las leyes de nuestra España. Sobre quién fué el autor de este código, hay mucha variedad de opiniones. Unos lo atribuyen á Sisenando, otros á Chindasvindo, otros á Recesvindo, que murieron en los años de 635, 650 y 672. Y no falta quien conceda esta gloria á los reyes posteriores Wamba, Ervigio, Égica, Witiza, de los cuales el último falleció el año 711, como puede verse en Mesa, *d. lib.* 1. *cap.* 5. Franckenau, *d. sect.* 1. *n.* 7. *y siguientes*, en donde tratan con estension este asunto. En vista de lo que dicen estos y otros

autores, y en atencion á que este código está lleno de leyes de Sisenando, Chindasvindo y Recesvindo, parece verosímil, que estos tres reyes ó alguno de ellos cuidaron de hacer alguna coleccion, que fué el principio de este código. Pero como en él, segun el estado en que ha llegado á nuestras manos, se encuentran varias leyes de Wamba, Ervigio y Égica, cuando reinó solo, y aun algunas despues que tomó por compañero á Witiza en el año 698, debemos confesar, que con este complemento no es mas antiguo que los últimos años de Égica. [Sobre los autores del *Fuero Juzgo* y época en que se publicó, véanse el *Ensayo histórico-crítico* del Dr. D. Francisco Martínez Marina, *lib.* 1, la *Historia del Derecho español*, por D. Juan Sempere, *lib.* 1, *cap.* 16 *y sig.*, y el *Discurso* de D. Manuel de Lardizabal que precede á la edicion de la Academia.]

3 Este código, que tambien se llamó *Forum judicum*, consta de doce libros divididos en títulos, que se subdividen en leyes: de las cuales se establecieron muchas en los Concilios toledanos, asistiendo el rey, los magnates y los obispos, y las demas por los mismos reyes solamente; y estas son las que se llaman *Leyes de los visogodos*. Algunas de ellas llevan en la inscripcion el nombre del rey que fué su autor; otras del Concilio en que fueron establecidas; otras solamente se dicen *antiguas*, que se atribuyen á Eurico ó Leovigildo, ó segun otros, fueron tomadas de las leyes romanas, y otras no tienen inscripcion ninguna. De las que se establecieron en el Concilio toledano IV, algunas se hallan á nombre de Sisenando y de san Isidoro arzobispo de Sevilla, al parecer porque fueron los mas principales y distinguidos que intervinieron en él. No será fácil adelantar ó mejorar estas noticias, ni hace falta alguna que no se mejoren. Reinando el santo rey Fernando III, fué vertido en lengua española en el siglo XIII. y llamado *Fuero de los jueces*, cuyo nombre se ha corrompido en el de *Fuero Juzgo*, de que usamos; y con él le hizo imprimir

en Madrid el año 1600 Alfonso de Villadiego, ilustrándolo con preciosas notas; y nuevamente en Madrid tambien en 1792, Juan Antonio Llorente, canónigo de Calahorra. El primero que lo imprimió en latin, segun fué compuesto, ha sido el célebre jurisconsulto frances Pedro Pitheo, que lo publicó en Paris año 1579 con el título de *Codex legum Visigothorum*, *libri XII*. [La Academia española publicó en 1815 una edicion del texto latino y la primitiva traduccion en romance, anotando las variantes de cuantos códices antiguos pudo consultar.]

4 Muy poco despues de la publicacion de este código, esto es, por los años de 714, esperimentó grande trastorno su observancia por la invasion de los sarracenos, que con una rapidez increible ocuparon y sujetaron á sus armas á toda España, á escepcion de las montañas de las provincias septentrionales, en que recogidos los valerosos españoles que pudieron salvarse, emprendieron poco á poco con su rey Pelayo la reconquista que continuaron sus sucesores, hasta que á fuerza de años, trabajos é innumerables victorias, lograron completarla en el año 1492, en que los celebérrimos reyes D. Fernando y Doña Isabel se apoderaron de la ciudad de Granada, que fué el último retiro de los moros. Y aunque es verosímil, que estos por su poca cultura y mucha ferocidad debieron descuidar de dar otras leyes á los que sujetaron, que las pocas que se dirigian á asegurar la sujecion y exaccion de tributos, permitiéndoles en lo demas que observaran las que ántes tenian propias; con todo las tinieblas que cubren este ramo de la historia, y la ninguna falta que nos hace su averiguacion, nos mueve á no entretenernos en este particular, continuando solo la historia en lo respectivo á los que conservaron la libertad bajo la dominacion del rey Don Pelayo y sucesores.

5 Muchos de estos mandaron se observara dicho código, pero al mismo tiempo en el siglo XI y siguiente concedieron varios fueros particulares á diferentes ciudades y villas con sus territorios, como lo fueron los de Sepúlveda, Escalona y otros; y á fines del siglo X, ó á principios del XI, se publicó, con intencion de que fuese general, el fuero llamado *Fuero viejo de Castilla*. Desde entónces hubo bastante confusion en los tribunales, gobernándose unos asuntos por los fueros, y otros por las costumbres, rescriptos y sentencias (*fazañas* ó *alvedríos*), y no en todas partes de una misma manera. Con efecto, Don Fernando I en el Concilio de Coyanza (hoy Valencia de Don Juan cerca de Oviedo), mandó en el año 1050, que en Castilla se observase este *Fuero viejo* y en Leon el Gótico ó *Juzgo* y Leonés. Y considerando este mal estado de confusion, el rey Don Alonso IX, dicho tambien X, llamado comunmente el Sabio, procuró enmendarlo, publicando en el año 1255 otro código, que se llama *Fuero de las leyes*, *Fuero del libro de los concejos de Castilla*, y con más frecuencia *Fuero real*, miéntras disponia se formase el famosísimo de las *Partidas*, de que luego hablaremos. Se halla impreso en el año 1543, con glosa estensa de Alonso Diaz de Montalvo. [La Academia de la Historia ha publicado en 1836 los opúsculos legales de D. Alonso el Sabio, que comprenden *El Espéculo*, *El Fuero real*, *Las leyes para los adelantados mayores*, *Las leyes nuevas*, el *Ordenamiento de las Tafurerías*, y por apéndice las *Leyes del Estilo*.] Cómo, cuándo y en qué provincias se observaron el *Fuero real* y el otro dicho *Fuero viejo de Castilla*, puede verse en el discurso preliminar que pusieron Aso y de Manuel en la edicion de dicho *Fuero viejo*, que hicieron en Madrid el año de 1771. Poco despues á últimos del siglo XIII, ó principios del XIV, se publicaron en número de 252, las leyes llamadas *del Estilo*, segun se cree comunmente, para declarar las del *Fuero real*. No consta si son propiamente leyes ordenadas por legítima potestad, ó por el privado ó particular

trabajo de algun perito. Las imprimió el año 1608 en Madrid, con un estenso comentario, Cristóval de Paz. Algunas de ellas se hallan insertas en la *Nueva recopilacion*.

6 Llegamos ya al código ó libro de las *Partidas*, el mas célebre de los que tenemos en España, al que todos los autores dan los mayores elogios. Es á semejanza de las *Pandectas* romanas, como el Digesto de nuestra legislacion, pues contiene con estension todas las leyes civiles, que en aquel tiempo debian observar generalmente los españoles; y ademas varias decisiones canónicas, y lo mas principal de los misterios de nuestra santa Religion católica, en que quiso la piadosa religiosidad de su autor emplear la *Partida* primera. El santo rey Fernando III proyectó esta grande obra para evitar confusiones y variedades, dando uniformidad general para todos los negocios; pero prevenido por la muerte, no pudo llegar á empezarla, y la dejó encargada á su hijo el espresado Alonso el Sabio, que habiéndola empezado en la víspera del dia de san Juan Bautista del año 1255, cuarto de su reinado, empleó en ella siete años cumplidos, como se lee en su *Prólogo*. Se formó, en cuanto á la Religion y á la Iglesia, de las sentencias de los santos Padres; y en lo demas, de usos y costumbres que parecieron útiles, y principalmente de las leyes romanas, decidiendo algunas cuestiones que atormentaban á sus intérpretes. Se conoce fueron sugetos de mucha ciencia y probidad los que trabajaron en ordenar este libro; pero no ha quedado de ello noticia alguna segura. Aunque se formó á mitad del siglo XIII, no se publicó hasta el año 1348, como se ve en la *l.* 1. *tít.* 28. *del Ordenamiento de Alcalá*, que hoy es la *l.* 5. *tít.* 2. *lib.* 3. *de la Novísima Rec.*, á causa de las guerras y otros gravísimos negocios que ocuparon á España en aquellos tiempos. Consta de siete partes llamadas *Partidas*, de donde le ha venido el nombre, divididas en títulos, y estos en leyes. [Debe reputarse como la edicion mas correcta y

ajustada á los antiguos códices la que dió la Academia de la Historia en 1807, en 3 tomos en 4° marquilla, aunque no es la que suele citarse en los tribunales, ni la buscan tanto los que se dedican al foro, como las que llevan la larga y difusa glosa latina de Gregorio López, la cual vió la luz por primera vez en Salamanca el año de 1555, y por última en Madrid el de 1829.]

7 Es tambien célebre el *Ordenamiento de Alcalá*, que se publicó en el año citado 1348, y contiene 32 títulos divididos en leyes; pero por cuanto casi todas se han pasado á la *Recopilacion*, de que vamos á hablar, ó enteras ó con alguna leve correccion, no nos ha parecido hacer mayor relacion de él. Le imprimieron en Madrid en 1774, ilustrado con notas, Aso y de Manuel. Otro código con el título de *Ordenamiento real* se publicó en tiempos de los reyes Don Fernando y Doña Isabel, y es una compilacion alfabética de varias leyes, ya dispersas, ya contenidas en el Fuero real, Leyes de Estilo y Ordenamiento de Alcalá, dividida en ocho libros, y dispuesta por Alonso Montalvo, quien añadió igualmente sus glosas y repertorio. Es de creer emprendiese esta obra por comision de los reyes católicos, pues atestiguándolo así en su prólogo, y habiéndose publicado por tres veces en vida de los mismos, á saber, en Zamora en 1485, y en Sevilla en 1492 y 1496, se le hubiera convencido de impostor ó ser falso el supuesto. Sin embargo no parece satisfizo las miras de Don Fernando y Doña Isabel, puesto que jamas le dieron su fuerza confirmatoria, y esta es la razon por que esta coleccion se considera de autoridad privada, y sus leyes sin mas fuerza que la que tuvieron en su original, segun prueba el señor Marcos Solon de Paz en la *l.* 1. *de Toro n.* 275. Sin embargo el título de *Ordenamiento real*, y la comodidad de la obra, dividida por órden alfabético, la dió tal autoridad con el tiempo, que se creyó que la *ley de Toro* hablaba de este Ordenamiento, cuando en realidad solo habló del de Alcalá, toda vez que la dicha

ley de Toro no hace otra cosa que renovar la observancia de lo prevenido en la *l.* 1. *tít.* 28. de dicho Ordenamiento. Diego Pérez de Salamanca, bajo los auspicios de Carlos V, publicó en 1560 sus comentarios á esta compilacion. Así lo refiere el eruditísimo Padre Burriel en su carta á Don Juan Amaya, que se halla impresa en un tomo en 4°. Lo mismo en sustancia dicen Franckenau y Mesa, con la diferencia de que cuentan por la primera la citada edicion del año 1496.

8 Hácia mediados del siglo XVI se formó otro código llamado *Recopilacion*, porque en él se recopilaron ó recogieron varias leyes antiguas, que divagaban, ó no estaban insertas en los códigos anteriores, y otras que estaban en ellos, ó enteras ó corregidas en alguna parte, segun así lo quiso Felipe II su autor, acomodándolas á lo que pedia el estado que entónces tenian las cosas. Consta de 9 libros divididos en títulos, y estos en leyes. Para ordenarlo fué nombrado el doctor Pedro López de Alcocer, abogado de Valladolid, y por su muerte el doctor Escudero, del real Consejo y Cámara, y fallecido este, el licenciado Pedro López de Arrieta, del mismo Consejo, que aunque trabajó mucho como sus antecesores, murió tambien ántes de poder concluir la obra, que despues de sus dias perfeccionó el licenciado Bartolomé de Atienza, del propio Consejo, la cual presentó concluida al mismo Felipe II, que aprobó el código, mandándolo imprimir y observar, como se lee en su *Prágmatica de 14 de marzo de* 1567, que se halla al frente de dicho código, que ha sido reimpreso muchas veces añadiéndose las leyes que posteriormente se han establecido. De esta *Recopilacion* se considera parte una coleccion de *Autos acordados* por el Consejo, y aprobados por el rey, en que se sigue el mismo órden de libros, y suele ir impresa en un tomo separado. [Los defectos observados en esta, denominada comunmente *Nueva Recopilacion*, impulsaron al Sr. D. Carlos IV á mandar, que se refundiese bajo nuevo método. Verificóse así, distribuyéndola en 12 libros é

incorporando en sus respectivos lugares las leyes posteriores y autos acordados del Consejo. Fué aprobada y mandada publicar con el título de *Novísima Recopilacion de las leyes de España* por real Cédula de 15 de julio de 1805. A pesar del esmero de los que en ella trabajaron, no carece de defectos, que pueden verse en el *Juicio crítico* de la misma por el Sr. Marina.]

9 En ambas *Recopilaciones* se hallan tambien esparcidas, segun lo ha exigido la materia de que tratan, las famosas 83 *leyes de Toro*, que ha ilustrado Antonio Gómez, con comentario muy largo y docto. Se compusieron y ordenaron bajo los auspicios de Don Fernando y Doña Isabel en las Cortes de Toledo, celebradas en el año 1502, y se llaman sin embargo *de Toro*, porque no habiendo podido publicarse en las referidas Cortes, primero por la ausencia de Don Fernando, y despues por la muerte de Doña Isabel, se logró finalmente su publicacion en las Cortes que el año 1505 se celebraron en la ciudad de Toro, para jurar por reina á Doña Juana, y nombrar por gobernador á Don Fernando su padre; y esta es la causa de atribuirse en la *Recopilacion* estas leyes á Don Fernando y Doña Juana, esto es, al primero por gobernador y administrador, y á la segunda como reina de Castilla: segun todo consta en la pragmática confirmatoria de las mismas leyes, que pueden verse en sus comentadores Fernando Gómez Arias y Juan Guillen de Cervántes.

10 Omitimos hacer mencion de los innumerables Fueros particulares que concedieron varios reyes á diferentes ciudades y villas con sus territorios, por considerar que para la historia del Derecho general de España que escribimos, traeria mas confusion que utilidad. De muchos de ellos hablan Aso y de Manuel en la instruccion que pusieron al frente de sus *Instituciones*.

11 La misma necesidad que obligó á Justiniano, despues de haber ordenado el *Cuerpo del Derecho romano*, á establecer nuevas leyes á que llamó *Novelas*, ha precisado y

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

precisará siempre á nuestros reyes á hacer lo mismo; porque la naturaleza en todo tiempo fértil en producir nuevos casos y necesidades, no puede dejar de exigir nuevas constituciones que nos sirvan de luz y remedio en este particular, las cuales, por mas modernas, corrigen las leyes mas antiguas en cuanto les son contrarias.

12 La citada *l.* 3. *tít.* 2. *lib.* 3. *de la Nov. Rec.*, nos pone el órden que debemos seguir en la observancia de nuestras leyes, diciendo que primero hemos de seguir las leyes de la *Recopilacion*, y las que se han establecido despues de ellas, con la advertencia, que las mas antiguas ceden á las mas recientes que les son contrarias; (*) y en segundo lugar las del *Fuero real* y *Fueros municipales*; y últimamente las de las siete *Partidas*. Y advierte la misma ley, que las de los *Fueros* tan solamente se deben guardar en cuanto estén en uso, cuya limitacion tiene lugar en las de los *Fueros municipales*; pero no en las del *Fuero real*, como prueba Don Juan Hilarion Pastor en su *Disertacion histórico-legal sobre sucesiones de monasterios, disc.* 4. *n.* 153 *y siguientes*, y lo convence la *cédula de* 15 *de julio de* 1788, que copia Febrero en su *Librería de Escribanos, tomo* 1. *capit.* 6. § *único, núm* 20. Y manda tambien *dicha l.* 3. que deben ser guardadas las leyes de la *Recopilacion* y *Partidas*, aunque no estuvieren en uso. Se reprueba pues el uso contrario á estas leyes: lo que entendemos del que se observaba al tiempo de la publicacion de *d. l.* 3; pero no del de las legítimas costumbres que se han introducido despues, como lo esplica Mesa en su *dicha Arte, lib.* 2. *cap.* 1. *núm.* 31 *y* 32.

13 Creemos bastar esta breve relacion para nuestro instituto, dirigido mas á manifestar el Derecho constituido que el constituyente. Quien la quiera mas estensa, podrá verla en Franckenau, Mesa, Aso y de Manuel, Martínez Marina y otros varios.

(*) L. 8. C. de legib.

ILUSTRACION
DEL DERECHO ESPAÑOL.

LIBRO PRIMERO.

TÍTULO I.

DE LA JUSTICIA Y DEL DERECHO.

Tít. 1. y 2. P. 1. y Tít. 1. P. 3. (1).

1. *Qué cosa sea justicia.*
2. *Varias significaciones de la palabra* derecho *y sus preceptos.*
3. 4. 5 *y* 6. *Division del derecho natural, de gentes y civil.*
7. 8. y 9. *De la ley en general y de los privilegios.*
10. 11. *y* 12. *De la costumbre.*

1 Justicia, segun la *ley* 1. *título* 1. *Partida* 3. es *Raigada virtud, que dura siempre en las voluntades de los omes justos, é da é comparte á cada uno su derecho egualmente.* Esta definicion está tomada de la que puso el emperador Justiniano (2) á la cual es conforme. Por ella se ve, que el objeto de la justicia es el derecho de cada uno, y el fin, que á cualquiera se le dé el suyo. Esta definicion lo es de la justicia, en cuanto es hábito ó virtud del entendimiento; pero si la consideramos con respecto á sus actos, consiste en dar á cada uno lo que es suyo, de suerte que la tendrán aquellos, y no otros, en que esto suceda, sin atender á que nazcan ó no de hábito virtuoso. Será pues acto de justicia la sentencia en que me da lo que es mio un juez inclinado y acostumbrado á dar á unos lo que es de otros. Dividen los autores la justicia en distributiva y

(1) Tit 1, lib. 1. Inst. (2) Tit. 1. Princ. Inst. de just. et jur.

precisará siempre á nuestros reyes á hacer lo mismo; porque la naturaleza en todo tiempo fértil en producir nuevos casos y necesidades, no puede dejar de exigir nuevas constituciones que nos sirvan de luz y remedio en este particular, las cuales, por mas modernas, corrigen las leyes mas antiguas en cuanto les son contrarias.

12 La citada *l.* 3. *tít.* 2. *lib.* 3. *de la Nov. Rec.*, nos pone el órden que debemos seguir en la observancia de nuestras leyes, diciendo que primero hemos de seguir las leyes de la *Recopilacion*, y las que se han establecido despues de ellas, con la advertencia, que las mas antiguas ceden á las mas recientes que les son contrarias; (*) y en segundo lugar las del *Fuero real* y *Fueros municipales*; y últimamente las de las siete *Partidas*. Y advierte la misma ley, que las de los *Fueros* tan solamente se deben guardar en cuanto estén en uso, cuya limitacion tiene lugar en las de los *Fueros municipales*; pero no en las del *Fuero real*, como prueba Don Juan Hilarion Pastor en su *Disertacion histórico-legal sobre sucesiones de monasterios, disc.* 4. *n.* 153 *y siguientes*, y lo convence la *cédula de* 15 *de julio de* 1788, que copia Febrero en su *Librería de Escribanos, tomo* 1. *capit.* 6. § *único, núm* 20. Y manda tambien *dicha l.* 3. que deben ser guardadas las leyes de la *Recopilacion* y *Partidas*, aunque no estuvieren en uso. Se reprueba pues el uso contrario á estas leyes: lo que entendemos del que se observaba al tiempo de la publicacion de *d. l.* 3; pero no del de las legítimas costumbres que se han introducido despues, como lo esplica Mesa en su *dicha Arte, lib.* 2. *cap.* 1. *núm.* 31 *y* 32.

13 Creemos bastar esta breve relacion para nuestro instituto, dirigido mas á manifestar el Derecho constituido que el constituyente. Quien la quiera mas estensa, podrá verla en Franckenau, Mesa, Aso y de Manuel, Martínez Marina y otros varios.

(*) L. 8. C. de legib.

ILUSTRACION
DEL DERECHO ESPAÑOL.

LIBRO PRIMERO.

TÍTULO I.

DE LA JUSTICIA Y DEL DERECHO.

Tít. 1. y 2. P. 1. y Tít. 1. P. 3. (1).

1. *Qué cosa sea justicia.*
2. *Varias significaciones de la palabra* derecho *y sus preceptos.*
3. 4. 5 *y* 6. *Division del derecho natural, de gentes y civil.*
7. 8. y 9. *De la ley en general y de los privilegios.*
10. 11. *y* 12. *De la costumbre.*

1 Justicia, segun la *ley* 1. *título* 1. *Partida* 3. es *Raigada virtud, que dura siempre en las voluntades de los omes justos, é da é comparte á cada uno su derecho egualmente.* Esta definicion está tomada de la que puso el emperador Justiniano (2) á la cual es conforme. Por ella se ve, que el objeto de la justicia es el derecho de cada uno, y el fin, que á cualquiera se le dé el suyo. Esta definicion lo es de la justicia, en cuanto es hábito ó virtud del entendimiento; pero si la consideramos con respecto á sus actos, consiste en dar á cada uno lo que es suyo, de suerte que la tendrán aquellos, y no otros, en que esto suceda, sin atender á que nazcan ó no de hábito virtuoso. Será pues acto de justicia la sentencia en que me da lo que es mio un juez inclinado y acostumbrado á dar á unos lo que es de otros. Dividen los autores la justicia en distributiva y

(1) Tit 1, lib. 1. Inst. (2) Tit. 1. Princ. Inst. de just. et jur.

comutativa. Esta es la que da á cada uno lo que es suyo, ó se le debe por razon de contrato, ú otra causa legítima obligatoria. Distributiva la que distribuye y da premios, honores, oficios, cargas ó penas, segun los méritos, prendas bienes ó delitos de cada uno. Esta ejerce Dios con nosotros cuando morimos.

2 La palabra *derecho*, se puede tomar de varias maneras: ó por lo mismo que ley ó precepto, como cuando decimos, así lo manda el derecho natural, de gentes, civil, canónico; ó por el objeto ó cosa mandada por las leyes, y en este sentido se toma en la definicion que acabamos de dar. En la primera significacion se uniforma con la voz *justicia*, y segun ella dice la *ley* 3. *tít.* 1. *P.* 3: *Los mandamientos de la justicia é del derecho son tres. El primero es, que ome viva honestamente cuanto en sí. El segundo, que non faga mal, nin daño á otro. El tercero, que dé su derecho á cada uno* (1).

3 En dicha primera significacion se divide el derecho de varios modos. Primero en natural, de gentes y civil, *l.* 2. *tít.* 1. *P.* 1. (2). En esta division tomada latamente bajo el nombre *civil* se entiende tambien el canónico, que han establecido los hombres; pero aquí solo hablamos del civil en especie. La *misma ley* 2 dice ser el derecho natural *El que han en sí los omes naturalmente, é aun las otras animalias que han sentido;* y en seguida pone por ejemplo el ayuntarse el macho con la hembra, y la crianza de los hijos por los padres, siguiendo en un todo á Justiniano (3). Pero advertimos, como los intérpretes del Derecho romano, no deber entenderse esto con propiedad; porque los brutos por incapaces de razon, lo son tambien de derecho. Y esto mismo reconoce Gregorio López en la *glosa* 1. *de dicha ley* 2. cuando trae otra definicion del derecho natural, segun la racionalidad, diciendo ser *Una razon de la naturaleza humana esculpida en la criatura, para hacer lo bueno, y evitar lo malo.*

4 Dice tambien *dicha ley* 2. ser el derecho de gentes *Un derecho comunal de todas las gentes, el cual conviene á los omes, é non á las otras animalias.* No hallamos espresa en nuestro Derecho la subdivision del derecho de

(1) § 3. Inst. lib. 1. tit. 1. (2) § 3. eod. in fine. (3) Princ. Inst. lib. 1. tit. 2.

gentes en primario y secundario, que indicó claramente el emperador Justiniano (1), y hacen los intérpretes del Derecho romano, diciendo ser primario el que dimana de sola la razon que Dios estampó en nuestras mentes, sin necesidad alguna de raciocinio ni reflexion, como es dar culto á Dios, reverenciar á los padres, etc., y á este quiso referirse Gregorio López en su citada definicion del derecho natural; porque hablando con propiedad, este y no otro es el derecho natural. No reconocemos pues diferencia entre el derecho natural y el de gentes primario.

5 El derecho de gentes secundario, dicen los doctores, ser aquel, que dimana tambien de la razon natural, pero auxiliada de reflexiones y argumentos que han hecho conocer al hombre su utilidad y necesidad; y á él deben su orígen casi todos los contratos, y la division de los dominios, etc. Y á este derecho, por dimanante de la razon natural, que ha precisado á los hombres á introducirlo, se le da tambien algunas veces el nombre de natural, *l.* 31. *tít.* 18. *P.* 3. y en su *glos.* 1. Gregor. Lóp. (2). Y se entiende siempre que se dice simplemente derecho de gentes.

6 El derecho civil finalmente es el que han establecido los hombres por su mera voluntad, que siempre deben dirigirla á lo justo, y conforme á la voluntad de Dios; y con este respecto dicen la *ley* 4. *tít.* 1. *P.* 1. y la *ley* 1. *tít.* 2. *lib.* 3. *de la Nov. Rec.* que los mandamientos de la ley deben ser leales é cumplidos, segun Dios é segun justicia. En nuestra España solo el rey puede hacer leyes, *l.* 12. *tít.* 1. *P.* 1. *l.* 2. *tít.* 1 *P.* 2. *l.* 3. *tít.* 2. *lib.* 3. *de la Nov. Rec.*; y solo él ó la antigua costumbre pueden declarar ó interpretar las que apareciesen dudosas, *l.* 14. *d. tít.* 1. *P.* 1. *l.* 4. *tít.* 33. *P.* 7. [Segun el art. 12 de la *Constitucion* de 1837 *la potestad de hacer las leyes reside en las Cortes con el rey.*]

7. El derecho se divide en segundo lugar, ó por decirlo mejor, el derecho civil se subdivide en escrito ó no escrito, *l.* 4. *tít.* 1. *P.* 1. junta con la 4. *tít.* 2. *P.* 1. (3) Entendemos por escrito el espresamente establecido, que con un solo nombre llamamos *ley*, y por no escrito la costumbre legítima. La ley, segun Ciceron en el *lib.* 1. *de legib.*

(1) §§ 1 et 2. Inst. lib. 1. tit. 2. (2) § 11. Inst. lib. 2. tit. 1. (3) § 3. Inst. lib. 1. tit 2.

cap. 6. se dice así *à legendo*, en cuanto esta voz latina significa escoger, porque ella escoge mandando lo honesto, y prohibiendo lo contrario; pero Varron y otros juzgan se deriva de la voz *leer*, por cuanto se leia al pueblo, para que la supiese. Y añade el mismo Ciceron, que frecuentísimamente se llama ley la que por escrito manda lo que quiere. Al tenor de la doctrina de Ciceron se acomodó enteramente la *ley* 4. *d. tít.* 1. *P.* 1. en que la ley se define así: *Leyenda en que yace enseñamiento é castigo, é escrito, que liga é apremia la vida del hombre que no faga mal, é muestra é enseña el bien que el hombre debe facer é usar.* Gregorio López en la *glosa* 1. *de esta ley*, se inclina á que segun esta definicion, pertenece á la sustancia de la ley el estar escrita, refiriendo la opinion contraria de los autores en cuanto al Derecho romano. Dicen las leyes respecto á solos los negocios futuros ó venideros, *l.* 15. *tít.* 14. *P.* 3. (1), sino es que se refieran espresamente á los ya pasados, como sucede en *la* 6. *y* 8. *tít.* 15. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* y otras (2). Se constituyen sobre cosas que suceden á menudo (3), y las que acontecen raras veces se gobiernan por las establecidas en casos semejantes, *regla* 36. *P.* 7. Saber las leyes no consiste solo en aprenderlas de memoria, sino en entender su verdadero sentido, *l.* 13. *tít.* 1. *P.* 1. (4). El efecto de la ley, dice *la* 1. *tít.* 2. *lib.* 3. *de la Nov. Rec.* es mandar, vedar, punir y castigar; pero parece claro que donde se lee *punir*, debe leerse *permitir* (5). Obliga la ley luego que se publica, si no es que esprese ella misma el tiempo en que debe empezar á obligar; lo que sucede algunas veces.

[La promulgacion de las leyes corresponde al rey, segun el *art.* 46 *de la Constitucion de* 1837. Se hace por medio de su publicacion en la Gaceta del gobierno y en los boletines oficiales de las provincias. Todas las autoridades desde que reciben la Gaceta en que se han publicado, están obligadas á darles cumplimiento en la parte que les toque, sin esperar á que se les comuniquen directamente por su respectivo ministerio, *reales órd. de* 22 *de set. de* 1836 *y* 4 *de mayo de* 1838. Los jefes políticos deben cuidar de que se publiquen en el boletin oficial de sus provincias,

(1) L. 7. C. de legib. (2) D. l. 7. (3) L. 5. cum aliquot seqq. de legib.
(4) L. 17. C. de legib. (5) D. l. 7. l. 9. Q. C. de legib.

real órden de 6 *de abril de* 1839 *y art.* 256 *de la ley de* 3 *de febrero de* 1823, para cuyas capitales serán obligatorias desde que esto se verifique, y para los demas pueblos de ellas desde cuatro dias despues, *ley de* 28 *de noviembre de* 1857. Los alcaldes deben hacer que se publiquen por bandos y por los demas medios acostumbrados, y que se tengan francas en la secretaría de ayuntamiento, para que pueda verlas cualquier vecino que lo apetezca, *art.* 214 *de la ley de* 3 *de febrero de* 1823.]

8 La ley regularmente obra generalmente en todos los súbditos del legislador, obligándoles á su observancia, *l.* 16. *d. tít.* 1. *P.* 1. Digo regularmente, porque hay algunas leyes especiales, que solo dicen respecto á personas ó cuerpos particulares; las cuales se llaman *privilegios*, y tienen la misma fuerza para obligar, que las leyes generales, *l.* 28. *tít.* 18. *P.* 3. Se dividen los privilegios en reales y personales. Estos se acaban con la persona á quien se concedieron, sin pasar á sus herederos, si no es que se dijera otra cosa en su concesion, *regla* 27. *Part.* 7. (1). Y los reales son perpetuos: tales se presumen los concedidos á ciertas iglesias, ciudades ú otros lugares, Gregor. Lóp. en la *glos.* 1. *de d. reg.* 27. y en la *glos.* 3. *l.* 9. *tít.* 7. *P.* 5.

9 Aunque los privilegios tienen fuerza de obligar como hemos dicho, hay algunos que las mismas leyes mandan que no se cumplan, como son los que se concedieren contra la pública utilidad, ó contra el derecho de gentes en perjuicio de tercero, *l.* 30. *y siguientes, tít.* 18. *P.* 3. *ley* 4. *tít.* 9. *lib.* 4. *de la Nov. Rec.* La razon es, porque semejantes privilegios ó cartas se entienden y dicen obrepticios ó subrepticios, esto es, concedidos al abrigo de espresa mentira, ó de haberse ocultado la verdad; y entónces la voluntad del rey es que no valgan, *ley* 36. *d. tit.* 18. *P.* 3. (2); y á este fin quiere se le represente siempre que ocurra caso de esta naturaleza, *d. ley* 4. Y generalmente de cualquier carta del rey de esta especie manda la *l.* 4. *tít.* 4. *lib.* 3. *Nov. Rec.* que sea obedecida y no cumplida, aunque contenga las espresiones mas anchas y derogatorias de todas especies de ellas y aun de estas mismas. Pero

(1) L. 68. l. 196. de. div. reg. jur.
(2) L. 7. C. de div. reserip. l. pen. et l. últ. C. si cont. jus v. últ.

sí que vale la concesion de moratoria, por la que se les alarga á los deudores el plazo de las deudas que deben satisfacer, con tal que den fiador de que las pagarán en el término señalado en la moratoria, *l.* 33. *d. tít.* 18. *P.* 3. (1), cuyos fiadores deben ser á satisfaccion de los acreedores, *ley* 1. *tít.* 33. *lib.* 11. *Nov. Rec.* [Por real decreto de 21 de marzo de 1834 se prohibió dar curso á ninguna solicitud sobre concesion de plazo ó moratoria para retardar ó suspender el pago de deudas, á fin de sostener la firmeza de las obligaciones contraidas legalmente, y evitar que se hagan ilusorios los derechos que de ellas emanan, con menoscabo de la fe pública y de la santidad de las leyes.]

10 Costumbre es *Derecho ó fuero que non es escripto: el cual han usado los omes luengo tiempo, ayudándose de él en las cosas é en las razones sobre que lo usaron*, como se dice en la *ley* 4. *tít.* 2. *P.* 1. Para que se entienda legítimamente introducida, requiere la *ley* 5. *del mismo título*, el uso del pueblo ó mayor parte de él, por 10 ó 20 años, sabiéndola el señor de la tierra, é no lo contradiciendo, é teniéndolo por bien. Y añade, que debe ser tenida é guardada por costumbre, si en este tiempo mismo fueren dados concejeramente dos juicios por ella. Pero Gregorio López en la *glosa* 4. *de esta ley* dice absolutamente, que bastan 10 años, dando la sólida razon, que por estar el pueblo siempre presente, no se debe cuidar de los 20 años que se dan en la prescripcion contra los ausentes; de suerte, que segun este insigne autor, se puso incautamente lo de 20 al parecer, siguiendo inadvertidamente la constante doctrina ordinaria de las prescripciones.

11 El mismo en las *glosas* 7. *y* 8. examina latamente lo que dice la ley en cuanto á requerir dos juicios ó sentencias; y resuelve ser solamente necesarias, cuando se requiere probar la costumbre por actos judiciales: de manera que la ley manifiesta un modo de probar sin escluir otros. Y el computar el número de los actos necesarios, lo remite al arbitrio de jueces, espresando circunstancias para regularlo. Nos parecen muy sólidas y juiciosas estas tres glosas.

12 La costumbre legítima tiene fuerza de ley, y de consiguiente tiene sus efectos, no solo cuando no hay ley en

(1) L. 2. t. 4. C. de precib. Imper. offer.

contrario, sino tambien para derogar la anterior que fuere contraria; y para interpretar la dudosa que debe observarse segun la interpretó la costumbre, *l.* 6. *d. tít.* 2. *P.* 1. (1) Y de ahí viene dicirse, que hay costumbre fuera de la ley, contra la ley, y segun la ley. Pero debe advertirse, que se ha de introducir con derecho, razon, y sin que sea contra la ley de Dios, ni contra señorío, esto es, contra la suprema jurisdiccion del rey, ni contra derecho natural, ni contra pro comunal de toda la tierra ó lugar do se hace; pues de otra suerte no seria buena costumbre, mas dañamiento de los que la usaren, é de toda justicia, *d. l.* 5. *tít.* 2. *P.* 1., ó segun solemos decir, corruptela. Todas las *leyes del tít.* 4. *lib.* 7. *Nov. Rec.* manifiestan la benigna voluntad con que desea y manda el rey que se guarden á los pueblos los usos y costumbres que tuviesen de elegirse y nombrarse oficiales para su gobierno, manifestando con ello, que nada tiene de perjudicial al público.

13 Sentados estos preliminares, y adoptando la division de los objetos del derecho en personas, cosas y acciones que hizo Justiniano en sus *Instituciones*, y método en tratar de cada uno de ellos, empezamos por el primero, en el título siguiente.

TÍTULO II.

DEL ESTADO DE LOS HOMBRES, Y DERECHO QUE EN SU RAZON CORRESPONDE (2).

Títulos 21, 22 y 23. Partida 4.

1. *Qué cosa sea estado de los hombres, y su division.*
2. 3. *y* 4. *Varias divisiones de los hombres segun el estado natural.*
5. 6. 7. 8. 9. 10 *y* 11. *Division de los hombres, segun el estado civil, en libres y siervos; y qué sea servidumbre, y qué libertad.*
12. 13. *y* 14. *Division de hombres libres en nobles y plebeyos; y de los privilegios de los nobles.*

(1) L. 37. t. 38 de legib. (2) Tit. 5. lib. 1. Inst.

15. 16. 17. 18. *Division de hombres en eclesiásticos y seculares.*

19. *Division de hombres en vecinos y no vecinos.*

1 Estado de los hombres no es otra cosa, que *Condicion ó manera, en que los omes viven ó están, l. 1. tit. 23. P. 4.* Esta condicion viene, ó de la misma naturaleza, ó de la voluntad de los hombres, y por eso el estado de los hombres se divide en natural y civil.

2 Segun el natural estado de los hombres, unos son nacidos, otros por nacer ó concebidos en el vientre de sus madres. Estos, cuando se trata de su bien ó comodidad, se consideran nacidos, *l. 3. d. tit. 23. P. 4.* (1), con tal que despues nazcan vivos; pues si nacieren muertos, se reputan no nacidos, *l. 8. tit. 33. P. 7.* (2). Y es menester advertir, que para tenerse por nacido vivo, en cuanto á los efectos del derecho, requiere la *ley 2. tit. 5. lib. 10. de la Nov. Recop.* que nazca todo vivo, y haya vivido 24 horas, y sido bautizado, y ademas nacido en tiempo en que pueda naturalmente vivir: cuyo tiempo esplica la *ley 4. tit. 23. P. 4.* Los que nacen con miembros multiplicados ó menguados, como con una ó tres manos ó piés, son contados por hombres, *l. 5. d. tit. 23. P. 4.* (3). Pero no los que nacen sin figura de hombre, como si tuviesen cabeza, ú otros miembros de bestia, *d. l. 5. d. l. 8.* (4).

3 En segundo lugar hay tambien diferencia, segun el estado natural de los hombres entre varones y hembras: las cuales tambien se entienden bajo la palabra *hombre*, á escepcion de aquellos asuntos ó negocios en que las leyes las escluyen, *l. 6. d. tit. 33. P. 7.* (5). Aunque por lo comun y en caso de duda tienen el mismo derecho las hembras que los varones, con todo, por cuanto las leyes se acomodan á lo que regularmente sucede, y por lo regular los varones esceden en prudencia y constancia de ánimo á las hembras, y estas tienen la naturaleza mas flaca, hay un axioma que dice: *Los varones por razon de la dignidad, y las hembras en cuanto aquellas cosas en que escusa la fragilidad del sexo, son de mejor condicion.* De ahí viene, que

(1) L. 7. de stat. hom. (2) L. 129. de verb. sign.
(3) L. 14. de stat. hom. (4) D. l. 14. (5) L. 152. de verb. signific.

solo los hombres son capaces de los oficios públicos, argumento de la *l. 4. tit. 4. P. 3.* (1), y que á las hembras no les daña el no saber las leyes, *l. 31. tit. 14. P. 5.* (2), y otras diferencias que se observan en el derecho entre varones y hembras, y se notarán en los lugares oportunos.

4 Tambien se diferencian los hombres segun este estado por razon de la edad, en que unos son mayores de 25 años, y otros menores, y entre ellos hay la notabilísima diferencia de competir á estos, cuando recibieron perjuicio, la restitucion *in integrum*, de la que hablaremos en su lugar, y no á aquellos. De los menores los que han cumplido 14 años, se llaman púberes, y los otros impúberes. En las leyes romanas son muy frecuentes estos nombres, como tambien, que las hembras se hacen púberes al cumplir los 12 años, y los varones cuando cumplen los 14. En las nuestras no se encuentran semejantes espresiones; pero sí establecidos los mismos efectos de esta diversidad, que sentaron las romanas, como son, que las hembras en dicha edad de 12 años, y los varones en la de 14, y no ántes, se pueden casar, *l. 6. tit. 1. P. 4.*, salen de la tutela, *l. 21. tit. 16. P. 6.* (3), y pueden hacer testamento, *l. 15. tit. 1. P. 6.* (4). Los que no han cumplido 7 años se llaman infantes, *l. 1. tit. 7. P. 2. l. 4. tit. 16. P. 4.* (5); y las leyes de los romanos, haciendo uso de los nombres infancia y pubertad, llaman *infantiæ proximos* á los que están mas cerca de la infancia que de la pubertad, y á los otros *pubertati proximos.* Y en esto sucede lo mismo que acabamos de decir de los púberes é impúberes, es decir, que aunque no se hallen estas espresiones en nuestras leyes, sino con relacion á las romanas, se observan los mismos efectos que admitieron estas, cual es entre otros, que los próximos á la pubertad, esto es, segun la espresion de nuestras leyes, los que han cumplido 10 años y medio, se reputan capaces de dolo, y por ello deben sufrir algunos castigos, y no los próximos á la infancia, *l. 9. tit. 1. P. 7. l. 17. tit. 14. P. 7. y otras* (6).

5 Segun el estado civil se dividen los hombres en libres, siervos ó esclavos, y aforrados: así lo dice el *principio del tit. 23. P. 4.*, añadiendo ser aforrados, los que en latin

(1) L. 2. de div. reg. jur. (2) Lib. 9. de jur. et fact. ignor. (3) Princ. Inst. quib. mod. tut. fin. (4) L. 5. qui test. fac. pos. (5) L. 14. de sponsal.
(6) § 18. Inst. de obl. quæ ex del. nasc.

llaman libertos. En los mismos términos se esplicó Justiniano en el *princ. de sus Inst. lib.* 1. *tít.* 5. Pero debemos advertir, que para la mayor claridad de esta division trimembre, se pueden partir en dos bimembres, diciendo que los hombres, unos son libres, y otros siervos ó esclavos; y los libres, unos que no han sido siervos, y otros que lo han sido. Las leyes romanas llaman á los primeros *ingenuos* (1) y á estos *libertinos* ó *libertos* (2); pero las nuestras no tienen nombre especial para significar aquellos, y á estos les appellidan *aforrados ó forrados*, y al manumitir de los romanos, *aforrar*, *l.* 11. *tit.* 22. *P.* 4. *y otras.* Sea pues esta la primera subdivision de los hombres libres.

6 Servidumbre, de la que toman nombre los siervos, es *Postura é establecimiento, que ficieron antiguamente las gentes, por la cual los omes, que eran naturalmente libres, se facen siervos, é se meten á señorío de otro contra razon de natura*, segun la *ley* 1. *tít.* 21. *P.* 4. (3), la cual espresa tambien ser de tres maneras los siervos. La I. los que cogen en la guerra, siendo enemigos de la fe: la II. los que nacen de las siervas: la III. cuando un hombre, siendo mayor de 20 años se deja vender (4). Y si bien es verdad que en el dia son ya rarísimos en España los siervos, y que se acabarán presto del todo, si dura la paz que tenemos con los mahometanos, con todo nos ha parecido notar lijeramente lo que de ellos establecen nuestras leyes.

7 Aunque los que nacen de ambos padres libres, siguen la condicion del padre en cuanto á los honores y fueros del siglo, con todo, cuando uno de los dos no lo es, siguen la de la madre en cuanto á la libertad ó servidumbre. Los hijos pues de la madre libre, lo serán tambien, aunque el padre sea siervo. Y basta para esto, que lo sea ó al tiempo de parir, ó que lo hubiese sido algun instante miéntras llevase al hijo en el vientre, *l.* 2. *tít.* 24. *P.* 4. (5).

8 Los amos ó señores pueden hacer de sus siervos lo que quisieren. Pero con todo esto, no los deben matar, ni lastimar, porque sin mandamiento del juez no los deben herir de manera que sea contra la razon natural. Y los siervos

(1) Princ. Inst. de ingen. (2) Princ. Inst. de libert.
(3) § 2. Inst. de jur. person. (4) § 4. de jur. person. (5) Princ. Inst. deingen.

que fuesen así maltratados, pueden quejarse al juez, que debe examinar si es verdad, y siéndolo, vender los siervos, y dar el precio á su señor, sin que puedan jamas volver á su dominio, *l.* 6. *d. tít.* 21. (1). Mas cuanto adquiere ó gana el siervo, es para su señor, *l.* 7 *d. tít.* 21. (2).

9 Judío, ni moro, ni hereje, ni otro ninguno, que no sea de nuestra ley, no puede haber cristiano ninguno por siervo. Y si cualquier de estos tuviese siervo que no fuese de nuestra ley, si aquel siervo se tornare cristiano, se hace libre por ello, luego que se hace bautizar, y recibe nuestra fe, sin que recobre derecho en él su antiguo señor, aun en el caso que él tambien se tornase cristiano, *l.* 8. *d. tít.* 21. *P.* 4.

10 El *título* 22 *de la P.* 4. trata de la libertad, y su *ley* 1. dice que es *Poderío que ha todo ome naturalmente de facer lo que quiere, solo que fuerza ó derecho de ley ó de fuero non gelo embargue* (3). De los que siempre lo han tenido llamados por los romanos ingenuos, como dijimos, unos están bajo la patria potesdad, otros en tutela ó curadoría, y otros del todo independientes de algun otro; de todos los cuales luego trataremos, despues de haber hablado de los aforrados que ántes fueron siervos, y de otras divisiones de los hombres libres. Aforrar, á lo que llaman *manumittere* las leyes romanas, es *Dar libertad á los siervos.* Lo puede hacer su señor en la iglesia, ó delante del juez, ó en otra parte, ó en testamento, ó sin testamento, ó por carta, *l.* 1. *d. tít.* 22. (4).

11 Hay tambien varios casos, en que los siervos se hacen forros ó libres sin aforramiento de sus señores, ó por alguna accion gloriosa que hicieron (5), ó en castigo de maldad de sus amos. Se refieren en las *leyes* 2. 3. 4. 5. *y* 6. *del mismo tít.* 22. No los espresamos aquí, por considerar ser poco ménos que imposible, que sucedan en España. En la *l.* 7. se establece, que aquel siervo, que on buena fe se trata como libre por 10 años en el lugar onde more el señor, ó 20 en otro, ó sin buena fe por 30, sea libre. Y en las cuatro siguientes y últimas del *título* se trata de los derechos, que el señor que aforró, llamado en

(1) § 2 Inst. de his qui sui vel. al. juris sunt. (2) § 3. Inst. per quas pers. cuiq. acq. (3) § 1. Inst. de jur. pers. (4) § 1. Inst. de libertin.
(5) Tit. C. pro quib. caus. serv. pro præm. liber. acq.

las leyes romanas *patronus*, tiene en la persona y bienes del aforrado.

12 La segunda subdivision de los hombres libres es en nobles y plebeyos. En ella tomamos lata y generalmente la palabra *nobles*, para que comprenda á los nobles en especie, caballeros é hidalgos, sin entretenernos en esplicar con separacion estos tres géneros de nobleza y sus diferencias, por ser de poco momento, y estar en el dia casi enteramente confundidas. Quien quisiere, las puede ver en García Otalora, y otros que han escrito *ex profeso* de este asunto. Solo pues diremos, que la nobleza tomada así generalmente, es *Calidad de distincion, que por razon de su estado eleva al hombre á una clase superior á la regular ú ordinaria de los otros hombres.* Unos la tienen de inmemorial, sin que se sepa cómo y cuándo la obtuvieron sus predecesores, y esta es la mejor, *l.* 2. *tít.* 21. *P.* 2. *al fin.* Otros porque han justificado posesion de 20 años en sí, sus padres y abuelos, al tenor de la famosa *ley de Córdoba*, que es *la* 4. *tít.* 27. *lib.* 11. *de la Nov. Rec.* Y otros por declaracion ó privilegio que el rey les ha otorgado.

13 Los privilegios ó esenciones que gozan los nobles á diferencia de los plebeyos, son varios. Los principales se reducen á cinco: I. Franqueza de los pechos ó tributos plebeyos, *l.* 3. *tít.* 2. *lib.* 6. *Nov. Rec.* aun con respecto á los bienes que compraren de pecheros, *l.* 1. *y* 3. *tít.* 18. *d. lib.* 6. Pero sí deben pagar y contribuir en el reparo de muros, cercas, fuentes y puentes, *l.* 50. *d. tít.* 18. Y de la misma esencion gozan tambien las viudas de los nobles, miéntras lo fueren, ó no estuvieren casadas despues con un pechero, y lo mismo las nobles viudas de pecheros, *l.* 7. *tít.* 20. *d. lib.* 11. (1); de suerte que al paso que las viudas, miéntras lo son, conservan la condicion de nobleza y prerogativas de sus difuntos maridos, recobran su nativa nobleza, que perdieron por haberse casado con plebeyo. Con efecto siempre hemos visto, que las de los maestros boticarios y de otra profesion han ejercido por medio de criados peritos la facultad ú oficio de sus maridos: cuya costumbre se halla aprobada en los estatutos de diferentes oficios. Pero nuevamente por cédula de 19 de mayo

(1) L. 8. de senator.

de 1790, *que es la ley* 13. *tít.* 23. *lib.* 8. *de la Nov. Rec.*, ha declarado y mandado el rey, que puedan mantenerse en el ejercicio y gobierno de sus tiendas y obradores aquellas mujeres, que muerto su primer marido, que como maestro las gobernaba, se casaren con otro que no lo fuere, derogando todos los estatutos contrarios. Y la gozan asimismo los graduados de doctor, maestro ó licenciado en las Universidades de Salamanca y Valladolid, y colegiales graduados en el colegio de la Universidad de Bolonia, *l.* 14. *tít.* 18. *lib.* 6. *Nov. Rec.*; lo que se estendió á los doctores maestros y licenciados en Teología, Cánones y Medicina de la Universidad de Alcalá de Henáres, *l.* 15. *d. tít* 18. II. No pueden ser encarcelados por deudas que deban, salvo si no fueren arrendadores ó cogedores de pechos reales, *l.* 2. *y* 15. *tít.* 2. *lib.* 6. *Nov. Rec.* Ni pueden ser prendadas por deudas las cosas de su morada, ni los caballos, ni las mulas, ni las armas de su cuerpo, sin que puedan renunciar estas preeminencias, bajo la pena de diez mil maravedís contra el escribano que en sus obligaciones pusiere estas nulas renuncias, *l.* 13. *d. tít.* 2. *lib.* 6. *de la Nov. Rec.* Este privilegio no tiene lugar, si la deuda viniese de delito ó cuasi delito, porque entónes pueden ser encarcelados, *l.* 10. *d. tít.* 2., bien que deberán estar presos en cárcel apartada de la que tienen los pecheros, *l.* 11. *d. tít.* 2. III. Ni pueden ser puestos á tormento, *l.* 2. *tít.* 30. P. 7. *l.* 2. *y* 13. *d. tít.* 2. *lib.* 6. *de la Nov. Rec.* IV. No se les puede condenar á que se desdigan de haber injuriado á otro; pero han de sufrir en su lugar otras penas, *l.* 1. *tít.* 25. *lib.* 12. *de la Nov. Rec.*, como veremos en el *lib.* 2. *tít.* 20. *n.* 16. V. Pueden usar de pistolas de arzon, cuando vayan montados en caballo, y en traje decente interior segun la pragmática del año 1761, que es la *ley* 19. *tít.* 19. *lib.* 12. *Nov. Rec.* [El primero de los privilegios espuestos en el presente párrafo se halla implícitamente derogado por el art. 6. de la *Constitucion* de 1857, segun el cual *todo español está obligado á contribuir en proporcion de sus haberes para los gastos del Estado.*]

14 Plebeyos ó pecheros son todos los que no son nobles, y suelen decirse *del estado llano*. No gozan de los privilegios que acabamos de referir; pero por lo mucho que

trabajan, y lo fuertes y robustos que les hace el trabajo, son el nervio del Estado.

15 La tercera subdivision de hombres libres es en eclesiásticos ó clérigos, y legos, *l.* 2. *tít.* 23. *P.* 4. Y de los primeros unos son regulares ó religiosos, y otros seculares. Regulares dice la *ley* 1. *tít.* 7. *P.* 1. son *Aquellos que dejan todas las cosas del siglo, é toman alguna regla de religion para servir á Dios, prometiéndola de guardar.* Seculares por lo contrario son *Los que no han profesado religion alguna de las aprobadas,* y son llamados por lo comun simplemente *clérigos.* Y adviértase, que tambien y con frecuencia por esta voz *seglar* ó *secular* se significa al lego, ó no eclesiástico.

16 Dejamos para los canonistas el tratar de los diferentes grados de eclesiásticos que constituyen su gerarquía, y de sus prerogativas y privilegios espirituales ó canónicos; contentándonos con referir los que dicen respecto al gobierno civil en la manera siguiente. I. Son francos ellos, y las iglesias, monasterios y prelados de pagar el derecho de alcabala por razon de las ventas de sus bienes ó trueques por lo que á ellos toca, *l.* 8. *tít.* 9. *lib.* 1. *de la Nov Rec.;* mas no en lo que vendieren por via de mercaduría, trato y negociacion, *l.* 8. *d. tít.* 9. Pero no alcanza esta esencion de alcabala ú otros pechos á los clérigos de corona y menores órdenes, si no es que tuvieren beneficio eclesiástico, *l.* 7. *tít.* 10. *lib.* 1. *de la Nov. Rec.*, los cuales, segun esta *misma ley*, han de ser habidos por legos, á escepcion del privilegio del fuero de que gozan aquellos que tienen las circunstancias, que exigió el concilio de Trento, adoptadas en la *ley* 6. *d. tít.* 10. Y ninguno de aquellos, á quien competa este privilegio, puede por el tiempo que pudiere gozar de él, tener los oficios de juzgado, regimiento ú otros públicos, ahora sean casados ó solteros; sin que valga la dispensacion que hubiere obtenido, que deberá considerarse por obrepticia, y ser obedecida y no cumplida; y lo mismo deberá decirse de los clérigos de menores que hubieren reclamado á los jueces seglares, aunque no obtengan sentencia, ni llegue el negocio á ella. Por lo contrario podrán tener dichos oficios los que no pueden gozar del privilegio del fuero en las causas criminales, segun así lo dispone todo la *ley* 8. *tít.* 10. *lib.* 1. *Nov. Rec.*

17 II. Son esentos de las cargas personales, *l.* 31. *tít.* 6. *P.* 1. que cuenta entre ellas la de dar alojamiento, la de construccion ó reparacion de muros de ciudades ó villas, ó llevar para ello cal ó arena; y exime tambien á sus criados que moran en sus casas. Pero en atencion á que en *esta ley* se dice estar esentos de hacerlo por sí mismos, juzga Greg. Lóp. en *su glos.* 5. que deberán contribuir en dinero, puesto que la *l.* 34. *del mismo título* espresa estar tenidos á la construccion y reparo de puentes y caminos: bien que á esto no les pueda apremiar el juez lego, sino el eclesiástico. Y la 6. *tít.* 9. *lib.* 1. *de la Nov. Rec.* dice en términos generales, que deben contribuir y ayudar, faltando bienes del concejo, en los pechos que son para bien comun de todos, poniendo por ejemplo el de muro, calzada, carrera, fuente ó puente, y la *siguiente* 7 pone otro ejemplo en la guarda de pan y viñas. Y si el clérigo no quisiere pagar el tanto proporcional á sus bienes, que se le ha repartido para estos gastos, relativos á cosas que le son útiles, dice Azevedo en dichas *leyes* 6. *y* 7. citando á otros, que puede el juez lego exigirlo ó cobrarlo de los mismos bienes, apoyándolo con una decision de la Chancillería de Valladolid, y otra de la de Granada. En caso de necesidad cesan las esenciones, como lo prueba el mismo Azev. en el *coment. de dd. ll.* que es muy digno de leerse (1).

18 De las cargas patrimoniales no hallamos ley alguna que hable espresamente. Pero por cuanto *d. l.* 6. y *la* 1. *del mismo tít.* 9. dicen que están esentos de todo tributo los clérigos, iglesias y monasterios, á escepcion de los espresados en *d. l.* 6. que hemos acabado de manifestar, vemos se les considera esentos de todos los demas ordinarios. Y respecto á que esta esencion era muy gravosa para los legos, se celebró *concordato* entre el rey y el sumo pontífice en el año 1737, en el que se determinó, que los bienes que adquirieren las iglesias y demas manos muertas eclesiásticas desde entónces en adelante, estuviesen sujetos á las mismas cargas, que cuando los poseian los legos, á escepcion de los destinados á alguna primera fundacion. Pero los de los eclesiásticos particulares conservaron su esencion: la que les da la *ley* 3. *tít.* 18. *lib.* 6. *de la Nov. Rec.* aun en los que compraren de los pecheros.

(1) L. 1. C. ut nemin. lic. in empt.

49 La cuarta subdivision de hombres libres es en vecinos ó moradores, y no vecinos ó transeuntes. *Vecino*, tomada latamente esta voz, significa el que habita en algun lugar, tenido y reputado por tal, segun la comun estimacion del pueblo, y en este sentido llena la circunstancia de vecino requerida en los testamentos nuncupativos ó abiertos, segun Azevedo en la *ley* 1. *tít.* 5. *lib.* 7. *de la Nov. Rec.* Y á esta clase pertenecen los estudiantes, menestrales y mozos de soldada, respecto de la ciudad en que cursan, aprenden sus oficios ó la ganan. Pero si se toma propia y estrechamente, aquel se dice vecino *Que tiene establecido en algun lugar su domicilio ó habitacion con ánimo de permanecer en él.* Este ánimo se presume y reputa probado por el trascurso de 10 años, *l.* 2. *tít.* 24. *P.* 4. *l.* 6. *tít.* 4. *lib.* 7. *de la Nov. Rec. y* arg. de la *ley* 52. *tít.* 2. *P.* 3. *vers. La setena*, en cuya glosa 12. dice Gregor. Lóp. que tambien se prueba este ánimo, que constituye domicilio, sin el trascurso de los 10 años, por hechos que lo manifiestan, poniendo por ejemplo, si uno vende sus posesiones en el lugar A, y compra otras en el B, donde trasfiere su habitacion. Y mas claramente, si fuere recibido en vecino por el comun de algun lugar, dando fiadores de que permanecerá en él 10 años, y sujetándose á las cargas y tributos vecinales, Azev. en *d. l.* 1. Que estos los deben llevar solamente los vecinos, el mismo nombre lo dice, y de consiguiente, que en esto se diferencian de los transeuntes. Y tambien se diferencian en lo honorífico; porque á ellos solos, y no á estos deben darse los oficios de concejo de las ciudades, villas ó lugares, así como regimientos, escribanías, mayordomías y fieldades, con tal que sean naturales de estos reinos, *l.* 6. *tít.* 4. *l.* 1. *tít.* 5. *lib.* 7. *de la Nov. Rec.* Transeuntes son los que viven ó se hallan en algun lugar sin ser vecinos de él.

20 La quinta subdivision de hombres libres es en naturales de nuestros reinos y estranjeros. Natural, segun la *ley* 7. *tít.* 14. *lib.* 1. *Nov. Rec.*, es *Aquel que fuere nacido en estos reinos, y hijo de padres que ambos á dos, ó á lo ménos el padre, sea asimismo nacido en estos reinos, ó haya contraido domicilio en ellos, y de mas haya vivido por tiempo de 10 años.* Y añade la *misma ley*, serlo tambien aquel, cuyo padre nació en estos reinos, y le tuvo fuera de ellos estando ausente por servicio del rey, ó su mandato, ó de paso, sin contraer domicilio fuera, y que esto se entienda tambien en los hijos ilegítimos naturales; pero que en los espúreos han de concurrir en su madre las circunstancias referidas. [Segun el art. 1° de la *Constitucion* de 1837 son españoles: 1° *Todas las personas nacidas en los dominios de España.* 2° *Los hijos de padre ó madre españoles, aunque hayan nacido fuera de España.* 3° *Los estranjeros que hayan obtenido carta de naturaleza.* 4° *Los que sin ella hayan ganado vecindad en cualquier pueblo de la monarquía. La calidad de español se pierde por adquirir naturaleza en país estranjero, y por admitir empleo de otro Gobierno sin licencia del rey.*] Estranjero por lo contrario es aquel á quien falta alguna de dichas circunstancias. Solo los naturales pueden tener en España beneficios eclesiásticos ó pensiones sobre ellos, *l.* 1. *tít.* 23. *y* 7. *tít.* 14. *lib.* 1. *de la Nov. Rec.* y oficios de alcaidías y regimientos en las ciudades, villas ó lugares, ú oficios ó cargos que toquen á la gobernacion de ellos, *l.* 2. *y* 3. *tít.* 4. *y* 5. *lib.* 7. *Nov. Rec.* Y adviértase últimamente, que la palabra *naturaleza* no significa siempre en las leyes de las Partidas lo mismo que en la citada *l.* 7. *tít.* 14. *lib.* 1. *Nov. Rec.*, sí que tambien lo mismo que vecindad, como lo convence la *ley* 2. *tít.* 24. *P.* 4.

TÍTULO III.

DEL PODER QUE TIENEN LOS PADRES SOBRE SUS HIJOS.

Títulos 17. y 18. Part. 4. (1).

1. 2. *Qué cosa sea patria potestad, y modos de constituirse.*
3. *y* 4. *De los peculios de los hijos.*
5. *y siguientes. Modos de salir los hijos de la patria potestad.*

1 Dijimos en el *núm.* 10 *del título antecedente* subdividirse tambien los hombres libres, en que unos están en

(1) Tít. 9 lib. 1. Inst.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

49 La cuarta subdivision de hombres libres es en vecinos ó moradores, y no vecinos ó transeuntes. *Vecino*, tomada latamente esta voz, significa el que habita en algun lugar, tenido y reputado por tal, segun la comun estimacion del pueblo, y en este sentido llena la circunstancia de vecino requerida en los testamentos nuncupativos ó abiertos, segun Azevedo en la *ley* 1. *tít.* 5. *lib.* 7. *de la Nov. Rec.* Y á esta clase pertenecen los estudiantes, menestrales y mozos de soldada, respecto de la ciudad en que cursan, aprenden sus oficios ó la ganan. Pero si se toma propia y estrechamente, aquel se dice vecino *Que tiene establecido en algun lugar su domicilio ó habitacion con ánimo de permanecer en él.* Este ánimo se presume y reputa probado por el trascurso de 10 años, *l.* 2. *tít.* 24. *P.* 4. *l.* 6. *tít.* 4. *lib.* 7. *de la Nov. Rec. y* arg. de la *ley* 52. *tít.* 2. *P.* 3. *vers. La setena*, en cuya glosa 12. dice Gregor. Lóp. que tambien se prueba este ánimo, que constituye domicilio, sin el trascurso de los 10 años, por hechos que lo manifiestan, poniendo por ejemplo, si uno vende sus posesiones en el lugar A, y compra otras en el B, donde trasfiere su habitacion. Y mas claramente, si fuere recibido en vecino por el comun de algun lugar, dando fiadores de que permanecerá en él 10 años, y sujetándose á las cargas y tributos vecinales, Azev. en *d. l.* 1. Que estos los deben llevar solamente los vecinos, el mismo nombre lo dice, y de consiguiente, que en esto se diferencian de los transeuntes. Y tambien se diferencian en lo honorífico; porque á ellos solos, y no á estos deben darse los oficios de concejo de las ciudades, villas ó lugares, así como regimientos, escribanías, mayordomías y fieldades, con tal que sean naturales de estos reinos, *l.* 6. *tít.* 4. *l.* 1. *tít.* 5. *lib.* 7. *de la Nov. Rec.* Transeuntes son los que viven ó se hallan en algun lugar sin ser vecinos de él.

20 La quinta subdivision de hombres libres es en naturales de nuestros reinos y estranjeros. Natural, segun la *ley* 7. *tít.* 14. *lib.* 1. *Nov. Rec.*, es *Aquel que fuere nacido en estos reinos, y hijo de padres que ambos á dos, ó á lo ménos el padre, sea asimismo nacido en estos reinos, ó haya contraido domicilio en ellos, y de mas haya vivido por tiempo de 10 años.* Y añade la *misma ley*, serlo tambien aquel, cuyo padre nació en estos reinos, y le tuvo fuera de ellos estando ausente por servicio del rey, ó su mandato, ó de paso, sin contraer domicilio fuera, y que esto se entienda tambien en los hijos ilegítimos naturales; pero que en los espúreos han de concurrir en su madre las circunstancias referidas. [Segun el art. 1° de la *Constitucion* de 1837 son españoles: 1° *Todas las personas nacidas en los dominios de España.* 2° *Los hijos de padre ó madre españoles, aunque hayan nacido fuera de España.* 3° *Los estranjeros que hayan obtenido carta de naturaleza.* 4° *Los que sin ella hayan ganado vecindad en cualquier pueblo de la monarquía. La calidad de español se pierde por adquirir naturaleza en país estranjero, y por admitir empleo de otro Gobierno sin licencia del rey.*] Estranjero por lo contrario es aquel á quien falta alguna de dichas circunstancias. Solo los naturales pueden tener en España beneficios eclesiásticos ó pensiones sobre ellos, *l.* 1. *tít.* 23. *y* 7. *tít.* 14. *lib.* 1. *de la Nov. Rec.* y oficios de alcaidías y regimientos en las ciudades, villas ó lugares, ú oficios ó cargos que toquen á la gobernacion de ellos, *l.* 2. *y* 3. *tít.* 4. *y* 5. *lib.* 7. *Nov. Rec.* Y adviértase últimamente, que la palabra *naturaleza* no significa siempre en las leyes de las Partidas lo mismo que en la citada *l.* 7. *tít.* 14. *lib.* 1. *Nov. Rec.*, sí que tambien lo mismo que vecindad, como lo convence la *ley* 2. *tít.* 24. *P.* 4.

TÍTULO III.

DEL PODER QUE TIENEN LOS PADRES SOBRE SUS HIJOS.

Títulos 17. y 18. Part. 4. (1).

1. 2. *Qué cosa sea patria potestad, y modos de constituirse.*
3. *y* 4. *De los peculios de los hijos.*
5. *y siguientes. Modos de salir los hijos de la patria potestad.*

1 Dijimos en el *núm.* 10 *del título antecedente* subdividirse tambien los hombres libres, en que unos están en

(1) Tít. 9 lib. 1. Inst.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

la patria potestad, otros en la tutela, otros en curadoría, y otros independientes de todos. Empezamos á tratar de ellos por los primeros. *Patria potestas* en latin, dice la *l.* 1. *tít.* 17. *P.* 4. tanto quiere decir en romance, como *Poder que han los padres sobre los hijos.* Añade que lo han los padres sobre sus hijos, é sobre sus nietos, é sobre todos los otros de su linaje, que descienden de ellos por liña recta, que son nacidos de casamiento derecho. Pero se ha de advertir estar derogada *esta ley* en cuanto habla de nietos é inferiores descendientes por la *ley* 3. *tít.* 5. *lib.* 10. *Nov. Rec.* que establece sea habido por emancipado en todas cosas para siempre el hijo é hija casado y velado; pues segun ella no estando el tal hijo en poder de su padre, no pueden estarlo tampoco los que descienden del mismo hijo. Lo literal de *dicha ley* nos hace creer contra Antonio Tórres y Martin Galindo ser necesarias las velaciones de las nupcias, para que tengan fuerza de emancipacion.

2 Este poder ó poderío que han los padres sobre los hijos, es solamente sobre los legítimos, *l.* 2. *d. tít.* 17. *P.* 4.; y segun la *l.* 4. *del mismo tít.* se constituye de cuatro maneras. I. Por el matrimonio, que es fecho segun manda la santa Iglesia. [Y aunque el matrimonio así celebrado se declarase despues nulo, por descubrirse algun impedimento dirimente, serán tenidos por legítimos los hijos procreados de él, con tal que al ménos uno de los consortes ignorase el impedimento, sin que obste para nada el que hayan nacido miéntras duraba el pleito sobre la validez del matrimonio, *ley* 1. *tít.* 13. *Part.* 4. Para que un hijo sea considerado como fruto de un matrimonio, es necesario que nazca á los seis meses y un dia, cuando ménos, despues de celebrado, y á los diez meses, cuando mas, sin tocar ni un solo dia en el undécimo, despues de la muerte del padre, *l.* 4. *tít.* 23. *P.* 4. La presuncion de que el nacido dentro de estos términos es hijo del marido de su madre, con arreglo al principio de derecho romano que decia, *Pater is est, quem nuptiæ demonstrant, l.* 5. *D. De injus vocando,* es tan fuerte, que por mas que la misma madre dijese lo contrario, no debe ser creida, ni perder el hijo los derechos de legítimo; á no ser que el marido hubiese estado separado de ella tanto tiempo, que se pudiese verdaderamente sospechar segun la naturaleza, que el hijo era de

otro, *l.* 9. *tít.* 14. *P.* 3.] II. Si hubiere contienda entre algunos, si eran padre é hijo, y fuese dado juicio acabado que lo eran. III. Si el hijo emancipado por el padre hiciese algun yerro contra el padre, que hubiese de volver á su poder. IV. Por adopcion, que quiere decir tanto, como porfijamiento. La II., hablando con rigor, mas es modo de probar este poder, que de constituirle. No menciona *esta ley* á la legitimacion, sin duda porque la quiso incluir en la I. Y adviértase en esplicacion de la III. que el yerro del hijo contra el padre ha de ser deshonrándolo, de palabras, ó de hecho, *l.* 19. *tít.* 18. *P.* 4. Pasemos ahora á ver sus efectos, y despues los modos de acabarse.

3 Las leyes antiguas de los romanos mandaban que todo el peculio de los hijos retenidos en el poder de su padre, esto es, todos los bienes que estos hijos tenian y manejaban como suyos, fuesen de sus padres. Pero despues distinguieron varias especies de peculio, estableciendo lo que debia observarse en cada una de ellas, y á este nuevo aspecto se han acomodado las nuestras, y con respecto á ellas decimos, que el peculio, el cual no es otra cosa que *Pequeño patrimonio que tiene ó maneja el hijo, ó el esclavo, separado de los bienes que gobierna el padre ó el señor:* es en la persona del hijo de tres especies, profecticio, adventicio y castrense, ó cuasi castrense, *l.* 5. *tít.* 17. *P.* 4. Y si quisiéramos dividir el cuasi castrense del castrense, como lo hacen comunmente, y es así, aunque son los mismos sus efectos, diremos que son cuatro.

4 Peculio profecticio es *El que ganan los hijos con los bienes de los padres, ó por razon de sus padres que los tienen en su poder;* y es en todo de los mismos padres. Adventicio se llama *El que gana el hijo por obra de sus manos, ó le viene por donacion, legado ó herencia de su madre; ó de cualquier otro, ó si hallase tesoro ó alguna otra cosa.* Y de este es la propiedad del hijo, y el usufructo del padre, que debe guardarle y defenderle toda su vida, tanto en juicio, como fuera de él, *d. l.* 5, (1). Y si emancipa al hijo, va á este la mitad del usufructo, y el padre se queda con la otra, si no la remite, *l.* 15. *tít.* 18. *P.* 4. (2). [Pero si el hijo saliese de la patria potestad por

(1) § 1. Inst. lib. 2. tit. 9. (2) D. §. 2. Inst. d. lib. 2. tit. 9.

el matrimonio velado, adquiere para sí el usufructo de todos sus bienes adventicios, sin que su padre pueda reservarse parte alguna de él, *l.* 3. *tít.* 5. *lib.* 10. *Nov. Rec.* (48 *de Toro*).] Castrense es *El que gana el hijo por razon de la guerra*, ó como suele decirse, de la milicia armada; y cuasi castrense *El que gana el hijo por razon de la milicia togada*, esto es, por servir á la república de juez, abogado, catedrático y otros oficios semejantes. Estos dos son enteramente del mismo hijo, que puede hacer de ellos lo que quisiere, sin tener derecho alguno en ellos los padres, ni otro pariente, *l.* 6. *lib.* 7. *d. tít.* 17. *P.* 4. (1). Y adviértase, que toda donacion que hace el rey, es peculio cuasi castrense del donatario, *d. l.* 7. *al fin.* (2).

5 Veamos ahora los modos de acabarse ó desatarse la patria potestad, que son los cuatro referidos en el *princ. del tít.* 18. *P.* 4. I. Muerte natural (3). II. Destierro, para siempre, al que llamaron en latin *mors civilis* (4). III. Dignidad á que subiere el hijo (5). IV. Emancipacion, cuando el padre saca á su hijo de su poder á placer de él (6). Y á estos cuatro añade otro la *ley* 6. *de d. tít.* 18. diciendo, que por el pecado de incesto pierde el padre el poder que ha sobre sus hijos. Y otro la *ley* 4. *tít.* 20. *P.* 4. cuando el padre desamparando á su hijo le echa á las puertas de la iglesia, hospital ú otros lugares de misericordia, de donde la piedad de otro le recoge. En cuanto al I. la *ley* 1. *de d. tít.* 18. distingue, como las romanas, entre la muerte del padre y del abuelo, por motivo de que en aquel tiempo los hijos no salian de la potestad de sus padres, por casarse; pero como en el dia salen en virtud de la *ley* 3. *tít.* 5. *lib.* 10. *Nov. Rec.*, como dijimos *arriba al n.* 1., no se debe ahora hacer mencion, por no ser del caso, de la muerte del abuelo, sí solo de la del padre, por la que se acaba siempre la patria potestad. Solo en el caso de no haber sido veladas las nupcias, podria tener lugar la citada distincion de la *ley* 1.

6 Del II. modo pone dos especies la *ley* 2. *de d. tít.* 18. *P.* 4., de las cuales la una, que es la mas pesada, la compara á la servidumbre de la pena de los romanos, y la otra á la que estos decian *deportacion*, que tambien entre ellos

(1) Princ. Inst. lib. 2. tít. 12. (2) L. 7. C. de bon. quæ liber.
(3) Princ. Inst. lib. 1. tít. 12. (4) § 3. eod. (5) § 4. cod. (6) § 6. eod.

eran modos de estinguir la patria potestad (1). Por uno y otro se toman los bienes al desterrado. Pero si á alguno se le destierra á que vaya á vivir á algun lugar para siempre, ó para cierto tiempo, sin quitarle sus bienes, este castigo, al que los romanos llamaban *relegacion*, no estingue la patria potestad, *l.* 3. *d. tít.* 18. *P.* 4. (2). De los encartados, esto es, los pregonados, de no poder entrar en la ciudad ó villa en que eran moradores, ó en la tierra de donde son, dice la *ley* 4. *de d. tít.* 18. que se comparan á los deportados, si se les toman los bienes, y á los relegados, si no se les toman. [Este segundo modo de acabarse la patria potestad está en cierto modo abolido, porque la confiscacion de bienes, que era una de sus circunstancias esenciales, no puede hoy imponerse segun el art. 10 de la *Constitucion* de 1837.]

7 Por lo que respecta al modo III., se señalan en la *ley* 7. y *las siete siguientes de d. tít.* 18. doce dignidades que libran al hijo de la patria potestad, con relacion al señalamiento que hizo Justiniano en la *novela* 81. De ellas solo conocemos ahora la de obispo y tesorero general del rey, porque las demas están enteramente trasformadas en otras nuevas que tenemos, las cuales no pueden decirse las mismas, por lo mucho que discrepan entre sí. Diremos pues atendiendo al espíritu de *dichas ocho leyes*, que librarán en el dia aquellas dignidades, que constituyen al hombre jefe real privativo de algun distrito ó cuerpo distinguido.

8 La emancipacion, IV. modo de estinguir la patria potestad, es *Acto por el cual saca el padre por su voluntad de su poder al hijo que lo consiente*, *l.* 15. *d. tít.* 18. *P.* 4. Se hace la emancipacion presentándose el padre con el hijo ante el juez ordinario (3), y así ambos presentes, debe decir el padre que saca al hijo de su poder, y el hijo consentirlo, *d. l.* 15. Y si el padre quisiese emancipar á un hijo suyo infante ó ausente, podrá hacerlo con licencia del rey, pero no de otra suerte; y si el ausente es mayor de siete años, es menester que cuando venga lo otorgue ante el juez, *l.* 16. *d. tít.* 18. *P.* 4. [La *ley* 4. *tít.* 5. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* disponia que los jueces ordinarios no declarasen emancipaciones, sin dar primero cuenta al Consejo;

(1) §§ 1. et 3. Inst. lib. 1 tít. 12. (2) § 2. eod. (3) § 6. Inst. lib. 1. tit. 12.

mas segun la *ley de 14 de abril de* 1838, el rey resuelve las instancias sobre emancipaciones y otras gracias al sacar, para cuya concesion deben concurrir motivos justos y razonables justificados debidamente. Segun la *real órden de 19 del mismo*, los que soliciten alguna de dichas gracias ó dispensas, deben presentar la solicitud para S. M. y los documentos en que la funden, á la Audiencia respectiva, que las dirije al juez de primera instancia competente, para que abriendo un espediente informativo, oiga por via de instruccion, sin figura de juicio, á las personas ó corporaciones que puedan tener interes en el asunto; admita las justificaciones que los interesados ofrecieren; las reciba en su caso de oficio y devuelva á la Audiencia el espediente original con su informe. La Audiencia, oyendo al fiscal, examina si el espediente se halla debidamente instruido; no estándolo, amplía convenientemente la instruccion; y cuando esta se halla completa, eleva igualmente original el espediente al Gobierno con la censura fiscal, informando por su parte lo que se le ofrezca y parezca.]

9 Por lo regular ni el padre puede ser precisado á emancipar á su hijo (1), ni el hijo á ser emancipado, sin que los dos hayan convenido, *l. 17. d. tit. 18. P. 4.* Pero hay cuatro casos referidos en la *ley 18. del mismo título 18.* en los cuales puede el padre ser obligado á emancipar. I. Cuando el padre castiga al hijo muy cruelmente, sin aquella piedad que debe haber (2). II. Cuando prostituye á sus hijas (3). III. Cuando admite lo que le dejan en testamento bajo la condicion de emancipar á su hijo (4). IV. Si habiendo adoptado á su entenado ó hijastro menor de 14 años, y este salido de esta edad, acudiese descontento de su padrastro al juez para que le mandara emancipar (5).

(1) § 10. eod. (2) L. ult. si à parent. quis man. (3) L. 4. C. de Episcop. aud. (4) L. 62. de cond. et demonst. (5) L. 52. de adop.

TITULO IV.

DE LOS DESPOSORIOS Y MATRIMONIO.

Partida 4. títulos 1. y 2. y título 2. lib. 10. de la Nov. Rec. (1).

1. *Razon del método.*
2. *Qué cosa sean esponsales.*
3. 4. 5. 6. 7. *y* 8. *Se refieren varias órdenes reales sobre esponsales.*
9. *y hasta el* 17. *Del matrimonio, y cuanto pertenece á su valor.*
17. *Del divorcio.*
18. *hasta el* 27. *De los bienes gananciales.*
27. *Cosas que no pueden hacer las mujeres sin licencia de sus maridos ó del juez.*
28. *Administracion de los bienes en los casados que entran en los* 18 *años.*
29. *y* 30. *Privilegios de los recien casados.*

1 Siendo el matrimonio la causa natural y principal de la patria potestad, nos ha parecido ser este lugar mas á propósito para tratar de él. Y por cuanto le suelen preceder los desposorios, hablar ántes muy lijeramente de ellos; porque mas son objeto del Derecho canónico, por cuyas reglas se deciden sus causas en los tribunales eclesiásticos, como lo espresa la *ley 7. tit. 1. P. 4.* Y por ello podrán acudir á los autores canonistas los que desearen mas estension. Sin embargo, hemos creido, que el tener un título en la *Partida 4.* y las varias órdenes reales que nuevamente se han publicado para mantener el buen órden, paz y tranquilidad pública y de las familias, exigen que no omitamos su memoria en esta ilustracion.

2 Desposorios ó esponsales, con cuyo nombre canónico los solemos llamar, son *Prometimientos, que hacen los hombres por palabras cuando quieren casarse.* Así lo espresa la *l. 1. tit. 1. P. 4.* Pero debe tenerse presente,

(1) Tit. 10. lib. 1. Inst. tit. 1. et 2. lib. 24.

UNIVERSIDAD DE NUEVO LEON
DIRECCION GENERAL DE BIBLIOTECAS

mas segun la *ley de 14 de abril de* 1838, el rey resuelve las instancias sobre emancipaciones y otras gracias al sacar, para cuya concesion deben concurrir motivos justos y razonables justificados debidamente. Segun la *real órden de 19 del mismo*, los que soliciten alguna de dichas gracias ó dispensas, deben presentar la solicitud para S. M. y los documentos en que la funden, á la Audiencia respectiva, que las dirije al juez de primera instancia competente, para que abriendo un espediente informativo, oiga por via de instruccion, sin figura de juicio, á las personas ó corporaciones que puedan tener interes en el asunto; admita las justificaciones que los interesados ofrecieren; las reciba en su caso de oficio y devuelva á la Audiencia el espediente original con su informe. La Audiencia, oyendo al fiscal, examina si el espediente se halla debidamente instruido; no estándolo, amplía convenientemente la instruccion; y cuando esta se halla completa, eleva igualmente original el espediente al Gobierno con la censura fiscal, informando por su parte lo que se le ofrezca y parezca.]

9 Por lo regular ni el padre puede ser precisado á emancipar á su hijo (1), ni el hijo á ser emancipado, sin que los dos hayan convenido, *l. 17. d. tit. 18. P. 4.* Pero hay cuatro casos referidos en la *ley 18. del mismo título 18.* en los cuales puede el padre ser obligado á emancipar. I. Cuando el padre castiga al hijo muy cruelmente, sin aquella piedad que debe haber (2). II. Cuando prostituye á sus hijas (3). III. Cuando admite lo que le dejan en testamento bajo la condicion de emancipar á su hijo (4). IV. Si habiendo adoptado á su entenado ó hijastro menor de 14 años, y este salido de esta edad, acudiese descontento de su padrastro al juez para que le mandara emancipar (5).

(1) § 10. eod. (2) L. ult. si à parent. quis man. (3) L. 4. C. de Episcop. aud. (4) L. 62. de cond. et demonst. (5) L. 52. de adop.

TITULO IV.

DE LOS DESPOSORIOS Y MATRIMONIO.

Partida 4. títulos 1. y 2. y título 2. lib. 10. de la Nov. Rec. (1).

1. *Razon del método.*
2. *Qué cosa sean esponsales.*
3. 4. 5. 6. 7. *y* 8. *Se refieren varias órdenes reales sobre esponsales.*
9. *y hasta el* 17. *Del matrimonio, y cuanto pertenece á su valor.*
17. *Del divorcio.*
18. *hasta el* 27. *De los bienes gananciales.*
27. *Cosas que no pueden hacer las mujeres sin licencia de sus maridos ó del juez.*
28. *Administracion de los bienes en los casados que entran en los* 18 *años.*
29. *y* 30. *Privilegios de los recien casados.*

1 Siendo el matrimonio la causa natural y principal de la patria potestad, nos ha parecido ser este lugar mas á propósito para tratar de él. Y por cuanto le suelen preceder los desposorios, hablar ántes muy lijeramente de ellos; porque mas son objeto del Derecho canónico, por cuyas reglas se deciden sus causas en los tribunales eclesiásticos, como lo espresa la *ley 7. tit. 1. P. 4.* Y por ello podrán acudir á los autores canonistas los que desearen mas estension. Sin embargo, hemos creido, que el tener un título en la *Partida 4.* y las varias órdenes reales que nuevamente se han publicado para mantener el buen órden, paz y tranquilidad pública y de las familias, exigen que no omitamos su memoria en esta ilustracion.

2 Desposorios ó esponsales, con cuyo nombre canónico los solemos llamar, son *Prometimientos, que hacen los hombres por palabras cuando quieren casarse.* Así lo espresa la *l. 1. tit. 1. P. 4.* Pero debe tenerse presente,

(1) Tit. 10. lib. 1. Inst. tit. 1. et 2. lib. 24.

UNIVERSIDAD DE NUEVO LEON
DIRECCION GENERAL DE BIBLIOTECAS

que lo mismo será, si el consentimiento se manifiesta sin palabras, con señales claras que escluyen toda duda, como es preciso suceda en los mudos, *l.* 5. *tít.* 2. *P.* 4. Como por los esponsales se obliga el varon á la mujer, y esta al varon, es preciso que el prometimiento sea mutuo entre los dos con recíproca aceptacion (1). Y el que no quiere cumplirles, puede ser obligado á que les cumpla, á pedimento del otro, por el tribunal eclesiástico, *l.* 7. *d. tít.* 4., á no ser que tenga alguna justa causa para no querer: de las cuales se refieren nueve en la *ley* 8. *de d. tít.* 4., bien que la sétima no tiene lugar ahora, en que los esponsales de presente ya no constituyen matrimonio, como le constituian en el tiempo en que se formaron las leyes de las Partidas, que por este motivo se entretienen bastante en esplicar la diferencia entre esponsales de futuro y de presente, que en el dia no están, ó por mejor decir, ya no los hay de presente. Para contraer esponsales basta la edad de siete años, *l.* 6. *d. tít.* 4.

5 Para cortar los perjuicios, que de llevarse á efecto cualesquiera esponsales, se seguian al honor de las familias, y reverencia debida á los padres, con alteracion de la pública tranquilidad, se han publicado varias pragmáticas y cédulas. Por *pragmática de* 23 *de marzo de* 1776, *que es la ley* 9. *tít.* 2. *lib.* 10. *Nov. Rec.* se manda: I. Que en adelante los hijos é hijas de familias menores de 25 años, deban para celebrar el contrato de esponsales, pedir y obtener el consejo y consentimiento de su padre, y en su defecto de la madre; y á falta de ambos, de los abuelos por ambas líneas; y no teniéndolos, de los dos parientes mas cercanos, que se hallen en la mayor edad, y no sean interesados ó aspirantes al tal matrimonio; y no habiéndolos capaces de darle, de los tutores ó curadores: con el bien entendido, que prestando los espresados parientes, tutores ó curadores su consentimiento, deberán ejecutarlo con aprobacion del juez real, ó interviniendo su autoridad, si no fuere interesado; y siéndolo, se devolverá esta autoridad al corregidor ó alcalde mayor realengo mas cercano. II. Que esta obligacion comprende desde las mas altas clases del estado, sin escepcion alguna, hasta las mas comunes del

(1) L. 4. de sponsal.

pueblo. III. Que los mayores de 25 años cumplen con pedir el consentimiento paterno, para colocarse en estado de matrimonio, que en aquella edad ya no admite dilacion. Pero debe advertirse, que en este particular se espidió otra *cédula en* 31 *de mayo de* 1783, en que por punto general se manda, que tambien los mayores de 25 años tienen obligacion de obtener el consentimiento paterno. IV. Que contra el irracional disenso de los padres, abuelos, parientes, tutores ó curadores, en los casos y forma que queda esplicada, debe haber y admitirse libremente recurso sumario á la justicia real ordinaria, que se haya de terminar y resolver en el preciso término de ocho dias, y por recurso en el Consejo, Chancillería ó Audiencia del respectivo territorio en el perentorio de 30 dias; y de esta declaracion no ha de haber revista, alzada, ni otro recurso, ahora confirme ó revoque la providencia del inferior.

4 V. Que solo puede darse certificacion del auto favorable ó adverso, pero no de las objeciones ó escepciones que propusieren las partes, con perpetua privacion de oficio á los jueces y escribanos, que mandasen dar ó dieren copia simple ó certificada de los procesos formados sobre suplir el irracional disenso de los padres. VI. Que se conserve en los Infantes y Grandes la costumbre y obligacion de dar cuenta á S. M. de los contratos matrimoniales que intenten celebrar ellos ó sus hijos é inmediatos sucesores, para obtener la real aprobacion. VII. Que los de las familias llamadas á la sucesion de las grandezas, aunque sea en grados distantes, y las de los títulos hayan de pedir el real permiso en la Cámara, al modo que se piden las cartas de sucesion en los títulos. Y adviértase, que tanto en este caso como en el antecedente, es tambien necesario el consentimiento paterno. De las penas en que incurren los que se casan despreciando y atropellando lo espuesto hasta aquí, espresadas en la misma pragmática, hablaremos despues, tratando del matrimonio y sus efectos.

5 Ademas de esta famosa pragmática han salido diferentes cédulas y circulares sobre el mismo asunto, añadiendo algunas particularidades. En 31 de octubre de 1783, *que es la ley* 11. *d. título* 2. *una circular*, por la que se manda: Que ningun alumno de colegios que estén bajo la real inmediata proteccion, puede ligarse para contraer

matrimonio sin licencia de S. M., cuya real resolucion fué estendida por *circular de* 31 *de agosto de* 1784, *que es la ley* 18. *de dicho tít.* á los colegios de mujeres que están bajo la misma real proteccion, y á los individuos de uno y otro sexo que estén en Universidades, seminarios, colegios ó casas de enseñanza, erigidos con autoridad pública. Y tratándose de si convendria delegar la facultad de conceder la licencia que exigen dichas circular y cédula, se espidió otra *cédula en* 28 *de octubre del mismo año* 1784, *que es la ley* 13. *d. tít.* en que se manda: Que los alumnos de las Universidades, seminarios conciliares y demas colegios no pueden pasar á contraer esponsales, sin que ademas del asenso paterno prevenido en la *citada pragmática* del año 1776, tengan licencia, los de los seminarios conciliares de los muy reverendos arzobispos y reverendos obispos; los de las Universidades de los ministros del Consejo encargados de su direccion, á quienes deban remitir las súplicas ó pretensiones por mano de los rectores de las mismas, con informes de estos; y los de los demas colegios ó casas de enseñanza de los ministros protectores, si los tuviesen, ó del señor gobernador del Consejo; delegando para este caso S. M. en todos los referidos su real autoridad; reservándose las licencias de los colegios militares, seminarios de nobles, y otras fundaciones semejantes del efectivo patronato, y de la inmediata real proteccion, tanto de varones, como de mujeres.

6 Otra *cédula* espidió el Consejo, que solo es exhortatoria, en 17 de junio de dicho año 1784, *que es la ley* 14. *d. tít.*: en ella se exhorta, ruega y encarga á todos los prelados procuren, que en sus diócesis y territorios se establezca el método que se practica y observa en el archiprestazgo de Ager en Cataluña, como el que mas se acerca al cabal y exacto cumplimiento de la citada *pragmática del año* 1776, y demas reales órdenes que tratan de este asunto, y disposiciones canónicas. En la misma se inserta la doctrina y método que dicho archipreste habia fijado, y mandado observar y enseñar públicamente á los fieles de su territorio, reducida á decir: « Que faltan los « hijos de familia, que sin el consejo y bendicion de sus « padres tratan de contraer matrimonio, y que estando en « pecado mortal no se les puede admitir á la participacion « de los santos sacramentos, y por ello se les debe dilatar, « hasta haber practicado esta diligencia: Que cuando se te- « nia noticia de que el hijo pidió al padre, y obtuvo su « consentimiento, se espresaba esta circunstancia en la pu- « blicacion de las moniciones, que por ningun caso se dis- « pensaba en los matrimonios de esta naturaleza, y tambien « se añadia en la partida que se escribia en los cinco libros, « despues de haberse celebrado el matrimonio, siendo « cargo de la visita de dichos libros la omision de ella. »

7 En 25 de octubre del año 1785, *que es la ley* 16. *d. tít.* se espidió otra *cédula* en que se manda observar: Que los depósitos por opresion, y para esplorar la libertad, se espidan por el juez que respectivamente deba conocer segun el recurso; pues si este fuere sobre ser ó no racional el disenso, conocerá el juez real, y decretará cuando sea necesario el depósito; y si fuere sobre esponsales, despues de evacuado el juicio instructivo sobre el disenso ante la justicia secular, conocerá el eclesiástico impartiendo para la ejecucion el auxilio del brazo seglar. [Teniendo por objeto los depósitos de las personas que soliciten suplemento de licencia para contraer matrimonio por disenso de sus padres, abuelos ó tutores, alzar una violencia, pueden hacerlos á prevencion los jueces de primera instancia ó alcaldes constitucionales, *órden de la Regencia provisional de* 16 *de enero de* 1841, *publicada en el Boletin oficial de Valencia de* 16 *de marzo del mismo año.*]

8 *Por otra de* 18 *de setiembre de* 1788, *que es la ley* 17. *d. tít.* se manda por punto general: Que solo los hijos de familia son los que pueden pedir el consentimiento á sus padres, abuelos, tutores ó personas de quienes dependan, para contraer matrimonio: Y asimismo, que no se deben admitir en los tribunales eclesiásticos demandas de esponsales celebrados sin el consentimiento paterno contra lo mandado por las citadas pragmáticas y cédulas, no debiéndose admitir tampoco por via de impedimento, careciendo de la principal circunstancia, sin la cual no pueden habilitarse para parecer en juicio, por ninguno de los dos conceptos.

9 Y últimamente se publicó en Madrid en 28 de abril de 1803, *que es la ley* 18. *tít* 2. *lib* 10. *de la Nov. Rec.*, la siguiente pragmática sancion: El rey se ha servido es-

pedir con fecha 10 de este mes el decreto siguiente : Con presencia de las consultas que me han hecho mis Consejos de Castilla é Indias sobre la pragmática de matrimonios 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 25 años, ni las hijas menores de 23, á cualquiera clase del estado que pertenezcan, puedan 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 esplicar la causa de su resistencia ó disenso. Los hijos que hayan cumplido 25 años, y las hijas que hayan cumplido 23, podrán casarse á su arbitrio sin necesidad de pedir ni obtener consejo ni consentimiento de su padre : en defecto de este 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 ántes; esto es, los varones á los 24, y las hembras á los 22, todos cumplidos : á falta de padre y madre tendrá la misma autoridad el abuelo paterno, y el materno á falta de este; pero los menores adquirirán la libertad de casarse á su arbitrio dos años ántes que los que tengan padre; esto es, los varones á los 23, y las hembras á los 21, 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 esplicar la causa; pero en este caso adquirirán la libertad de casarse á su arbitrio los varones á los 22 años, y las hembras á los 20, todos cumplidos. Para los matrimonios de las personas que deben pedirme licencia, ó solicitarla de la Cámara, gobernador del Consejo ó sus respectivos jefes, es necesario que los menores segun las edades señaladas obtengan esta despues de la de sus padres, abuelos ó tutores, solicitándola con la espresion de la causa que estos han tenido para prestarla; y la misma licencia deberán obtener los que sean mayores de dichas edades, haciendo espresion, cuando lo 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, así como á la Cámara, gobernador del Consejo, y jefes 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 jefes 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 Astúrias, los cuales procederán en los mismos términos. [La facultad que segun esta pragmática ejercian los presidentes de las Chancillerías y Audiencias y el regente de la de Astúrias, concediendo ó negando á los hijos de familia licencia para casarse, corresponde ahora á los jefes políticos en los mismos términos, *decreto de las Córtes de 14 de abril de 1813, restablecido en 30 de agosto de 1836.*] Los vicarios eclesiásticos que autorizaren matrimonio, para el que no estuvieren habilitados los contrayentes, segun los requisitos que van espresados, serán espatriados y ocupadas todas sus temporalidades, y en la misma pena de espatriacion y en la de confiscacion de bienes incurrirán los contrayentes. En ningun tribunal eclesiástico ni secular de mis dominios se admitirán demandas de esponsales, si no es que sean celebrados por personas habilitadas para contraer por sí mismas segun los espresados requisitos, y prometidos por escritura pública, y en este caso se procederá en ellas, no como asuntos criminales ó mistos, sino como puramente civiles. Los infantes y demas personas reales en ningun tiempo tendrán ni podrán 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 (1).

10 Basta de esponsales, y pasemos á tratar del matri-

(1) Véase la nota 6. d. tit. 2.

monio, del cual pone una definicion la *ley* 1. *tít.* 2. *P.* 4. que nos ha parecido copiar aquí aunque la consideramos pesada y fastidiosa. Es, dice, *Ayuntamiento de marido, é de mujer, fecho con tal intencion de vivir siempre en uno é de non se departir; guardando lealtad cada uno de ellos al otro, é no se ayuntando el varon á otra mujer, nin ella á otro varon, viviendo ambos á dos.* Todo el mundo considera al matrimonio como á contrato; pero ademas los católicos le consideramos tambien como á sacramento; y observamos con reverencia los efectos que por esta razon le corresponden. Por esto diremos algo de ellos aquí, aunque este asunto pertenece directamente al Derecho canónico, cuyos autores podrán ver los que quieran mayor estension. Y debemos advertir, que algunos de estos efectos los podemos tambien considerar civiles en cuanto los aprueban espresamente nuestras leyes, que jamas se apartan de la religion católica.

11 Como el matrimonio es contrato, es necesario el mútuo consentimiento de sus contrayentes, varon y hembra, con la intencion de vivir juntos, y demas que espresa su definicion que hemos dado. De ahí es, que no pueden contraerle los que no pueden prestar verdadero consentimiento, como los mentecatos ó locos, si no es que teniendo estos intervalos de buena razon, quisieren contraerlo en uno de ellos, *l.* 6. *tít.* 2. *P.* 4. Y aunque este consentimiento suele manifestarse por palabras, se puede tambien manifestar suficientemente por señales, y de este modo pueden casarse los mudos, *l.* 5. *d. tít.* 2. Y por cuanto el error es contrario del consentimiento, faltará este, y por ello el matrimonio, si uno de los contrayentes errase en la persona del otro, pero no si errara en la calidad ó fortuna del otro, y no en la persona, *l.* 10. *tít.* 2. Y adviértase ser tan necesario el consentimiento y que sea libre, que si se le sacase á alguno de los que contraen, con miedo ó fuerza que cae en varon constante, seria nulo el matrimonio, *l.* 15. *de d. tít.* 2. que pone varios ejemplos (1), aunque los demas contratos valen, bien que puede pedirse que se rescindan, *l.* 56. *tít.* 5. *P.* 5. y en su *glosa* 1. Greg. Lóp. Y en proteccion de este libre consentimiento manda la *ley* 2. *tít.* 2. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* que si acaeciere que por importunidad diese el rey carta ó mandamiento, para que una mujer haya de casar con alguno contra su voluntad y sin su consentimiento, no valga. Y la *siguiente* 3. *del mismo título*: Que ningun Grande, ni personas que tengan vasallos, apremien á ninguna dueña, ni doncella á que se case contra su voluntad con ninguna persona, ni asimismo apremien á los padres y madres de las tales mujeres, para que se hagan los tales casamientos.

(1) L. 14. C. de rit. nupt.

12 Ha de tener el varon 14 años y la mujer 12 para que puedan celebrar válidamente este contrato, á no ser que estuviesen tan cercanos á esta edad, que tuvieran proporcion para juntarse carnalmente, porque la sabiduría y poder para hacerlo, suple la mengua de edad, *l.* 6. *tít.* 1. *P.* 4., y como suele decirse, la malicia suple la edad. Y asimismo no ha de ocurrir alguno de aquellos impedimentos, que los teólogos llaman dirimentes: los cuales se refieren en la *ley* 13. *y siguientes de d. tít.* 2. *P.* 4. A estos pertenencen el error y la fuerza, de que acabamos de hablar. Por lo que toca á los restantes, trataremos con alguna estension del que nace de la cognacion ó parentesco, digno de que todos lo sepan, por ser de uso muy frecuente, al paso que el de los demas es rarísimo, y casi toda su constitucion y orígen es canónica; y por ello los notaremos aquí brevísimamente remitiendo á los que desean mas estension á los teólogos que, para facilitar su memoria, los comprenden en aquellos versos latinos:

Error, conditio votum, cognatio, crimen,
Cultus, disparitas, vis, ordo, ligamen, honestas,
Si sis affinis, si forte coire nequibis,
Si Parochi, et duplicis desit præsentia testis,
Raptave sit mulier, nec parti reddita tutæ.

El parentesco ó consanguinidad es *Atenencia ó aligamiento de personas departidas, que descienden de una raiz*, segun la *l.* 1. *tít.* 6. *P.* 4. que esplica esta definicion. Si se habla con rigor solo son dos sus especies; pero por varias razones y respetos se estienden tambien á las que llamamos meramente civil, y á la espiritual, y así son cuatro los parentescos, á saber, meramente natural, mera-

mente civil, mezclado de natural y civil, y espiritual. Meramente natural es el que nace de ilícito ayuntamiento, al que pertenecen todos los que han nacido fuera de legítimo matrimonio. Meramente civil el que se contrae por la adopcion. Mezclado el que viene de legítimo matrimonio, porque concurren en él la naturaleza y la aprobacion de la ley. Y espiritual el que se contrae por el bautismo ó confirmacion.

13 En el parentesco hay líneas y grados, cuya noticia es necesaria para regular los casamientos y las sucesiones. Línea es *Ayuntamiento ordenado de personas, que se tienen unas de otras como cadena, descendiendo de una raiz.* O es recta entre personas que una viene de otra, y se subdivide en de ascendientes que sube, en la que están el padre, abuelo, bisabuelo, y dende arriba; ó de descendientes en que se baja, como hijo, nieto, biznieto, y de ahí abajo. Y la otra de travieso ó trasversal, que tambien se llama lateral ó colateral. Esta empieza en los hermanos, y sigue por grados entre los hijos ó descendientes de uno de ellos respecto de los descendientes del otro. Se llama de travieso, porque de los que están en ella, no desciende uno de otro, aunque todos nacen de una misma raíz ó tronco, *l.* 2. *d. tit.* 6. Le llamamos tronco por la semejanza con el de los árboles, pues así como de este nacen todas las ramas de los árboles, sucede lo mismo en el parentesco; y de ahí es que llamamos tambien árbol de parentesco al tronco de que tratamos, con sus ramas.

14 Grado no es otra cosa que un escalon ó paso de distancia de un pariente á otro. En la línea recta de ascendientes ó descendientes los cuentan ó numeran de una misma manera el Derecho civil y canónico, esto es, salen en ellos los mismos grados, ó bien diciendo que son tantos estos como las generaciones, ó tantos como las personas quitando una. Así pues, Pedro dista de su abuelo dos grados, porque hay dos generaciones, la una de su abuelo que engendró á su padre, y la otra la de este; ó contando por personas, son estas tres, y quitando una quedan dos. Pero en contarlos en la línea trasversal hay notabilísima diferencia entre los dos Derechos; porque segun la computacion civil se sube al tronco desde el uno, y despues se baja hasta el otro; y por ello no hay primer grado en esta línea,

que debe empezar necesariamente por el segundo, por no poderse verificar subida y bajada de otra manera. Los hermanos, que es de donde empieza esta línea, distan entre sí dos grados, uno de subida de uno de ellos al padre, que es el tronco comun de los dos, y el otro de bajada del mismo padre al otro hermano: y segun la computacion canónica, solo se sube, y de ahí es, que un hermano solo dista del otro un grado. Y adviértase para la mas completa inteligencia de esta línea lateral, que puede ser igual ó desigual. En aquella están los que distan igualmente de su comun tronco, como dos hermanos, ó dos primos hermanos; y en la desigualdad el uno dista mas que el otro, como tio y sobrino, y entónces se sube al tronco desde el mas remoto. Si se pregunta pues, cuántos grados distan Pedro y María, hija de su hermano Juan, responderemos que dos, porque de María á Juan se sube un grado, y de Juan á su padre que lo es tambien de Pedro, y por lo mismo comun tronco de los dos, se sube otro. Segun el Derecho civil distan tres grados, porque despues de haber subido al tronco, se ha de bajar hasta Pedro. La computacion civil se sigue en las sucesiones, y la canónica en los casamientos, *l.* 3. *l.* 4. *d. tit.* 6. *P.* 4.

15 Del parentesco es una especie de imágen la cuñadez, á la que solemos llamar afinidad, de la palabra latina *affinitas*, y es *Alleganza de personas que viene del ayuntamiento del varon y de la mujer, l.* 5. *d. tit.* 6. Nace del ayuntamiento carnal del varon y la mujer, sea ó no lícito. Por él, los parientes del varon se hacen cuñados de la mujer, y los parientes de la mujer, cuñados del marido, en aquel grado en que son parientes, *d. l.* 5. Tambien produce impedimento para el matrimonio. Y asimismo le produce la cognacion civil que nace de la adopcion, en los términos que esplica la *l.* 7. *tit.* 7. *P.* 4., la que llaman espiritual, que nace del bautismo y de la confirmacion; y el matrimonio rato, y los esponsales válidos. Aunque *d. l.* 5. llama cuñados de la mujer á todos los parientes ó cognados del marido, y al contrario; con todo por el uso comun de hablar, solo llamamos cuñados de la mujer á los hermanos del marido, y de este á los hermanos de la mujer: y si dos hermanos se casan con dos hermanas, los decimos concuñados.

16 En España reconociendo y respetando como á sacramento el matrimonio, seguimos las reglas de la Iglesia en lo que pertenece á su valor; y segun ellas decimos, que es impedimento para que sea válido, el parentesco natural ó consanguinidad siempre sin limitacion de grados, si es en la línea recta; y por eso suele decirse, que si Adan viviese viudo, no se podria casar con ninguna mujer, por ser todas descendientes suyas. En la trasversal se estiende hasta el cuarto grado inclusive, como suele decirse: lo que tambien sucede en la afinidad, si nace de ayuntamiento lícito; pero si de ilícito, solo llega al segundo. El matrimonio rato y no consumado, y los esponsales válidos, producen el impedimento llamado de pública honestidad, que en aquel llega al cuarto grado, y en estos solo al primero. Y últimamente por la cognacion espiritual hay impedimento entre el bautizante y padrino por una parte, y el bautizado y sus padres por otra; y lo mismo sucede en la Confirmacion. Véase el Concilio Tridentino, *ses.* 24. *de reform. matr. cap.* 2. *y siguientes.*

17 Es tambien impedimento de esta clase, ó dirimente, la condicion que se ponga contra la naturaleza ó fin del matrimonio, *l.* 5. *tít.* 4. *P.* 4. que pone los ejemplos. Las otras condiciones torpes que no son de esta naturaleza, y las imposibles de hecho, se tienen por no puestas, y no vician el matrimonio, *l.* 6. *d. tít.* 4. Lo es asimismo el voto solemne de castidad, esto es, el que hacen los religiosos profesando, y los clérigos ordenándose de epístola, *l.* 11. *l.* 16. *tít.* 2. *P.* 4. Y el delito de homicidio del cónyuge, ó adulterio, en los términos que lo esplican los teólogos, y se espresan en la *ley* 19. *d. tít.* 2. Y tambien lo es la disparidad del culto, esto es, si el uno fuese católico y el otro infiel, *l.* 15. *d. tít.* 2. *P.* 4. Y lo son tambien el rapto y la impotencia de procrear, *ll.* 14. *y* 16. *d. tít.* 2. y la clandestinidad en el modo de celebrar los matrimonios, por establecimiento del Concilio de Trento en la *ses.* 24. *de reform. matr. cap.* 1. en donde declaró nulos los que llamamos clandestinos, esto es, los que se contraen sin la asistencia del propio párroco, ú otro sacerdote con su licencia, ó del ordinario, y dos ó tres testigos. Y ademas en nuestra España, todos los bienes de los que faltando á esta regla contraen matrimonio clandestino, y los que intervienen en él, se confiscan, y á todos se impone la pena de destierro de estos reinos; y es causa de desheredacion, como todo lo establece la *ley* 5. *tít.* 2. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* [Por *decreto de las Cortes de* 25 *de febrero de* 1823, *restablecido en* 7 *de enero de* 1837, se mandaron observar los capítulos 1° y 7° de la sesion 24 del Concilio Tridentino, debiendo en su consecuencia los párrocos proceder á la celebracion de los matrimonios sin licencia del ordinario, cuando sean entre feligreses propios ó domiciliados en sus mismas diócesis, comprendidos los soldados licenciados, que presenten la competente certificacion de libertad, espedida por su respectivo párroco castrense, y autorizada por los jefes de su cuerpo; y exigiendo precisamente dicha licencia, cuando los contrayentes sean estranjeros, vagos, de ajena diócesis, ó intervenga circunstancia especial, en la que, con arreglo á Derecho, se necesite la intervencion del ordinario. Y por *órden de la Regencia provisional de* 10 *de marzo de* 1841 se resolvió, que no es necesaria la intervencion de los notarios en las diligencias para la celebracion del matrimonio, cuando no se trate de algunas que deban practicarse ante un juez en el ejercicio de la jurisdiccion contenciosa ó voluntaria. La confiscacion de bienes, con que se castigaba el matrimonio clandestino, no puede hoy imponerse segun el art. 10 de la *Constitucion* de 1837.]

18 A esto se reduce lo que hemos tenido por oportuno notar aquí en cuanto á la constitucion del matrimonio y su valor. Hablemos ahora de paso de su disolucion ó divorcio, llamado por las leyes de las Partidas *departimiento*, y no es otra cosa que separacion entre el marido y la mujer. Esta puede ser en cuanto al vínculo matrimonial, ó solamente en cuanto á la cohabitacion, que en latin dicen *quoad thorum*. El matrimonio consumado se disuelve por la muerte de uno de los dos cónyuges, *l.* 2. *l.* 5. *tít.* 10. *P.* 4.; pero si solo es rato y no consumado, se disuelve tambien por la profesion religiosa de cualquiera de los dos, *l.* 5. *tít.* 10. *P.* 4. El divorcio ó separacion, en cuanto á la cohabitacion de los casados, tiene lugar por la sevicia ó trato cruel de uno contra el otro, y otras causas.

19 Pasemos ahora á los efectos civiles del matrimonio, cuyo conocimiento es peculiar y privativo de los jueces seculares; y habiendo dicho ántes ser uno de ellos el poder

que tienen los padres sobre sus hijos, decimos ahora ser el mas famoso en España la adquisicion para ambos cónyuges por mitad de lo que ganare cada uno de ellos durante el matrimonio : la que no conocieron las leyes romanas. Este asunto ocupa todo *el título 4. del lib. 10. de la Nov. Rec.* que tiene once leyes, cuyas doctrinas, y lo que contemplemos deberse decir sobre ellas, vamos á notar. Ante todas las cosas debe tenerse presente, que los bienes que han marido y mujer, son de ambos por medio, salvo los que probare cada uno que son suyos apartadamente, como espresamente lo dice la *ley 4. de d. tít. 4.*, aprobando la costumbre que ántes habia de hacerse así. Se presumen pues comunes, si no se probare lo contrario. Y por ello, para obviar dificultades y perjuicios aconsejan Gómez en la *ley 53. de Toro, n. 70.* y otros autores, que al tiempo de contraerse el matrimonio se otorgue pública escritura, por la que conste, qué bienes tenia entónces cada uno de los contrayentes.

20 Como la comunion de bienes entre los cónyuges nace del matrimonio, y dura miéntras este por beneficio de la ley, debe decirse, que el matrimonio incluye una sociedad legal entre ellos, algo diferente de las demas sociedades regulares, como veremos. La *l. 1. de d. tit. 4.* parece exigir para que exista esta sociedad la cohabitacion de los cónyuges, por aquellas palabras *estando de consuno*, ó como dice *la ley 205. del Estilo*, hablando del marido, *estando en uno con su mujer*. Y si esto fuese así, deberia decirse que cesaba esta sociedad y comunion de bienes, por la larga separacion de los cónyuges, como por ejemplo, si el marido partia á la América, y se detenia allí algun tiempo para comerciar. Pero lo contrario sientan nuestros autores Azevedo, Matienzo y García, fundados en que la *ley 5. del mismo tít. 4.* declarando las *leyes del Fuero y del Estilo*, dice, *durante el matrimonio :* cuyas palabras puestas en declaracion de las arriba citadas, hacen ver, que estas no deben tomarse con estrechez, sí que solo significan, que debe permanecer entre los cónyuges la union que abrazaron por el matrimonio. Y en el caso de que por divorcio viviesen separados los cónyuges, juzgan los mismos autores, que aquel que dió causa al divorcio libra al otro de sí; pero no se libra él del otro, como sucede en la calidad

ó maliciosa renunciacion de la sociedad establecida por contrato. Y hay tambien dos casos en que durante el matrimonio cesa esta sociedad, cuales son, si la mujer hubiere renunciado á ella, *l. 9. d. tít. 4.*, y si los bienes de uno de los cónyuges hubiesen sido confiscados, *l. 10. del mismo tít. 4.*, en el cual dura la sociedad hasta la sentencia declaratoria de la confiscacion, quedando al cónyuge inocente entera la mitad de los bienes ganados hasta entónces. Y pierde tambien su mitad á beneficio de los herederos de su marido, la mujer que siendo viuda viviere lujuriosamente, *l. 5. d. tit. 4.*

21 Piensan por lo comun nuestros intérpretes que en el caso de que muerto un cónyuge, continúen sus herederos en vivir en comunion de bienes con el supérstite, se entiende tácitamente continuada esta sociedad. Pero siempre nos ha parecido mejor la contraria opinion de Matienzo, por ser muy sólidas las razones en que se funda. I. Que disuelto el matrimonio, cesa la razon que la introdujo. II. Que siendo esta sociedad especial, que se desvía algo de las demas sociedades regulares, es de estrecha interpretacion, y no debe ampliarse. III. Que no viniendo esta sociedad de la convencion ó voluntad de las partes, como las otras, sino de la sola ley, es arriesgado estenderla presumiéndola renovada á pretesto de un tácito consentimiento. Creemos pues, que en el caso de la cuestion no debe entenderse renovada ó continuada esta sociedad, sino contraida otra nueva de los bienes que ganaren los contrayentes, bastante diferente de esta, como veremos tratando del contrato de sociedad : la cual puede contraerse tácitamente, como allí diremos.

22 No son objetos de esta sociedad los bienes que tenian los cónyuges ántes de contraer el matrimonio; pues quedan privativamente propios de aquel de quien eran ántes, *l. 3. d. tít. 4.* Ni tampoco las herencias ni donaciones que se hicieren al marido ó á la mujer, que solo las gana para sí aquel á quien se dejaren ó dieren, *l. 5. d. tít. 4.* Ni los bienes castrenses y oficios reales, si no es que fueren ganados á costa comunal de ambos, *d. l. 5. lib. 2. d. tít. 4.* Y lo mismo decimos de las donaciones remuneratorias, esto es, que las adquiere solo el donatario, si se le hicieron en contemplacion de servicios propios suyos; y que entra en

la compañía, si fueron hechas por servicios de los dos, como lo prueba Gutiér. *pract. quæst.* 119. García *de conjug. ac quæst. n.* 125. quiere que indistintamente pertenezcan á la sociedad; y al contrario que nunca, Matienzo *en d. l.* 2. *glos.* 6., cuya opinion se podrá seguir en caso de duda, porque sobre ser bastante conforme á la ley, es espedita.

23 Pertenecen pues solamente á esta sociedad aquellos bienes que cualquiera de los cónyuges ha comprado, ó ganado por otro título con su trabajo ó industria, *l.* 1. *d. tít.* 4., y los frutos y rentas de los bienes y oficios de cada uno de ellos, aunque provengan de bienes de uno solo; y de consiguiente si al marido le dejan una herencia, será esta de él solo; pero los frutos que ella produjere, de los dos, *d. l.* 3. *y* 5. *d. tít.* 4.; de cuyas leyes infiere Gutiérrez, Azevedo y otros, que los estipendios y salarios, que gana el marido, juez, abogado ó médico, son comunes entre marido y mujer, por ser frutos civiles de estos oficios, y segun *d. l.* 5. pertenecen á esta sociedad los frutos y rentas de cualesquiera oficios. Y adviértase, que no solo entran en esta sociedad los frutos percibidos, sino tambien los pendientes. En los árboles y viñas es menester que aparezcan; pero en cuanto á sembrados entran hasta las impensas hechas en barbechar para sembrar, como lo dispone la *ley* 10. *tít.* 4. *lib.* 3. *del Fuero real*, recibida en la práctica, segun Matienzo en la *d. l.* 3. *glos.* 1. y Gómez en la 53. *de Toro n.* 71. Y asimismo pertenecerán á esta sociedad y serán de ambos los aumentos ó mejoras de los bienes de cualquiera de ellos, que provengan de su industria ó trabajo; pero no aquellos que hayan venido sin trabajo, por solo el beneficio del tiempo, porque estos siguen en un todo la naturaleza de los mismos bienes de que son aumentos; y lo mismo sucederá en cualquier aumento natural, como si al campo del marido se le hubiese añadido algo por aluvion. Y segun esta doctrina, que admiten como cierta nuestro autores Covarrúbias, Gómez, Matienzo, el aumento que tuvo en el año 1779, *que es la ley* 18. *tít.* 17. *lib.* 9. *de la Nov. Rec.* la moneda de oro fué del dueño de ella tan solamente. Si el marido hubiese mejorado una casa ó campo suyo, plantado viñas ó árboles, no tendrá la mujer derecho á porcion alguna del campo, ni á la mitad de lo que mas vale

el campo, sino solo á la mitad de lo que se gastó en mejorarle, como lo prueba bien Febrero en sus *Cinco juicios*, *lib.* 1. *c.* 4. §. 3. *n.* 74. Y por lo mismo será tambien todo el campo de la mujer, si fuere suyo. Ni tampoco tiene derecho á las mejoras hechas en las cosas de mayorazgos, porque todas ceden al mismo mayorazgo, como veremos en el *lib.* 2. *tít.* 6. *n.* 33. Si uno de los cónyuges adquiriere alguna cosa por derecho de retracto, será de él solo, porque solo en él concurren los requisitos de retracto; pero tendrá el otro derecho á la mitad del precio que costó. Molin. *de just. et jur. disp.* 433. Góm. en la *ley* 70. *de Toro*, *n.* 28. Será asimismo de solo el cónyuge permutante la cosa que adquirió dando en permuta otra suya, porque aquella subrogada en lugar de esta, se juzgará una misma con ella. Solo tendrá el otro derecho á la mitad de las vueltas, si las dió el permutante; porque en cuanto á ellas hubo adquisicion. Si se comprare alguna cosa con dinero que era de uno solo de los cónyuges, será comun, con derecho en el comprador de sacar del cúmulo de gananciales para sí, el precio que dió por ella, *l.* 11. *tít.* 4. *lib.* 3. *del Fuero real.* Molin. en *d. l. disp.* 433. Gutiér. *lib.* 2. *pract. quæst.* 117. Matienzo en la *ley* 1. *tít.* 4. *lib.* 1. *de la Nov. Rec. glos.* 2.

24 El dominio de los bienes adquiridos durante el matrimonio, á los que solemos llamar *gananciales*, es comun por mitad del marido y la mujer, *l.* 1. *y* 4. *d. tít.* 4., sin atenderse á que uno haya llevado al matrimonio mas caudal que el otro, *l.* 3. *d. tít.* 4. Y prueba latamente Matienzo que esta comunion de bienes se entiende en cuanto al dominio y á la posesion. Pero advierten Covarrúbias y Azevedo, que el dominio y posesion en cuanto á la mujer son *in habitu*, y no *in actu*, como suele decirse, pasando al acto por la disolucion del matrimonio, y que solo el marido le tiene durante este *in actu;* y de ahí viene que solo él puede enajenar estos bienes miéntras durare el matrimonio, sin el consentimiento de la mujer, valiendo la enajenacion, si no es que se probare haberla hecho con ánimo de defraudar ó perjudicar á la mujer, *d. l.* 5. *tít.* 4. Y por cuanto *esta ley*, para que no valga la enajenacion, exige espresamente este mal ánimo, allí: *Por defraudar ó damnificar á la mujer*, convienen casi todos nuestros intér-

pretes, ser válidas las enajenaciones que sin este ánimo hiciese el marido, jugando ó viviendo viciosamente, Gómez, Gutiérrez, García *de conjug. acq. n.* 66. en donde responde á los argumentos de Ayora, que pensó de otra manera; y se sueltan bien con lo que acabamos de decir. Y si bajo la potestad de enajenar que compete al marido, se comprende la de dar, lo disputan nuestros autores, afirmándolo Antonio Gómez con otros, y negándolo otros con Matienzo. En cuya cuestion nos parece bien la sentencia media, que defienden Molina *de Hispan. primog. lib.* 2. *cap.* 10. y Gutiérrez *lib.* 2. *pract. quæst.* 121., de que puede el marido hacer donaciones moderadas; mas no copiosas, y sin causa, que disipan el patrimonio.

25 Esta potestad de enajenar que concede la ley al marido está limitada á las enajenaciones entre vivos, como rectamente advierte Azevedo, fundado en las palabras de la misma *ley* 5. allí: *Que los pueda enajenar el marido durante el matrimonio;* y mas abajo: *y que el contrato de enajenamiento vala.* No puede mas el marido disponer en su testamento de la mitad de los bienes gananciales que pertenecen á la mujer; sí que por lo contrario disuelto el matrimonio por la muerte del marido, conseguirá esta la libre administracion de dicha mitad, pudiendo disponer de ella de la misma suerte que de sus demas bienes libres, sin obligacion de reservar en su razon cosa alguna, ni en la propiedad, ni en el usufructo, para los hijos que tuviere de otro matrimonio que hubiese contraido ántes, como espresamente lo establece la *ley* 6. *de d. tít.* 4.; y en su consecuencia, si el marido legare algo á su mujer, esta tendrá el legado, sin diminucion de la mitad, *l.* 8. *d. tít.* 4.

26 Puede la mujer renunciar el derecho que tiene á la mitad de los gananciales; y si lo hiciere, no es obligada á pagar parte alguna de las deudas que el marido hubiere hecho durante el matrimonio, *l.* 9. *d. tít.* 4. Que pueda hacer esta renuncia ántes y despues del matrimonio, ninguno lo dificulta; pero con respecto al tiempo en que este consta, hay diversidad de opiniones. La mas comun, que defienden el Sr. Covar. *de matrim. par.* 2. *cap.* 7. *n.* 14. Ant. Góm. en la *ley* 60. *de Toro* (*d. l.* 9.) Gutiér. *lib.* 2. *pract. quæst.* 126. Matienzo y otros muchos, es que tambien puede hacerla entónces, porque ademas de hablar la

ley generalmente, usa de las palabras: *marido, mujer*, que propiamente se dicen constando el matrimonio, como advirtió Azevedo en *d. l.* 9. y satisfacen lo que siguiendo la contraria, dicen Greg. Lóp. en la *glos.* 3. *de la l.* 3. *tít.* 11. *P.* 4. y Molin. *de just. et jur. disp.* 435. que las donaciones entre marido y mujer están prohibidas, diciendo no estarlo aquellas en que el donante no se hace mas pobre, aunque el donatario que aquí es el marido, se haga mas rico, como lo espresa *d. l. tít.* 11. Y porque el dominio que adquiere la mujer, no es irrevocable, sino revocable dependiente de la enajenacion que puede hacer el marido, y por ello el renunciarlo es mas no adquirir que dar, como prueba Góm. en *d. l.* 60., inclinamos algo mas á esta opinion afirmativa; pero debemos confesar ser de tanto peso las otras razones de la contraria, que casi pueden considerarse las dos por igualmente probables, y juzgamos que cuando ocurra el caso, debe decidirlo el juez por la negativa, si hallare por el exámen del hecho, que para otorgar la renuncia hubo seduccion, amenazas ó cualquiera otro engaño de parte del marido; y por la afirmativa, si nada de esto hallare, ó en caso de duda.

27 En toda sociedad, para liquidar las ganancias, se sacan primero las cargas; y de consiguiente siéndolo de esta conyugal la de dar dote á las hijas, y hacer donaciones *propter nuptias* á los hijos, como que nace del mismo matrimonio; de ahí viene que las dotes y donaciones deben sacarse de los gananciales. Y esto tiene lugar no tan solamente cuando ambos cónyuges prometieren dotar ó hacer estas donaciones, sino tambien cuando el marido solo. Si los bienes gananciales no bastaren, pagará cada cónyuge por mitad de sus bienes propios lo que faltare, si prometieron los dos; pero solo el marido, si él solo hubiese hecho la promesa, *l.* 4. *tít.* 3. *lib.* 10 *de la Nov. Rec.* Cuya sentencia *de esta ley* la estienden nuestros intérpretes al caso, en que muerto el un cónyuge, lo prometiese el supérstite: y con razon, porque estas dotes y donaciones siempre son carga de esta sociedad, que disminuyen sus ganancias. Azevedo, Matienzo, Covarrúbias. Gómez en la *ley* 53. *de Toro* siente lo contrario con razones que se sueltan bien por lo que acabamos de decir.

28 Otros efectos civiles del matrimonio á beneficio de

los maridos, relativos á sus mujeres, se hallan establecidos en varias leyes del *tít.* 1. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* y en la 7. *tít.* 2. *lib.* 10. *Nov. Rec.* cuales son: I. Que ninguna mujer pueda sin licencia de su marido, miéntras durare el matrimonio, repudiar ninguna herencia que le viniese por testamento ó abintestato, ni aceptarla sino á beneficio de inventario, *l.* 10. *tít.* 20. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* (54. *de Toro*). II. Que tampoco puede celebrar contrato alguno, ni apartarse de los contraidos, ni dar por libre á nadie de él: ni hacer cuasi contratos: ni estar en juicio haciendo ó defendiendo; y si estuviere por sí, ó por su procurador, que nada valga de lo que hiciere, *l.* 11. *tít.* 1. *lib.* 10. *Nov. Rec.* (55. *de Toro*). III. Que el marido pueda dar licencia general á su mujer para contraer, y para hacer todo aquello que no podia hacer sin su licencia; y que si el marido se la diere, valga todo lo que su mujer hiciere por virtud de la dicha licencia, *l.* 12. *d. tít.* 1. (56. *de Toro*). IV. Que el marido pueda ratificar lo que su mujer hubiere hecho sin su licencia, ahora sea la ratificacion general ó especial, *l.* 14. *d. tít.* 1. (58. *de Toro*). Y adviértase en complemento de este asunto, que el juez con conocimiento de causa legítima ó necesaria, puede compeler al marido que dé licencia á su mujer para todo aquello que ella no podria hacer sin licencia de su marido; y si compelido no se la diere, el juez se la puede dar, *l.* 13. *d. tít.* 1. (57. *de Toro*). Y que asimismo la puede dar con conocimiento de causa, en el caso de estar el marido ausente, y no esperarse de próximo su venida, ó correr peligro en la tardanza, valiendo todo lo hecho de licencia del juez, como si el marido la hubiera dado, *l.* 15. *d. tít.* 1. (59. *de Toro*). V. Que el marido en entrando en los 18 años pueda administrar su hacienda y la de su mujer si fuere menor de edad, *l.* 7. *tít.* 2. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.*

29 En vista de esta *l.* 14. establecida en el año 1625, han suscitado los intérpretes las siguientes cuestiones. I. Si los casados de 18 años conservarán hasta cumplir los 25 el beneficio de la restitucion *in integrum*, en el caso de haber padecido daño por su administracion. II. Si hasta dicho tiempo gozarán del privilegio de tener caso de corte. III. Si podrán intervenir en juicio por sí mismos, sin que intervenga por ellos curador *ad litem*. IV. Si podrán enajenar sus bienes raíces, sin decreto del juez. En las cuatro nos parece muy bien la sentencia de Vela, que en su *disert.* 5. resuelve afirmativamente las dos primeras, y negativamente las otras dos. Se funda principalmente en una razon sólida general, estensiva á las cuatro, á saber, que por haberse establecido *esta ley* para favorecer á los casados, debe interpretarse en utilidad suya en todos los casos de duda. Y quedará al mismo tiempo libre el casado que entró en los 18 años, de su curador que tuviese ántes, como lo prueba bien el mismo en *d. disert.* 5. *n.* 2. y en la 6. *n.* 43. manifestando cuán útil le es. [La segunda de estas cuestiones es ociosa, porque hoy no puede tener lugar el caso de corte, segun el *art.* 36 *del Reglamento prov. para la admin. de just. de* 26 *de setiembre de* 1835.]

30 Esta misma *ley* 7. que concede la facultad de que acabamos de hablar, hace tambien otras concesiones espresando hacerlas todas para facilitar la frecuencia del matrimonio, del cual deben considerarse frutos, y por ello las anotaremos aquí. Son: I. Que los cuatro años siguientes al dia en que uno se casare, sea libre de todas las cargas y oficios concejiles, cobranzas, huéspedes, soldados y otros. II. Que los dos primeros años de estos cuatro, sean libres de todos los pechos reales y concejiles, y de la moneda forera (si acertare á caer en ellos). Cornejo en su *Diccionario histórico y forense del Derecho real de España* esplica lo que es moneda forera, y añade haberse estinguido este tributo en el año 1624, y Retes en el *lib.* 7. *cap.* 4. *de sus opúsculos*, esplana latamente *dicha ley* 7. Hay tambien en esta otros privilegios concedidos por razon de tener alguno muchos hijos; pero de estos nos parece mas oportuno tratar cuando hablemos de las escusas de la tutela y curaduría.

31 Y es tambien efecto civil del matrimonio, el que pueda ser desheredado el que lo contrae contra la prohibicion de la famosa pragmática del año 1776, de que hemos hablado arriba *nn.* 3 y 4.

TÍTULO V.

DE LAS DOTES, DONACIONES, ARRAS Y OTRAS DONACIONES ENTRE MARIDO Y MUJER.

Tít. 11. P. 4. Tít. 3. lib. 10. de la Nov. Rec. (1).

1. *Qué sea dote, y cuándo puede constituirse.*
2. *Division de la dote en adventicia y profecticia.*
3. 4. *y* 5. *Division de la dote en estimada é inestimada.*
6. *Cuándo se dan en dote ganados, ó cosas que constan de peso, número y medida.*
7. 8. *y* 9. *Division de la dote en necesaria y voluntaria.*
10. *Cantidad y tasa de las dotes.*
11. *De los frutos de las dotes.*
12. *Cuándo puede enajenarse la dote.*
13. *y* 14. *Cuándo puede restituirse la dote.*
15. *De los bienes estradotales ó parafernales.*
16. *y siguientes. De las otras donaciones entre marido y mujer, ó entre esposos.*

1 Como apénas hay matrimonios sin dote, y son tambien muy frecuentes en ellos las donaciones y arras, el tratar de esto debe considerarse como apéndice del tratado del matrimonio; y por ello nos ha parecido conveniente hablar aquí de este asunto. Dote es *El algo que da la mujer al marido por razon del casamiento*, *l.* 1. *tit.* 11. *P.* 4. esto es, donacion, ó á manera de donacion que la mujer ú otro por ella da al marido para ayuda de sostener las cargas del matrimonio, y se reputa propio patrimonio de la mujer; y tanto ántes de contraerse el matrimonio como despues de contraido, puede constituirse y aumentarse, *d. l.* 1.

2 Se divide en primer lugar la dote en adventicia y profecticia. Es adventicia *La que da la mujer por sí misma de lo suyo á su marido, ó la que da por ella su madre, ó algun otro su pariente que no sea de la línea derecha, ó algun estraño.* Profecticia se llama *La que sale de los*

(1) Tít. 3 et seqq. lib. 23. et tit. 1 et seqq. lib. 24. Digest.

bienes del padre, ó del abuelo, ó de los otros, que suben por la línea derecha. Así las esplica la *ley* 2. *de d. tit.* 11. Y adviértase con Gregorio López, que en la definicion de la profecticia, por línea derecha, se entiende la varonil ó paterna, como en el Derecho romano lo esplicó la glosa, comentando la *ley* 5. *de jure dotium*, que habló en los mismos términos. Ahora que por el matrimonio salen los hijos de la patria potestad, el efecto de esta division, solo es que cuando el padre dió la dote, la lleva la hija á colacion en la division de los bienes paternos; y si la madre, en la de los maternos. Si la da un tercero ó la constituye la misma mujer, se hace por la restitucion propia de ella; sin respeto ni limitacion alguna, si no es que dándola alguno que no fuese su padre ó madre, pusiese algun pacto de reversion, que deberia guardarse, *l.* 30. *d. tit.* 11. *al fin.*

3 En segundo lugar se divide la dote en apreciada ó estimada, y no apreciada ó inestimada. Estimada será, si el que la da, dijese: doy en dote tal casa, ó tal viña, y la aprecio en cien pesos; é inestimada, si simplemente dijere: doy tal casa ó tal viña, *l.* 16. *d. tit.* 11. El modo ordinario de darse las dotes en el dia, es diciendo: doy en dote mil pesos en los bienes siguientes; en tal pieza de ropa justipreciada en 50 pesos, en tal en 40, en tal casa en 500, y tal campo en 410; y cuando así se hace, no hay duda que es estimada, porque lo que se da, es la cantidad, y el señalamiento de bienes pertenece solo al cumplimiento ó ejecucion de lo que se da. A las veces se espresa precio, y sin embargo la dote no es estimada, como luego veremos.

4 El dominio de las cosas dotales pasa al marido, sin distincion de ser la dote estimada ó inestimada, *l.* 7. *d. tit.* 11. Pero llegado el caso de haberse de restituir por la disolucion del matrimonio, ó alguna otra causa, la hay muy grande. Porque si fué inestimada, se deben restituir las mismas cosas que se dieron, y el pro ó daño de haberse mejorado ó empeorado pertenece á la mujer; cuando por lo contrario es del marido, si hubiese sido estimada, *l.* 18. *d. tit.* 11. El Derecho de los romanos, que estableció lo mismo, señaló la razon en este segundo caso en la *ley* 10. §. 4. *y sig. de jur. dot.* de que en él hay verdadera venditio; es decir, que la mujer vende al marido las cosas que da en dote; y de consiguiente el marido solo es deu-

dor del precio ó estimacion que se da á las cosas, y por lo mismo le pertenece el aumento, diminucion ó estincion de ellas. Esta razon la aprueban y siguen nuestros intérpretes; y por cuanto alguna vez se da á las cosas dotales estimacion, sin ánimo de que resulte vendicion, sí solo con el fin de que conste de su valor, para saberse cuánto debe restituir el marido; si debiendo restituirlas en especie, no puede hacerlo por culpa suya, lo examina latamente el señor Covarrúbias en el *cap.* 28. *de sus cuestiones prácticas;* distinguiendo en muchos casos, cuándo la estimacion hace ó no hace vendicion; y cuando no la hace, se reputa la dote inestimada y se sigue en su restitucion la regla de las inestimadas, que acabamos de sentar, de que deben restituirse las mismas cosas; y han de abonarse al marido las impensas que en ellas hubiese hecho, en cuanto las mejora, haciéndolas de mayor renta; pero no las voluntarias que no sirvieron de mejorarlas, *l.* 32. *d. tít.* 11. *P.* 4. Pero si en el matrimonio hubiere ganancias, deberán gobernarse las ganancias ó mejoras que proceden de las impensas que hizo el marido, por lo que dijimos en el *título antecedente*, *n.* 22.

5 Sucede algunas veces que estimándose las cosas dotales en la constitucion del dote, se pacta deberse restituir, ó las cosas mismas, ó su estimacion. Si así se hiciere, añadiéndose que el derecho de escoger fuese de la mujer, seria suyo, perteneciéndole las mejoras ó detrimento de las cosas, si las escogia; y lo mismo debe decirse, si al marido se le hubiese dado la eleccion, y escogiere restituir las cosas, *l.* 18. *l.* 19. *d. tít.* 11.: lo que tambien se debe guardar, si establecida la alternativa, á ninguno de los cónyuges se dió la facultad de escoger; porque entónces tambien seria del marido el derecho de escoger, como advierte Gregor. Lóp. en la *glos.* 7. *de la l.* 18., porque la eleccion es del deudor, que lo es aquí el marido (1). Pero si siendo la eleccion de la mujer, escogiese la estimacion, ó siendo del marido, no quisiere dar las cosas, es claro, y lo comprueba el contesto de estas *dos leyes,* que el pro ó el daño seria de este: de suerte que en todos los casos el daño ó pro de las cosas dotales es de aquel cónyuge en quien paran por eleccion suya, ó del otro. Y adviértase como cosa

(1) L. 10. § ult. de jur. dot.

singular en el particular de estimacion de dotes, que si se sintiere engañado alguno de los cónyuges por haber sido mas alta ó baja de lo que correspondia, puede siempre pedir que se le resarza el perjuicio, y deshaga el engaño, sea cual fuere, cuando en las ventas regulares solo compete este beneficio siendo el engaño en mas de la mitad del justo precio, *l.* 16. *del tít.* 11. (1).

6 Si se hubieren dado en dote ganados no apreciados, el pro ó daño acaecido en ellos seria de la mujer, por lo que hemos dicho arriba *n.* 4. Pero se debe advertir, que si muriesen algunas reses, ha de restituir el marido otras tantas en lugar de ellas, nacidas de las que le dieron, *l.* 21. *d. tít.* 11. Si lo dado fuese cosa que consta de peso, número ó medida, esto es, que de esta manera está en el comercio y uso de los hombres, debe el marido restituir otro igual tanto de la misma calidad, *d. l.* 21. (2).

7 Se divide en tercer lugar la dote en necesaria y voluntaria. Necesaria es la que da el padre, y el abuelo y bisabuelo paterno en su caso y lugar, como luego veremos, *l.* 8. *d. tít.* 11. y cualquier otro, que por haberla prometido, *l.* 10. *d. tít.* 11. puede ser apremiado á darla. Voluntaria es la que da la madre, ú otro por su voluntad, *d. l.* 8. Es necesaria la que da el padre, porque si no quisiere darla á la hija que tiene en su poder, puede ser apremiado á que la dé, aun en el caso que la hija no fuese pobre, segun lo espresa la misma *ley* 8. Y si se objetara que el padre no tiene obligacion de dar alimentos á la hija rica, responderíamos no valer la paridad de alimentos á dote, porque aquellos solo se dan para poder subsistir el que los recibe; pero la dote se da para que la hija pueda encontrar con mas facilidad buen marido, y contribuir al alimento y crianza de sus hijos.

8 Y tambien pueden ser apremiados el abuelo y el bisabuelo paterno á favor de la nieta ó biznieta que tuvieren en su poder, si fuese pobre. Así lo dispuso la *citada ley* 8. *de d. tít.* 11. *P.* 4. en tiempo en que los hijos no salian, por casarse, de la patria potestad, y por ello se veia con frecuencia estar los nietos en la potestad de los abuelos, en los mismos términos en que lo prevenian las leyes romanas.

(1) L. 6. § ult. l. 22. § 1. eod. (2) L. 42. de jur. dot.

Pero como salen en el dia, segun dijimos arriba, por Derecho mas reciente establecido en la *ley* 3. *tit.* 5. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.*, juzga con razon Gregor. Lóp. en la *glosa* 4. *de d. l.* 8. *tit.* 11. *P.* 4. que tendrá hoy lugar la obligacion de dotar en los padres y abuelos paternos sin el requisito de la patria potestad. Y del mismo dictámen es el señor Covarrúbias, puesto que en la *part.* 2. *de matrim. cap.* 8. § 6. *n.* 15. defiende estar obligado el padre á dotar á la hija natural, y aun á la espuria, bien que sin esceder los límites de lo que le puede dejar; y en estas es bien seguro no tener patria potestad. Creemos que el haberse hecho mencion de la tal potestad en *d. l.* 8. *tit.* 11. *P.* 4. fué porque entónces era regular concurrir esta circunstancia; pues si bien se considera, es mas natural que civil la causa de esta obligacion en el padre, como reconocen todos los autores, y abiertamente Covarrúbias en el *lugar citado.*

9 Dijimos en el *n.* 7. ser voluntaria la dote que la madre da á su hija, porque lo hace por su voluntad sin poder ser apremiada á ello, como se dice en las *leyes* 8. *y* 9. *d. tit.* 11. *P.* 4. Solo un caso se pone en esta *ley* 9. en que está obligada á darla, y es cuando es hereja, judía ó mora, y la hija cristiana católica. Otro señalan algunos autores, cuando la madre es rica y el padre pobre, ó no se sabe quién es el padre. Así lo dictan la equidad y pública utilidad; mas no hemos podido hallar ley que lo apoye. Pero observamos, que *d. l.* 9. manda espresamente, que cualquier hombre que tenga en su poder ó guarda alguna manceba, con todo lo suyo, que fuese ya en edad para casar, puede ser apremiado á que la case, y que le establezca dote segun fuese la riqueza de ella, y la nobleza de aquel con quien la casa.

10 La cantidad de la dote debe regularse por la de los bienes ó riqueza del padre; y así esta tasada en las *leyes* 5. *y* 6. *tit.* 2. *y* 28. *lib.* 10. *y* 12. *de la Nov. Rec.* Y hay ademas otra tasa en *dicha ley* 5., y es que ninguno pueda dar ni prometer por via de dote ni casamiento de hija, tercio ni quinto de sus bienes, ni se entienda ser mejorada tácita ni espresamente por ninguna manera de contrato entre vivos.

11 El efecto de la dote entregada, es como dijimos arriba *n.* 4., que pase su dominio al marido, efectuado el matrimonio, y en su consecuencia le pertenecen todos sus frutos,

haya sido ó no estimada la dote, *l.* 25. *d. tit.* 11. *P.* 4. Pero los que percibiere ántes de efectuarse el matrimonio, son aumento de la dote, y de consiguiente los debe restituir, cuando restituya la dote, como parte que son de ella. Y es clara la razon de la diferencia, de sostener el marido las cargas del matrimonio, contraido este, y no ántes, cesando por ello en este caso la causa por que se le dan, *l.* 18. *l.* 28. *d. tit.* 11. (1). Le pertenecen tambien por la misma razon las crias de los ganados, como fruto que son de ellos; bien que con la obligacion que notamos *arriba n.* 6. Y los frutos del año en que se disuelve ó separa el matrimonio, se deben partir prorata entre marido y mujer ó sus herederos, esto es, son del marido por el tiempo en que duró unido el matrimonio, y por razon del restante tiempo del año, de la mujer, sin respeto alguno de que estén ó no percibidos, *l.* 26. *d. tit.* 11. (2). Y adviértase, que esta doctrina que acabamos de sentar sobre pertenencia de frutos percibidos, constante el matrimonio, debe entenderse sin perjuicio de lo que dijimos sobre bienes gananciales en el *título antecedente, n.* 21.

12 Puede el marido enajenar como quisiere la dote estimada; porque la hizo suya por título de compra con solo la obligacion de restituir el precio en que fué estimada. Y al contrario no puede enajenar la inestimada, por haberla de restituir en los mismos bienes que recibió, *l.* 7. *d. tit.* 11. Y si la mujer enajenase ú obligase estos bienes inestimados con licencia de su marido, (vimos en el título antecedente *n.* 27. no poderlo hacer de otra manera) está recibido por costumbre, que se rescindan estas enajenaciones y obligaciones, en cuanto consumen la mayor parte de la dote, para no quedar indotada en perjuicio de la pública utilidad. Y para computar si á la mujer le queda ó no salva la mitad de la dote, se ha de atender al tiempo en que se hacen las enajenaciones, como lo prueban Larrea *alegac.* 28. y Salgado en *su laberinto, part.* 2. *cap.* 4. en donde examina algunas cuestioncillas en este particular, como tambien Castro en sus *Discursos críticos sobre las leyes, lib.* 4. *disc.* 6. *ejemp.* 3. Pero no podemos dejar de acordar no observarse esta útil costumbre, cuando la mujer jura ser su voluntad

(1) L. 20. C. de jur. dot.
(2) L. 7. § 1. cum seq. solut. matrim. l. un. § 9. C. de rei uxor. act.

que valgan estas enajenaciones, como puede verse en Gutiér. *de juram. confirm. cap.* 1. y en Larrea *alegac.* 35. *n.* 26. Lo acordamos con dolor, porque siempre lo tendremos de que no se establezca una ley, que quite la fuerza que se da al juramento confirmatorio, en perjuicio de utilísimas y bien meditadas leyes y costumbres civiles.

13 Debe restituirse la dote, cuando se disuelve el matrimonio por muerte de cualquiera de los cónyuges, con la diferencia de haberse de restituir desde luego, si los bienes dotales fuesen raíces, y dentro de un año, si fuesen muebles, *l.* 31. *d. tít.* 11. *P.* 4. (1). Pero hay tres casos referidos en la *ley del mismo título*, en que cesa esta obligacion de restituir, á saber: I. Si los contrayentes hubiesen pactado entre sí, que muerto uno de ellos sin hijos, quedase del otro sobreviviente la dote ó donacion hecha por el marido á la mujer. II. Si la mujer cometiese adulterio. III. Si fuese costumbre usada de largo tiempo en algun lugar de ganar el marido la dote, si muriere la mujer. Y añade la misma ley quedarse en estos casos el marido con la dote, si no hubiese hijos de este matrimonio; y que si los hubiere, pertenecerá á ellos la propiedad, y á su padre ó madre que viviere, el usufructo. Y si la mujer muriese sin hijos, pero dejando padres, perteneceria á estos la dote, como herederos forzosos que son de ella. Y adviértase, que lo que dice esta ley de no haber en estos obligacion en el marido de restituir la dote, lo dice tambien de la donacion que hizo el marido á la mujer, que tampoco la obliga á la restitucion, con sola la diferencia de que en el caso segundo del adulterio, solo habla de cuando lo cometiere la mujer; pero Greg. Lóp. en la *glosa* 1. *de d. l.* 23. funda ser lo mismo si lo cometiere el marido.

14 Ademas del caso de la muerte de uno de los cónyuges, lo es tambien de restitucion de dote el de divorcio, *l.* 26. *l.* 31. *de d. tít.* 11. *P.* 4. porque en ambos cesa la razon de disfrutarla el marido para sostener las cargas del matrimonio, *l.* 7. *l.* 23. *de d. tít.* Y otro circunstanciado se propone en la *ley* 29. *del mismo título*: la cual establece, que si la mujer entendiere que su marido por su culpa viene á pobreza, y temiere que le malgastará su dote, puede

(1) L. un. C. de rei uxor. act.

pedir en juicio, que se la restituya, ó que dé fiador de que no la enajenará, ó que la ponga en depósito de persona que la cuide bien, y recoja los frutos para mantener á los mismos cónyuges. Y avisa y prueba Gregorio López en la *glosa* 4. *de d. l.* 29. que si fuese evidente ser el marido un dilapidador ó pródigo, ni aun dando fiador debia concedérsele la administracion de la dote. Pero si el marido teniendo buena conducta y cuidado en administrar la dote, viniere á pobreza por alguna ocasion, quiere la misma *ley* 29. que no pueda la mujer pedir la dote.

15 Tiene la mujer á las veces otros bienes ademas de la dote, que se llaman estradotales ó parafernales, del nombre griego *paraferna*, como lo esplica la *l.* 17. *de d. tít.* 11. que tambien dice pertenecer su dominio al marido miéntras dura el matrimonio, si la mujer se los dió con esta intencion; pero no dándoselos, ó no constando de esta intencion, permanecen en el de la mujer. Y por derecho mas reciente, que estableció la *ley* 7. *tít.* 2. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* se le concede al marido que haya entrado en los 18 años la administracion de estos bienes sin que necesite obtener dispensa de edad, como dijimos en el *tít. antecedente*, *n.* 27. Por lo tocante á estos bienes parafernales tiene la mujer el mismo privilegio que en los dotales, de estar hipotecados para su restitucion todos los bienes del marido, aunque no se constituya espresamente la hipoteca, por solo el beneficio de la ley, *d. l.* 17. Del privilegio de esta hipoteca respecto de otras, trataremos en lugar mas oportuno, como tambien del privilegio de competencia que tienen los cónyunges, y de lo que corresponde cuando se quita la dote por eviccion.

16 Hasta aquí hemos tratado de lo que se da al marido á nombre ó cuenta de la mujer: hablemos ahora de lo que recibe la mujer á cuenta ó nombre del marido. Las leyes de las Partidas, á imitacion de las romanas, reconocieron la donacion que estas llamaron *propter nuptias*, diciendo que en España se llamaban propiamente *arras*, y era la donacion que da el marido á la mujer por razon de casamiento, *l.* 1. *d. tít.* 11. *P.* 4. Y segun la *l.* 23. *del mismo título*, quisieron, como las romanas, se guardase igualdad entre estas donaciones y las dotes, y la misma imitacion persuade la *ley* 7. *del propio título*. Pero ya ob-

servó Antonio Gómez en la *ley* 50. *de Toro*, *n.* 11. no estar en uso en España, ni en otras partes, estas donaciones *propter nuptias*, y al *n.* 12, que se diferencia mucho de ellas, lo que ahora llamamos *arras*, como luego veremos.

17 Otras donaciones conocieron los romanos bajo el nombre *sponsalitia*, como se lee en varias leyes del título del Código *De sponsalibus, et arrhis sponsalitiis*. Las nuestras las han adoptado, con la añadidura de haberles puesto tasa. Se hacen ántes de celebrarse el matrimonio, y casi siempre por el esposo á la esposa, y alguna vez al contrario. Aunque se hacen francamente sin espresarse en ellas condicion alguna; con todo si deja de celebrarse el matrimonio por culpa del que recibió la donacion, debe restituirla. Mas si acaeciese por ventura ó casualidad no cumplirse el matrimonio, debe distinguirse diciendo, que si muriese el esposo sin haber intervenido ósculo, debe restituirse á sus herederos todo lo que dió; pero sola la mitad, si intervino: y si la esposa fuese la que dió, lo recobra todo. *l.* 3. *d. tít.* 11. *P.* 4. *l.* 3. *tít.* 3. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* (1). Estas donaciones suelen hacerse en joyas y vestidos preciosos; y no pueden esceder la octava parte de la dote, *ll.* 6. *y* 7. *tít.* 3. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* y añade esta misma *l.* 7. que el esceso, si le hubiere, debe aplicarse á la Cámara del rey, haciendo una pintura tan viva de lo ruinosos que son al Estado estos escesos, que no puede leerse sin llorar. Pero á pesar de ser tan útil é importante esta prohibicion, la vemos continuamente despreciada, y efectivos los grandes perjuicios que intentó atajar; aunque se repitió en las *leyes* 2. *y* 8. *tít.* 3. *y* 8. *lib.* 10. *de la Nov. Rec. al cap.* 25. Y en el *siguiente* 26. se manda que los mercaderes plateros de oro y plata, lonjistas, ni otro género de personas, ni por sí ni por interposicion de otras, pueden en tiempo alguno pedir, demandar ni deducir en juicio las mercadurías y géneros que dieren al fiado para dichas bodas á cualesquiera persona de cualquier estado, calidad y condicion que sea. Y en el 27. previene tengan las justicias ordinarias la jurisdiccion privativa para conocer de los casos que miraren al castigo y ejecucion de las penas de contravencion. Nos asombra el cotejar tan justas,

(1) L. 15. C. de donat.

útiles, zelosas y repetidas leyes con su total inobservancia.

18 Tenemos tambien en España otra donacion que se llama *arra*, la cual es *Donacion hecha á la esposa por el esposo en remuneracion de la dote, virginidad ó nobleza*, como la define Antonio Gómez en la *ley* 50. *de Toro*, *n.* 12., en donde enseña, que tambien puede haberse efectuado ya el matrimonio, y lo mismo dice el Sr. Covarrúbias, *part.* 2. *de matrim. cap.* 3. §. 7. *n.* 11. en cuyos lugares añaden los dos, diferenciarse mucho esta donacion de la que se llama *propter nuptias*, aunque así se apellida en la *l.* 1. *d. tít.* 11. *P.* 4. pues esto podrá entenderse atendidas las leyes de las *Partidas;* pero no despues de publicadas las *de Toro*, que dieron otra significacion muy diversa á la donacion *propter nuptias*, como presto esplicaremos. Y tambien tienen su justa tasacion las arras, que no pueden esceder la décima parte de los bienes del marido, *l.* 1. *tít.* 3. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.*, que prohibe ademas su renunciacion, é impone la pena de privacion de oficio al escribano que diere fe de algun contrato en que intervenga tal renunciacion. Pero adviértase que esta tasacion, que trae su orígen de la *ley* 2. *tít.* 2. *lib.* 3. *del Fuero real*, no dice respecto solamente á los bienes actuales del marido al tiempo en que se constituyen las arras, sino tambien á los que despues adquiere.

19 El dominio de las arras, seguido el matrimonio, es absolutamente de la mujer, y de consiguiente muerta ella, testada ó intestada, pertenece á sus herederos aun sobreviviendo el marido, *l.* 2. *tít.* 3. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* Pero si á la mujer se le hubiere hecho la donacion que hemos esplicado en el *n.* 17. y prometídosele arras, solamente tendrá derecho ella ó sus herederos de escoger ó lo que se le dió, ó las arras dentro de 20 dias contaderos desde que les requirieron el marido ó sus herederos; y pasados estos sin haber hecho la eleccion, compete el derecho de hacerla al marido ó sus herederos, *l.* 3. *tít.* 3. *lib.* 10. *Nov. Rec.*

20 Otra donacion se frecuenta en nuestra España, á la que llaman *propter nuptias* la *ley* 5. 9. *tít.* 3. *y* 6. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* (25. *y* 29. *de Toro*) la cual hacen los padres á sus hijos en contemplacion del matrimonio que han de contraer, para que puedan llevar con mas honor y co-

modidad sus cargas : de suerte que es muy diferente de la otra que llamaron tambien *propter nuptias* las *leyes de las Partidas*, como hemos manifestado arriba *n.* 16.

21 Solo nos resta en el particular de que tratamos, hablar de las donaciones que se hacen entre los cónyuges despues de casados, no por razon de casamiento, sino por el amor que se tienen. Estas están prohibidas, porque no les engañe el mutuo amor, despojándose el uno al otro, y porque el que fuese mas escaso, seria de mejor condicion, que el que es franco en dar. Son pues de ningun valor las que se hicieren, *l.* 4. *d. tit.* 11. *P.* 4. Esta prohibicion solo tiene lugar en aquellas donaciones, por las cuales el que las recibe se hace mas rico, y el otro mas pobre : de suerte que si faltara una de estas circunstancias, valdria la donacion (1), como por ejemplo, si se dejara alguna herencia al marido, sustituyéndole á su mujer, y el marido renunciara su institucion, sin haber cedido la herencia, en cuyo caso tendria valor la sustitucion, porque aunque esta renuncia hacia mas rica á la mujer, no empobrecia al marido; por cuya razon valdrá tambien la donacion de una cosa ajena, porque al paso que puede servir al donatario para usucapirla, ó adquirirla por tiempo, no hace mas pobre al cónyuge donante. Y lo mismo deberá decirse, si la donacion hacia mas pobre al donante, pero no mas rico al donatario, como si se le diera lugar para que se hiciese sepultura, construyera una iglesia, ó cosa semejante, en cuyos casos concurre ademas la razon de valer, de que cede esto en honor de Dios, *l.* 5. *l.* 6. *d. tit.* 11. que ponen estos ejemplos (2); y tambien valdria, si el que la hizo, murió ántes que el otro que la recibió, sin haberla revocado. Pero lo contrario deberá decirse, si ó no muriese ántes, ó la hubiese revocado por palabras ó por hechos, vendiendo ó enajenando de otra manera las cosas que habia dado, *l.* 4. *d. tit.* 11. (3).

(1) L. 5. § 26. de donat. int. vir. et uxor.
(2) D. l. 5. §§. 8. 13 et 14. de donat. int. vir. et uxor.
(3) L. 52. §§ 2. et 9. eod.

TÍTULO VI.

DE LA LEGITIMACION Y DEL PORFIJAMIENTO Ó ADOPCION.

Tít. 7 y 15. P. 4. (1).

1. 2. y 3. *Qué sea legitimacion, y sus especies.*
4. *Qué sea adopcion, y sus especies.*
5. *Diferencias entre la arrogacion y la adopcion.*
6. *Cómo pueden ser arrogados los mayores de 7 años.*
7. *Quiénes pueden adoptar, y quiénes no.*
8. *Efectos de la adopcion.*

1 Lo mucho que ofrece de que tratar el matrimonio, que como dijimos en el *título* 4. *n.* 1., es la causa natural y mas especial de la patria potestad, nos ha detenido hasta ahora. De las otras dos, que son civiles, vamos á hablar brevemente. La legitimacion es *Un acto por el cual se hacen legítimos los hijos que ántes no lo eran.* Las leyes romanas establecieron ser tres los modos de legitimar, por subsiguiente matrimonio, por ofrecimiento á la Curia, y por rescripto del príncipe (2). Y aunque algunos de sus intérpretes añadieron otro en el caso de que el padre en su testamento ú otro instrumento firmado por tres testigos, nombrara á alguno por hijo; siente la mayor parte de ellos, que la novela en que se pretende apoyar este modo de pensar, mas significa ser prueba de ser legítimo el tal hijo, que verdadera legitimacion. A imitacion de todo esto hablan la *ley* 4. *y siguientes del título* 15. *P.* 4. distinguiendo tambien, como lo hicieron las romanas, varios ramos en el segundo modo por oblacion á la Curia. Pero reconocen nuestros intérpretes no estar este en uso, ni le permite la constitucion del gobierno de los pueblos. Y del cuarto dice Greg. Lóp. en la *glosa* 7. *de la ley* 7. *de dicho tít.* 15. *P.* 4. lo mismo que la mayor parte de los intérpretes romanos, esto es, que mas es prueba de ser legítimo el hijo, que legitimacion verdadera.

(1) Tit. 10. et 11. lib. 2. Inst. (2) § 13. d. tit. 10. nov. 74. cap. 2.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

modidad sus cargas : de suerte que es muy diferente de la otra que llamaron tambien *propter nuptias* las *leyes de las Partidas*, como hemos manifestado arriba *n.* 16.

21 Solo nos resta en el particular de que tratamos, hablar de las donaciones que se hacen entre los cónyuges despues de casados, no por razon de casamiento, sino por el amor que se tienen. Estas están prohibidas, porque no les engañe el mutuo amor, despojándose el uno al otro, y porque el que fuese mas escaso, seria de mejor condicion, que el que es franco en dar. Son pues de ningun valor las que se hicieren, *l.* 4. *d. tit.* 11. *P.* 4. Esta prohibicion solo tiene lugar en aquellas donaciones, por las cuales el que las recibe se hace mas rico, y el otro mas pobre : de suerte que si faltara una de estas circunstancias, valdria la donacion (1), como por ejemplo, si se dejara alguna herencia al marido, sustituyéndole á su mujer, y el marido renunciara su institucion, sin haber cedido la herencia, en cuyo caso tendria valor la sustitucion, porque aunque esta renuncia hacia mas rica á la mujer, no empobrecia al marido; por cuya razon valdrá tambien la donacion de una cosa ajena, porque al paso que puede servir al donatario para usucapirla, ó adquirirla por tiempo, no hace mas pobre al cónyuge donante. Y lo mismo deberá decirse, si la donacion hacia mas pobre al donante, pero no mas rico al donatario, como si se le diera lugar para que se hiciese sepultura, construyera una iglesia, ó cosa semejante, en cuyos casos concurre ademas la razon de valer, de que cede esto en honor de Dios, *l.* 5. *l.* 6. *d. tit.* 11. que ponen estos ejemplos (2); y tambien valdria, si el que la hizo, murió ántes que el otro que la recibió, sin haberla revocado. Pero lo contrario deberá decirse, si ó no muriese ántes, ó la hubiese revocado por palabras ó por hechos, vendiendo ó enajenando de otra manera las cosas que habia dado, *l.* 4. *d. tit.* 11. (3).

(1) L. 5. § 26. de donat. int. vir. et uxor.
(2) D. l. 5. §§. 8. 13 et 14. de donat. int. vir. et uxor.
(3) L. 52. §§ 2. et 9. eod.

TÍTULO VI.

DE LA LEGITIMACION Y DEL PORFIJAMIENTO Ó ADOPCION.

Tít. 7 y 15. P. 4. (1).

1. 2. y 3. *Qué sea legitimacion, y sus especies.*
4. *Qué sea adopcion, y sus especies.*
5. *Diferencias entre la arrogacion y la adopcion.*
6. *Cómo pueden ser arrogados los mayores de 7 años.*
7. *Quiénes pueden adoptar, y quiénes no.*
8. *Efectos de la adopcion.*

1 Lo mucho que ofrece de que tratar el matrimonio, que como dijimos en el *título* 4. *n.* 1., es la causa natural y mas especial de la patria potestad, nos ha detenido hasta ahora. De las otras dos, que son civiles, vamos á hablar brevemente. La legitimacion es *Un acto por el cual se hacen legítimos los hijos que ántes no lo eran.* Las leyes romanas establecieron ser tres los modos de legitimar, por subsiguiente matrimonio, por ofrecimiento á la Curia, y por rescripto del príncipe (2). Y aunque algunos de sus intérpretes añadieron otro en el caso de que el padre en su testamento ú otro instrumento firmado por tres testigos, nombrara á alguno por hijo; siente la mayor parte de ellos, que la novela en que se pretende apoyar este modo de pensar, mas significa ser prueba de ser legítimo el tal hijo, que verdadera legitimacion. A imitacion de todo esto hablan la *ley* 4. *y siguientes del título* 15. *P.* 4. distinguiendo tambien, como lo hicieron las romanas, varios ramos en el segundo modo por oblacion á la Curia. Pero reconocen nuestros intérpretes no estar este en uso, ni le permite la constitucion del gobierno de los pueblos. Y del cuarto dice Greg. Lóp. en la *glosa* 7. *de la ley* 7. *de dicho tít.* 15. *P.* 4. lo mismo que la mayor parte de los intérpretes romanos, esto es, que mas es prueba de ser legítimo el hijo, que legitimacion verdadera.

(1) Tit. 10. et 11. lib. 2. Inst. (2) § 13. d. tit. 10. nov. 74. cap. 2.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

2 En conformidad de lo que acabamos de referir, decimos, que solo tenemos en España dos modos de legitimacion. El mas frecuente y recomendado es el que nace del subsiguiente matrimonio, cuando el padre habiendo tenido hijos de alguna barragana ó mujer soltera, se casa despues con ella, *l.* 1. *tít.* 15. *P.* 4. en cuya *glosa* 8. disputa Gregorio López, si basta que la mujer sea soltera, ó es menester que ademas la haya retenido en su casa el padre; inclinando, á nuestro dictámen, con razon, á no ser esto necesario. Esta doctrina tiene lugar, si el padre era soltero cuando tuvo el hijo de la barragana ó concubina, porque si era casado, no le hará legítimo el que muerta despues su mujer, se casase en seguida con la barragana, como espresamente lo dispone la *ley* 2. *tít.* 15. *P.* 4. *al fin*, dando por razon, *Que los tales hijos fueron hechos en adulterio:* la cual no deja de dar fuerza á la opinion de Gregorio López, que ántes hemos manifestado.

3 El otro modo de legitimar es por rescripto del príncipe, del cual habla así la *ley* 4. *de d. tít.* 15. *Piden merced los omes á los emperadores, é á los reyes en cuyo señorío viven, que les faga á sus hijos, que han de barraganas, legítimos. E si cabe su ruego, é los legitiman, son dende en adelante legítimos.* Y tambien se concede esta legitimacion á pedimento de los mismos naturales, que fundan su súplica en haber manifestado esta solicitud en el testamento su padre, que no tenia otros hijos legítimos, *l.* 6. *d. tít.* 15. Y de la palabra *naturales* de que usa esta *ley*, infiere Greg. Lóp. en su *glosa* 1. no tener lugar la legitimacion que ella concede en los hijos espúreos. Y en la *glosa* 2. que las legitimaciones por rescripto de príncipe no valen, si hay hijos legítimos, si no es que se esprese así. Y adviértase, que estas legitimaciones solo sirven para efectos civiles, porque para los canónicos las debe conceder el papa, como espresamente lo dice la *citada ley* 4. *de d. tít.* 15. [Por la *ley de* 14 *de abril de* 1838, el rey resuelve las instancias sobre legitimaciones de los hijos naturales, segun los define la *ley* 1. *tít.* 5. *lib.* 10. *Nov. Rec.* (y se halla copiado mas adelante en el *lib.* 2. *tít.* 8. *n.* 4. de la presente obra), y para solicitarlas, debe guardarse lo prevenido en la *real órden de* 19 *del mismo*, cuyas disposiciones referímos al tratar de la emancipacion. —

Todos los espósitos de ambos sexos, así los que sean espuestos en las inclusas ó casas de caridad, como los que lo sean en cualquier otro paraje, y no tengan padres conocidos, son tenidos por legitimados por la real autoridad, y por legítimos para todos los efectos civiles sin escepcion, no obstante que en alguna ó algunas reales disposiciones se hayan esceptuado algunos casos, ó escluido de la legitimacion civil para algunos efectos, *l.* 4. *tít.* 37. *lib.* 7. *Nov. Rec.*] Legitimados los hijos por cualquiera de estos modos, es consiguiente, que estén en la patria potestad de su padre, obrando esta en ellos sus efectos, que es la causa de que hemos tratado aquí de la legitimacion. Los derechos de suceder los legitimados, los esplicaremos con mas oportunidad, cuando hablemos de los testamentos y de las sucesiones intestadas.

4 Lo que los romanos llamaron *adoptio*, llaman las leyes de las Partidas *porfijamiento:* pero en atencion á la pesadez de este nombre, y que tal vez por esta causa está recibido entre nosotros el nombre *adopcion*, y se halla en la *l.* 9. *tít.* 16. *P.* 4. usaremos de él y sus derivados, en lugar del *porfijamiento* y los suyos. Es pues la adopcion *Una manera que establecieron las leyes, por la cual pueden los omes ser fijos de otro, maguer no lo sean naturalmente*, *l.* 1. *d. tít.* 16. *P.* 4. Constituye tambien la patria potestad, *l.* 7. *tít.* 7. *P.* 4. y esta es la causa de que tratamos aquí de ella. Nuestras leyes la dividen en las mismas dos especies en que la dividieron las romanas (1); y toman tambien de ellas sus nombres, llamando á la una *arrogacion*, y acomodando á la otra el del género, diciéndola *adopcion* sin añadidura alguna, *l.* 9. *tít.* 16. *P.* 4. y así tomaban este nombre como á género, ó como á especie. Usaremos aquí de estos nombres, porque facilitan su esplicacion.

5 Diremos pues al tenor de lo que acabamos de decir, ser la arrogacion *Porfijamiento de ome, que es por sí, et non ha padre carnal: é si lo ha, es salido de su poder, é cae nuevamente en poder de aquel, que lo porfija, d. l.* 7. *tít.* 7. *P.* 4. ó por decirlo con ménos palabras, es *Adopcion de hombres que no están en la patria potestad*

(1) § 1. Inst. de adopt.

de otros. Se hace, preguntando el rey á dos si quieren que el uno sea padre del otro; y respondiendo ambos que sí, diciendo el rey que lo otorga, y en seguida se les debe dar el título, *d. l.* 7. De la adopcion en especie dice *esta misma ley* poderse hacer de otorgamiento de cualquier juez; y que es *Porfijamiento de ome, que ha padre carnal, é es en su poder*. En la arrogacion es necesario el consentimiento espreso del que va á ser hijo; pero en la adopcion basta el tácito, esto es, que calle, ó no lo contradiga, *l.* 1. *tit.* 16. *P.* 4. Y de ahí es no poder ser arrogados los infantes ó menores de 7 años; por no tener entendimiento para consentir, *l.* 4. *d. tit.* 16.

6 Al paso que esta *ley* 4. prohibe que puedan ser arrogados los infantes, concede la facultad de que puedan serlo los que cumplidos los 7 años son menores de los 14, dando la razon de que aunque no tengan el entendimiento cumplido, no son menguados de entendimiento del todo. Pero el rey, cuyo otorgamiento es necesario, como lo dice *esta misma ley*, y en términos generales de arrogacion la 7. *tit.* 7. *P.* 4. como vimos en el *número antecedente*, quiere se tengan presentes en estas arrogaciones de que hablamos, varias circunstancias que se espresan en la *misma ley* 4. y son: Qué hombre es aquel que le quiere adoptar, si es rico, ó si es pobre, ó si es pariente, ó no, y si tiene hijos que hereden lo suyo, ó si tiene tanta edad, que los pueda aun haber; é de qué vida es, é de qué fama; y qué riqueza ha el niño. Y si examinadas estas cosas, se entendiere moverse con buena intencion para hacerlo el arrogador, y que es provechoso al mozo, se le otorgue. Y asimismo quiere que ántes de otorgar esta arrogacion, se cuide que no se menoscaben los bienes del mozo: á cuyo fin debe dar caucion el arrogador, de que si el mozo muriese ántes de los 14 años, entregará todos sus bienes á aquellos á quienes pertenecerian por herencia ó legados, si el mozo no hubiese sido arrogado. Cuya caucion debe autorizarse por escribano público; y si no se hiciere, es obligado á cumplirlo el arrogador, como si se hubiese autorizado. Y segun la *l.* 8. *de d. tit.* 16. si el arrogador sacase sin razon de su poder al que arrogó, ó le desheredase, está obligado á darle todo lo suyo con que entró en su poder, con todas las ganancias que despues hizo, ménos el usufructo que recibió de los

bienes de dicho arrogado, miéntras le tuvo en su poder; y demas de esto la cuarta parte de todo cuanto hubiere.

7 Puede adoptar cualquiera hombre libre que no esté en poder de su padre, con tal que esceda al que quiere adoptar, en 18 años de edad, y pueda tener hijos naturalmente, *l.* 2. *d. tit.* 16. *P.* 4. esto es, que no tenga impedimento para tenerlos por su misma naturaleza. Pero si le tuviese no por su naturaleza, sino por enfermedad, fuerza ó daño que hubiese padecido, bien podrá adoptar, *l.* 3. *d. tit.* 16. Ninguna mujer puede adoptar sino en el caso de haber perdido algun hijo en batalla, en servicio del rey, ó de algun concejo en que lo hubiese encartado, en el cual puede hacerlo para consuelo del hijo que perdió, con otorgamiento del rey, y no de otra manera, *d. l.* 2. Con el mismo otorgamiento, y no de otra suerte, podrá adoptar el que fué tutor al que tuvo en su tutela, si este tiene ya 25 años; pero ántes de ningun modo, *l.* 6. *d. tit.* 16. Ni tampoco puede adoptar ninguno á forro, ó aforrado ajeno, *l.* 5. *d. tit.* 16.

8 Es efecto de la adopcion, que el adoptado pase á la patria potestad del adoptante; pero hay de esta regla alguna limitacion. En la arrogacion tiene siempre lugar la regla, *l.* 7. *tit.* 7. *P.* 4. En la adopcion en especie hay distincion; pues aunque esta misma *l.* 7. dice generalmente que no pasa, la hallamos espresa en las *leyes* 9. *y* 10. *de d. tit.* 16. En la 9. se dice no pasar el adoptado á la patria potestad del adoptante, si este no fuere ascendiente suyo; y en la 10. que pasa, si lo fuere. Esta misma diferencia se observa en el Derecho romano por constitucion de Justiniano (1). Y adviértase, que si en este último caso el padre adoptivo sacase de su poder á su descendiente que habia adoptado, volveria este al de su padre natural, como lo espresa *d. l.* 10. Tambien es efecto de la adopcion el producir impedimento para el matrimonio en los términos que dijimos en el *tit.* 4. *n.* 14. Del que producen en dar derecho para suceder, hablaremos al tratar de las sucesiones testadas é intestadas. Los adoptados por mujer, claro es que no caen en patria potestad, por ser ella incapaz de tenerla.

(1) § 2, Inst. de adopt.

TÍTULO VII.

DE LA TUTELA Y CURADORÍA.

Tít. 16. y 17. de la Partida 6.

1. *Qué sea tutela.*
2. *A quiénes se puede dar tutor, y á qué fin.*
3. 4. y 5. *Division de la tutela: y de la testamentaria.*
6. 7. 8. *Quiénes pueden ser dados tutores.*
9. *El tutor debe ser nombrado señaladamente.*
10. 11. *De la tutela legítima.*
12. *De la dativa.*
13. *Qué debe hacerse cuando muchos jueces dan tutor.*
14. *Modos de fenecer la tutela.*
15. 16. *De los curadores, y si pueden darse en testamento.*
17. *Qué sea escusa de tutela y cura, y que para ella se necesita de justa causa, ménos en la tutela legítima.*
18. 19. 20. 21. *Se refieren y esplican varias escusas.*
22. *Descuido notable de Aso y de Manuel en este particular.*
23. *Tiempo para proponer la escusa, y para decidir la causa ó pleito en su razon.*
24. *Qué sea tutor sospechoso; y se refieren varios que lo son.*
25. 26. *Quiénes pueden acusar: qué tutores pueden ser acusados de sospechosos, y cuáles sean los efectos de la acusacion.*
27. *De las obligaciones del tutor ántes de entrar en la tutela.*
28. 29. *De la obligacion de afianzar los tutores, y que alcanza á la madre y abuela.*
30. *Qué deba hacerse cuando son muchos los tutores.*
31. *Dónde debe ser educado el pupilo.*
32. 33. 34. *De las obligaciones del tutor en cuanto á dar alimentos al pupilo, y mover las causas que convinieren á este.*
35. *Tiene el tutor obligacion de cuidar bien de los bienes del pupilo, y emplear el dinero sobrante.*

36. *y* 37. *Del modo en que puede el tutor enajenar las cosas del pupilo.*
38. *De la obligacion de los tutores, sus fiadores y sucesor, de dar cuenta de la administracion de la tutela, fenecida esta.*
39. *De la décima que se debe dar al tutor, y cómo debe sacarse.*
40. *Derechos del padre en los bienes del hijo de que es fructuario y administrador.*

1 Por cuanto de los hombres libres, que no están bajo la patria potestad de otros, unos están en tutela, otros en curadoría, y otros fuera de todo, y en asunto de tutelas y curadorías hay mucho que advertir, es preciso hablemos aquí de ello con alguna estension. Tutela en latin, dice la *ley* 1. *tít.* 16. *P.* 6. quiere decir tanto en romance como *Guarda que es dada al huérfano libre, menor de* 14 *años, é la huérfana menor de* 12 *años* (1). Y advertimos para proceder con mayor claridad, que en las leyes de las *Partidas* apénas se hallan los nombres *tutela, curadoría, tutor, curador*, sino en su lugar, los generales de *guarda* y *guardadores*, distinguiendo por las palabras que añaden, si hablan de tutela ó curadoría, tutores ó curadores: lo que no deja de causar embarazo. Y para evitarle usaremos aquí de los citados especiales *tutela*, etc. como generalmente lo ha recibido la práctica, y se encuentra en alguna ley de la *Nov. Recop.* y en alguna de las *Partidas*, aunque con relacion al idioma latino como en la *ley* 4. *tít.* 5. *P.* 5. *y en d. l.* 1.

2 Por la palabra *libre* de la definicion, entiende con razon Greg. Lóp. en la *glosa* 1. *de dicha ley* 1. no poder estar en tutela el que es esclavo, ni el que está bajo la patria potestad (2). Se dan tutores á los de la espresada edad, aunque no los quieran (3). Y se les dan para que guarden bien sus personas, y por consecuencia precisa, sus bienes. Y no deben darse para una sola cosa ó pleito del menor (4), salvo el caso en que se le moviese pleito de servidumbre, en el cual se le podia dar uno para que defendiese su persona y bienes en el particular del pleito, *d. l.* 1.

(1) §§ 1. y 3. Inst. de tutel. (2) Princ. eod. (3) L. 6. de tut et cur. dat.
(4) § 4. Inst. qui testam. tut dar. pos.

3 Tres son las especies de tutela, testamentaria, legítima y dativa. Testamentaria es *La que da el padre en su testamento al hijo menor que tiene en su poder, d. l.* 2. *l.* 3. *d. tít.* 16. (1). Y sobre el decir esta lo mismo del abuelo, debe advertirse, que saliendo hoy por la *ley* 3. *tít.* 5. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* de la patria potestad el hijo casado y velado, no podrá el abuelo, por faltarle tal potestad, necesaria segun la *misma ley* 3., dar tutor á sus nietos, que hayan nacido de nupcias bendecidas, como sucede casi siempre. Pero sí que le puede dar el padre no solo al hijo nacido, sino tambien al que estuviere en el vientre de su madre, *d. l.* 3. *tít.* 16. *P.* 6., porque cuando se trata del provecho de estos tales, á quienes se les suele llamar *póstumos*, se reputan nacidos (2), pero no cuando les seria perjudicial, *l.* 3. *tít.* 23. *P.* 4.

4 De la madre dice la *ley* 6. *de d. tít.* 16. que si hace testamento en que establece por sus herederos á sus hijos, que no tuviesen padre, bien les puede dar tutor en él. Pero en seguida añade, que este tal tutor no puede usar de los bienes del mozo, á ménos de ser confirmado por el juez del lugar donde son los bienes: cuyo juez le debe confirmar, y otorgarle la tutela (á esto llaman los prácticos *decernir*), si no es que tuviese impedimento legal para serlo. Por las leyes romanas era necesario en este caso la inquisicion ó exámen de las circunstancias del tutor (3). Y no haciendo mencion de ella *nuestra ley*, mueve la cuestion Greg. Lóp. en su *glosa* 2., si será ó no necesaria en España; y resuelve no serlo, si el menor no tuviese mas bienes que los de la misma madre; pero que si tiene otros, lo será respecto de ellos. Dice tambien la *propia ley* 6., que si la madre no instituyere heredero á su hijo, y por otro modo ó título le dejara alguna cosa, podria el juez confirmarle si quisiese, y de este modo, y no de otro valdria: de suerte que en este caso es voluntario en el juez confirmarle, y en el otro de estar el hijo instituido heredero, preciso. El no valer ningun nombramiento de tutor, hecho por la madre, sin la subsiguiente confirmacion del juez, es por no tener patria potestad: de la cual nace el derecho de darle, segun lo convence la *ley* 3. *de d. tít.* 16.

(1) § 3. Inst. de tutel. (2) § 4. Inst. eod. l. 7. de stat. hom.
(3) L. 2. de confir. tut.

5 De la misma manera, si el padre da tutor á su hijo natural en su testamento, instituyéndole heredero, ó cualquier á un estraño en los mismos términos, debe el juez confirmarlo: y así y no de otra suerte será tutor, *l.* 8. *d. tít.* 16. *P.* 4. Y generalmente los tutores testamentarios pueden ser dados pura ó simplemente, á cierto tiempo, ó bajo de condicion, segun fuese la voluntad del testator, *d. l.* 8. (1).

6 Pueden ser dados tutores los que no están prohibidos; y los que están son el mudo, sordo, desmemoriado ó loco, desgastador de sus bienes ó pródigo, el que fuere de malas costumbres, el menor de 25 años, y la mujer, *l.* 4. *d. tít.* 16. Pero en la *glosa* 5. *de esta ley* dice Gregorio Lóp., que la prohibicion del menor debe solamente entenderse en las tutelas legítima y dativa, y no en la testamentaria, que podrá tenerla para administrarla cuando fuere mayor. Y es de admirar, que para apoyar esta doctrina no haya echado mano á la *ley* 7. *del mismo título* 16, que la prueba espresamente: bien que lo advirtió en la *glosa* 2. *de esta misma ley* 7. Y en cuanto á mujeres debe advertirse no alcanzar la prohibicion á la madre y abuela, que pueden tener la tutela de sus hijos ó nietos huérfanos, si prometieren ante el juez del lugar donde son ellos, que durante la tutela no se casarán; y renunciaren la prohibicion que establece el derecho de poderse obligar por otro las mujeres, ó como suele decirse, el beneficio del senadoconsulto Veleyano, que prohibió esta obligacion de las mujeres, *d. l.* 4. que añade la razon de estas dos condiciones, diciendo ser la de la primera, porque casándose, se sospecha que por el grande amor que toman á sus maridos, descuidarian de guardar bien la persona y bienes de los huérfanos; y de la segunda, porque si no hiciesen la espresada renuncia, no querrian los hombres hacer contratos con ellas, aunque las mismas lo necesitaran para la buena administracion de la tutela, y provecho de los mozos. Y en casando la madre, miéntras les tuviere en su tutela, debe el juez del lugar en que esto sucediere, sacarles luego de ella y su poder, y pasarles á la del pariente mas cercano de ellos, que sea hombre bueno y sin sospecha, y

(1) § 5. Inst. qui test. tut. dar. pos.

no esté prohibido ser tutor. Y si hallare que la madre debe dar alguna cosa á los mozos, por razon de haber administrado sus bienes, están obligados al pago, no solo los bienes de ella, sino tambien los de aquel con quien casó, *l. 5. de d. tít.* 4. [El rey puede conceder dispensa á las madres que pasan á segundas nupcias, para que continúen siendo tutoras de sus hijos, *ley de 14 de abril de* 1838. En el espediente instruido por las respectivas Audiencias para justificar los motivos que haya para conceder la dispensa, se han de hacer constar los estremos siguientes: 1º La conducta moral, capacidad, profesion ó condicion civil de la madre, tutora ó curadora, y del sugeto con quien se ha casado últimamente ó trata de casarse. 2º La edad de estos mismos sugetos y la de los pupilos ó menores. 3º El importe, clase y naturaleza de los bienes, así de estos como de su madre y de su nuevo ó futuro cónyuje. 4º El dictámen de la persona que á falta de madre deberia entrar en el cargo de tutor ó curador con arreglo á Derecho, á quien deberá oirse, ofreciéndole al efecto el espediente, sin dar á este el carácter contencioso bajo ninguna forma. 5º El juicio de la Audiencia acerca de la justicia y utilidad de la dispensa. *Real órden de 12 de abril de* 1839].

7 Ademas de los que acabamos de espresar, cuenta la *ley 14. de dicho título* 16. por prohibidos á los obispos y monjas. Y de los sacerdotes y demas clérigos seculares dice que pueden ser guardadores de sus parientes. Pero que deben ir delante el juez del lugar dentro de cuatro meses despues que supieren la muerte de su pariente que dejó hijos sin guardador, y decir á este que quieren serlo de los hijos que lo fueron de su pariente (1). De los deudores del mozo dice que no pueden serlo, si no es que el padre en su testamento les nombrase: cuya escepcion la entiende Greg. Lóp. *en la glos.* 6. *de d. l.* 14. limitada al caso en que el padre supiese ser el tutor deudor del mozo: y en la 5. añade deber decirse lo mismo, si el tutor fuese acreedor del mozo. Tambien dice no poderlo ser el que fuere obligado al rey por razon de que hubiere tenido ó tuviese sus cilleros ó sus heredades ú otras rentas de que hubiere de dar cuenta.

(1) Nov. 123. cap. 5.

8 Entre los que están prohibidos de ser tutores no cuentan las citadas leyes 4. y 16. á los esclavos, porque pueden serlo, segun lo establece la *ley 7. del mismo título* 16. en la manera seguiente: si el testador nombrare tutor de sus hijos á un esclavo propio, aunque no le aforrase por palabras, se hace libre por esta razon, y será tutor de ellos, si fuere mayor de 25 años: y si fuere menor, será tambien forro; mas no será tutor hasta que cumpla dicha edad. Pero si dejase por tutor á un esclavo ajeno, no valdria, ni seria tutor.

9 Y debe advertirse, que cuando el padre establece á uno por tutor de sus hijos, le debe nombrar y señalar de manera, que se pueda saber ciertamente cuál es. Si acaeciese pues, que nombrase á uno, y hubiese otro del mismo nombre, si no pudiese saberse ciertamente cuál de ellos era su intencion que lo fuese, ninguno de ellos lo seria, *d. l. 7. vers. Otrosí.*

10 En defecto de la tutela testamentaria entra la legítima. Si muriere pues un padre sin haber hecho testamento, ó si lo hubiere hecho, sin nombrar tutor de sus hijos, ó habiéndolo nombrado muriese este ántes que el testador, seria tutor legítimo de dichos sus hijos su pariente mas cercano; y si hubiese muchos del mismo grado, lo serian todos, *l. 9. d. tít.* 16. *P.* 16. Y en su *glosa* 1. advierte muy bien Greg. Lóp. seria lo mismo, si muerto el padre falleciese el tutor que nombró, siendo menor ó impúbere el mozo. Si el menor tuviese madre, le pertenece ante todos esta tutela, y si no la quisiere, á la abuela, y en defecto de ambas entran los parientes laterales por su proximidad, *d. l.* 9. Llámase legítima esta tutela, porque compete por beneficio de la ley, sin intervencion de persona alguna.

11 *La ley del mismo tít.* 16. aprueba la legítima tutela que los romanos llamaron *patronorum*, esto es, manda que si el señor aforrase á su siervo menor de 14 años, sea su tutor. Pero siendo en España tan rara la esclavitud, apénas podrá suceder este caso.

12 A falta de tutores testamentarios y legítimos entran los dativos (1), llamados así porque son dados por el juez.

(1) Princ. Inst. de Atilian. tut.

Cuando se observa esta falta, la madre y los otros parientes que heredarian al mozo, si muriese sin testamento, deben pedir al juez del lugar le dé tutor que sea bueno y rico, y que entienda recibe la tutela mas por beneficio del menor, que de sí mismo. Y si no le pidieren, pierden el derecho que tenian de heredarle, si muriere sin testamento. Y siendo los parientes negligentes, ó no habiéndolos, pueden pedirlos los amigos del mozo, ó cualquier otro del pueblo; y el juez lo debe otorgar por sí mismo, si los bienes del mozo valiesen mas de 500 maravedís (de oro debe entenderse, segun el valor que en otra parte esplicaremos); mas si valieren ménos, bien podrá mandarlo á otro juez que sea menor. Y no solamente puede hacer esto el juez del domicilio del mozo, sino tambien el del lugar de su nacimiento, ó del de su padre; ó el de aquel en que tuviere el mozo la mayor parte de sus bienes, tanto estando el mozo delante, como no estando, y aunque lo contradijera, *l.* 12. *d. tit.* 16.

13 Y si todos los jueces que lo pueden dar, lo dieren cada uno el suyo, es de dictámen Greg. Lóp. en la *glosa* 13. *de dicha l.* 12. que debe ser preferido el que fué nombrado primero; y no apareciendo este, el dado por el juez del orígen. Nos parece bien su opinion en la primera parte, porque al que ya tiene tutor no se le puede dar otro. Pero no en la segunda, por que al contrario juzgamos debe ser preferido el dado por el juez del domicilio, fundados en dos razones. La una, por ser este el órden en que están escritos en esta *ley* 12. Y la otra, porque el tutor se da principalmente para que cuide de la persona del mozo, de cuyas circunstancias tiene el juez del domicilio mas proporcion para estar enterado. Y en el caso de ser el mozo grande, deben las Audiencias remitir al rey la peticion de nombrarle tutor ó curador, que ante ellas se hiciere, *l.* 17. *tit.* 1. *lib.* 6. *de la Nov. Rec.*

14 La *ley* 21. *P.* 6. *tit.* 16. refiere los modos de fenecer la tutela en la manera siguiente: I. Por cumplir el huérfano los 14 años, si fuere varon, ó los 12 si fuere hembra (1). II Por la muerte ó desterramiento del tutor ó del huérfano (2). III. Por la esclavitud de uno de los

(1) Princ. Inst. quib. mod. tut. finit. (2) §§ 3. et 4. eod.

dos (1). IV. Si fuese dado el tutor á cierto tiempo, ó so condicion, cumpliéndose el tiempo, ó falleciendo la condicion. V. Si adoptasen al huérfano ó al tutor, siendo este de aquellos que son llamados legítimos. VI. Si se escusase el tutor por causa legítima. VII. Si le removiesen de la tutela por sospechoso. Sobre el modo segundo decimos con Greg. Lóp. en la *glosa* 2. *de d. l.* 21. entenderse por la palabra *desterramiento*, el que llamaron los romanos *deportacion*, y hemos esplicado en el *t.t.* 3. *n.* 6. [En él hemos dicho ya, que abolida la pena de confiscacion por el art. 10 de la *Constitucion* de 1837, le falta á esta deportacion una de sus circunstancias esenciales.] Sobre el IV. que en lo que dice la ley *so condicion*, quiso significar, *pendiente ó durante alguna condicion*. Vemos lo resiste algo la espresion; pero de otra manera no le hallamos salida. Si no es que digamos, que *so condicion* se puso por *hasta cierta condicion*, segun lo dispuso el Derecho romano (2); pero esto lo impide la palabra *falleciendo*, de que usa la ley. El V. en cuanto habla de la adopcion del tutor, por lo respectivo á la tutela legítima, es conforme al Derecho romano, que puso Justiniano en sus *Instituciones* (3), segun el cual la tutela legítima de los parientes, solo competia á los que lo eran por agnacion, la cual perdia el tutor por su adopcion. Nos persuadimos que los componedores del libro de las *Partidas* lo tomaron de ahí, sin reparar que el mismo Justiniano quitó despues las diferencias entre agnados y cognados (4), y que nuestra *ley* 9. *d. tit.* 16. *P.* 4. llama á la tutela á los parientes, bajo el nombre general y natural de *parientes*, estensivo no ménos á cognados que á agnados; y el tutor despues de adoptado queda cognado. Celebraríamos ver quién discurriese mejor, para conformarnos desde luego con su dictámen. Agnados son los parientes de parte de padre, sin mezcla de ninguna hembra, y por ello conservan su apellido, y cognados los que son por parte de madre, ó alguna hembra.

15 Debemos notar aquí lo perteneciente á la venia ó dispensa de edad que se concede á los menores. Decimos pues: Que los mayores de 20 años pueden pedir en el Consejo dicha dispensa para poder administrar sus bienes, sin

(1) D. § 4. (2) § 2. eod. (3) § 5. Inst. quib. mod. tut. finit.
(4) Novel. 118. cap. 5.

licencia ni autoridad de curador ni otra persona alguna, ofreciendo probar su idoneidad. Y en vista de ser justa y correspondiente esta pretension, acuerda el Consejo consultarlo favorablemente á S. M., que suele conformarse y concederla. [En el dia para obtener de S. M. esta dispensa de edad con arreglo á la *ley de 14 de abril de* 1838, se debe guardar lo prevenido en la real órden de 19 del mismo, cuyas disposiciones espresámos al tratar de la emancipacion.] En virtud de esta venia, puede el que la obtuvo hacer y otorgar cualesquier arrendamientos y contratos sobre sus bienes, y otros cualesquier autos que le convengan, judicial ó estrajudicialmente, para recaudar los frutos y rentas de lo suyo, y distribuirlo y hacer de ello como de cosa propia : como tambien tomar cuentas con pago de cualesquier curadores que hayan sido de su hacienda, que deberán dársela. Pero no podrán vender ni obligar los bienes raíces de su hacienda sin autoridad ni decreto de la justicia, hasta que hayan cumplido los 25 años. Así lo trae en el *tom.* 1. *cap.* 98. *de la Práctica del Consejo* Don Pedro Escolano de Arrieta, que fué su secretario, y esplica latamente el modo de procederse en esta solicitud. Y nota al principio de dicho *cap.* que si el pretendiente es mayor de 18 años, puede obtener de la Cámara la dispensa de 18 hasta 20, y con cédula de ella acudir al Consejo á solicitar la referida venia. Hablan de ella la *ley* 6. *tít* 4. *lib.* 4. 34. *nota* 2. *tit.* 5. *lib.* 10. *y* 7. *tit.* 5. *l.* 10. *Nov. Rec.*

16. Fenecida la tutela por parte del mozo, entran los curadores que se dan á los mayores de 14 años hasta los 25, y tambien los mayores de esta edad locos ó desmemoriados, esto es, mentecatos, *l.* 13. *d. tit.* 16. Y como el darse á estos procede de no poder ellos por sí cuidar de sus cosas, añade bien Greg. Lóp. en la *glosa* 1. *de esta ley*, que tambien deben darse á los pródigos, mudos, sordos, y demas que por perpetua enfermedad no pueden cuidar de sus cosas segun lo dispuso el Derecho romano (1). Aso y de Manuel en sus Instituciones del Derecho civil de Castilla, *pág.* 11. *vers. Muchas*, atribuyeron á Greg. Lóp. haber dicho en la *glosa* 2. *de la ley* 2. *d. tit.* 16. que no habia curaduría legítima para los furiosos, cuando allí dijo lo contrario.

(1) §§ 5. et 4. Inst. de curat.

17 Los que están en su acuerdo, dice *d. l.* 13, esto es, los menores de 25 años, á quienes por sola la falta de edad se les dan curadores, no pueden ser apremiados á que los reciban, si no los quisieren; si no es que hicieren alguna demanda á otro, ú otro á ellos (1). Mas si les hubieren recibido ya, no les podrán desechar hasta que cumplan los 25 años, Greg. Lóp. en la *glosa* 2. *de dicha l.* 13. Gutiér. *de tutel. part.* 1. *cap.* 9. *n.* 18.; pero acordamos lo que dijimos en el *tít.* 4. *n.* 28. *al fin.* No puede el curador ser dado en testamento; pero si fuere dado, y entendiere el juez ser útil al menor, débelo confirmar, *dicha ley* 13 (2). Y en este caso estará obligado el menor á recibir este curador confirmado, como lo prueban bien Greg. Lóp. en la *glosa* 5. *de d. ley* 13, y Gutiér. *de tutel. part.* 1. *cap.* 19. *n.* 30. Dicha *ley* 13. habla claramente de los curadores hasta el vers. *E aun*, en que dice, *que al huérfano que ha guardador, no le deben dar otro:* cuya doctrina con las escepciones que allí la siguen, ya la entienden los mismos López y Gutiérrez del tutor, como tambien lo estableció el Derecho romano, sentando la famosa regla : *Habenti tutorem tutor dari non potest* (3). Los modos de acabarse la curaduría son los mismos por que fenece la tutela; con las diferencias, que la edad es la de 25 años, y que tambien se acaba si el furioso recobra el juicio, y el pródigo las buenas costumbres.

18 Pasemos ahora á tratar de los que sin embargo de competerles la tutela, dejan de ser tutores, ó porque se escusan, ó porque son removidos. Y advertimos ante todas cosas, que cuanto diremos de tutores, queremos se entienda tambien de curadores. Siendo la tutela un oficio, que aunque no es, hablando con rigor, público, se le considera tal por algunos respectos, mereciendo la real proteccion los que están en ella, *l.* 41. *tit.* 18. *P.* 3. *l.* 20. *tit.* 23. *P.* 3, no es de estrañar necesiten de justa causa los que quieran escusarse de administrarla. *Escusanza*, dice la *ley* 1. *tit.* 17. *P.* 6. es como *Monstrar alguna razon derecha en juicio, porque aquel, que es dado por guardador de algun huérfano, non es tenido de recibir en guarda á él, nin á sus bienes.* Es pues preciso para conseguirla, tener *alguna*

(1). § 2. Inst. de curat. (2) § 1. eod. (3) § 3. eod.

razon derecha, ó justa causa. Solo advertimos en este particular, que á nuestro dictámen, no necesitan de causa alguna para escusarse los tutores legítimos, atendidas la *ley* 2. *vers. La tercera*, y la *ley* 12. *en el principio del tít.* 16. *P.* 6. que lo dejan á su arbitrio; y de consiguiente que solamente es necesaria á los testamentarios y dativos.

19 En la *ley* 2. *de dicho tít.* 17. *P.* 6. se refieren varias de estas justas causas, que son: I. El tener cinco hijos naturales y legítimos vivos, y deben contarse entre los vivos los que perecieron en batalla, en servicio de Dios y del rey (1). II. El ser recaudador de las rentas del rey (2), ó ser su mensajero; y III. el haber de juzgar y cumplir la justicia por obra. Y añade la *misma ley*, que ninguno de estos puede escusarse de la tutela que hubiese recibido ántes de tener su oficio (3). Cuya añadidura, y lo que vamos á ver sobre la escusa siguiente, nos hace admirar no haber sido bastante para detener á Greg. Lóp. y á Gutiér. que creyeran, aquel en la *glosa* 5. *de d. l.* y este en su *lib. de tutel. part.* 1. *cap.* 21. *nn.* 4 *et* 5. significarse al ausente por causa de la república, por la voz *mensajero*: la cual segun D. Sebastian de Covarrúbias en su *Tesoro de la lengua castellana*, y el *Diccionario de la misma de la real Academia española*, significa el que lleva algun despacho ó recado á otro, y en esta misma significacion la tomaron la *ley* 10. *tít.* 31. *P.* 2. y la *ley* 13. *tít.* 29. *P.* 3.; por todo lo cual juzgamos, que *su mensajero* en *d. l.* 2. tanto vale, como llevador de recados, ó cobrador de los recaudadores, á los que se refiere la palabra *su*. Confrontan esta escusa con el testo romano que habla de la siguiente.

20 III. Escusa es, *Ir en servicio del rey por su mandado á alguna parte, que fuese muy lueñe: ó fuese allá por servicio, ó por pro comunal de la tierra en que vive.* Esta sí que es la que se acomoda á los ausentes por causa de la república; y con efecto, el mismo Lóp. en la *glosa* 9. y Gutiérrez en el *n.* 6. la confrontan tambien con la que las leyes romanas concedieron á estos ausentes (4). Y lo acaba de convencer el que á estos tales da nuestra *ley* 2. que puedan separarse de la tutela que ántes tenian, encargándola á otro durante su ausencia, y que vueltos tengan

(1) Princ. Inst. de excus. (2) § 4. eod. (3) D. § 4. (4) § 2. eod.

un año de vacacion ó escusa de una nueva tutela que se les quisiere encargar; pero que puedan tomarla, si les placiere. La IV. escusa es, si acaeciese algun pleito ganado de nuevo entre el guardador del huérfano sobre toda la heredad, ó sobre alguna partida grande de ella (1). La V. escusa es, si alguno tuviese tres guardas de huérfanos, y le quisieren dar otra, bien se puede escusar de la cuarta (2). Gutiér. en su citado *lib. de tutel. part.* 1. *cap.* 21. *n.* 8. *y siguientes*, hablando de esta escusa, adopta las declaraciones del Derecho romano en este particular, esto es, que para dar escusa, las tres tutelas no deben ser afectadas, y que no sirven por tutelas las fiadurías de ellas; pero que bastaria una sola tutela, si fuese tan difusa, y de tantos negocios, que equivaliese á muchas (3).

21 La VI. escusa es la pobreza, y la VII. la enfermedad, cuando fuesen tales, que le impidiesen poder cuidar del huérfano (4). Y la VIII. el no saber leer ni escribir, y ser tan simple ó necio, que no se atreviese á hacer la guarda con recaudo. La IX. escusa es, si hubiese tenido el guardador grande enemistad capital con el padre del mozo, y despues no hubiese sido hecha paz entre ellos (5). La X. si al nombrado guardador hubiese movido pleito de servidumbre el padre del huérfano, ó él al otro (6). Y la XI. el ser el nombrado mayor de setenta años (7). Las escusas hasta aquí referidas están espresadas en la arriba *citada ley* 2. *tít.* 17. *P.* 6. Hay todavía otras contenidas en la *ley* 3. inmediata, que son las siguientes.

22 La XII. escusa es, el ser caballero que estuviese en corte del rey, ó en otro lugar señalado por su mandado, ó por pro comunal de la tierra, por cuyas palabras nadie duda entenderse los soldados, y así lo esplican Greg. Lóp. y Gutiér. Es la XIII. escusa (8), el ser maestro de gramática ó de retórica ó de dialéctica ó de física, mostrando su ciencia á los escolares, ú obrando por ella en su tierra ó en otro lugar por mandado del rey: é lo mismo es de los maestros de las leyes que sirven á los reyes viviendo con ellos por sus jueces ó sus consejeros, y de los filósofos que muestran el saber de las naturas: cuya escusa, como ad-

(1) § 4. eod. (2) § 5. eod. (3) § 5. eod. l. 115. § 9. l. 51. § ult. de excus. (4) §§ 6 et 7. Inst. de excus. (5) § 11. eod. (6) § 12. eod. (7) § 13. eod. (8) § 14. eod.

vierte Gutiér., exige actual enseñanza ó ejercicio de su oficio, en los que quieran valerse de ella. La XIV. escusa es, la que tiene el que ha sido tutor de un huérfano, para ser su curador (1). La XV. y última escusa, que espresa dicha *ley* 3. *tít.* 17. *P.* 6. es de las que llaman necesarias, que hablando con propiedad, mas son prohibiciones que escusas, y es la que tiene el marido para ser guardador de los bienes de su mujer que fuese menor de edad. Pero debemos advertir, que en este particular tenemos ahora una ley mas nueva, que lo es la 7. *tít.* 2. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.*, en la cual se manda, que el marido que haya entrado en los 18 años, tenga la administracion de sus bienes, y de los de su mujer, sin necesidad de venia de edad, como notamos ya arriba, *tít.* 1. *n.* 27. Y por último, debemos acordar una nueva escusa establecida en la *ley* 3. *tít.* 29. *lib.* 7. *de la Nov. Rec.*, á favor del que tuviere 12 yeguas de vientre.

23 Queremos hacer aquí presente, para que los incautos no caigan en ella, la equivocacion que padecieron Aso y de Manuel en sus *Instituciones de Castilla, lib.* 1. *cap.* 4. *vers. Se escusan*, diciendo, que por la *ley* 21. *tit.* 18. *lib.* 6. *de la Nov. Rec.* no competian al pechero del rey las cuatro escusas de tutelas, pobreza, enfermedad, no saber leer ni escribir, y ser mayor de 70 años, establecidas, como hemos visto arriba *nn.* 19. *y* 20., en la *ley* 2. *tit.* 17. *P.* 6., sin advertir, que *d. l.* 21. solo deroga los privilegios ó esenciones personales concedidos á algunos plebeyos por redundar en deservicio del rey; y que por lo contrario aprueba espresamente las escusas que acabamos de espresar, por aquellas palabras: *Y queremos que no gocen de ellas, salvo aquellos, que los derechos y leyes de nuestros reinos escusan de los tales cargos y oficios.* ¿Y cómo habia de quitar unas escusas que las ha introducido la misma necesidad?

24 El tiempo para proponer el tutor la escusa, lo señala la *ley* 4. *y últ. d. tít.* 17. *P.* 6. en los mismos términos que lo hizo el Derecho romano (2), esto es, 50 dias, contaderos desde el dia en que se supiere era dado por guardador, en el caso que estuviese en el lugar en que fué dado,

(1) § 18. Inst. de excus. (2) § 16. Inst. de excus.

ó no mas léjos de 100 millas; y si estuviere á mayor distancia, un dia por cada 20 millas, y 30 dias mas. Nada mas dice nuestra ley en este particular, ni lo dijo la romana que señaló el tiempo. Pero sus jurisconsultos Scévola, Modestino y otros, interpretándola dijeron, que en este último caso debe hacerse de modo la computacion, que nunca tenga el que está mas léjos ménos de 50 dias, porque de otra suerte seria de peor condicion que el mas cercano (1). No lo hallamos en Greg. Lóp. ni en Gutiér., cuando hablan de *nuestra* ley 4., sin embargo de estar tan á la vista la equidad y peso de esta razon que movió á los jurisconsultos romanos. Y añade la misma *ley* 4. que desde el dia en que empezaron los referidos 50, hasta cumplir cuatro meses, se ha de decidir el pleito, si debe valer ó no la escusa; y que si el guardador se sintiere agraviado, por habérsele desechado la escusa que propuso, puede apelar de la sentencia.

25 Hemos hablado de los tutores nombrados que no administran la tutela por su voluntad, acreditando justas causas que les escusan. Tratemos ahora de aquellos, que aunque quisieren administrarla, son impedidos ó removidos de ello, por ser sospechosos. Aquel guardador, dice la *ley* 1. *tít.* 18. *P.* 6., puede ser llamado sospechoso, *que es de tales maneras, que pueden sospechar contra él, que desgastará los bienes del huérfano, ó que le monstrará malas costumbres.* Y añade, que aunque el tal fuese rico, y quisiere dar fiador de guardar y aliñar los bienes del mozo, con todo eso no le deben dejar en su guarda (2); como por lo contrario, que si fuese pobre, y de buenas maneras, no deben por ende sacar de su poder al huérfano. En seguida pone varias razones por las cuales pueden ser removidos, ó tollidos los tutores, y darse otros en su lugar, y son: I. Si alguno hubiese sido guardador de otro huérfano é hubiese procurado mal los bienes de él. II. Si le hubiese mostrado malas maneras. III. Si despues que hubiese en guarda al mozo, fuese hallado que era su enemigo ó de sus parientes. IV. Si dijese delante del juez, que no tenia que dar á comer al mozo, y hallasen que dice mentira (3). V. Si no hubiese hecho inventario de los bienes del huér-

(1) D. § 16. (2) §§ 5. et ult. Inst. de susp. tutor. (3) § 10. eod.

fano. VI. Si no le amparase á él, é á sus bienes en juicio, ó fuera de juicio. VII. Si se le escondiese, y no quisiese parecer, cuando supiese que le habian dado guardador del huérfano (1).

26 Acusar puede al guardador por sospechoso cada uno del pueblo. E generalmente es tenuda de lo facer la madre del huérfano, ó su abuela, ó su hermana, ó su ama que lo crió: y otra cualquier persona tambien mujer como hombre que se mueve á hacerlo por razon de piedad (2). Pero el mozo menor de 14 años no podrá acusar á su guardador por sospechoso; mas si fuese mayor lo podrá hacer con consejo de sus parientes (3). Y puede ser acusado por sospechoso tambien el que fuese dado al que está en el vientre de su madre, como al ya nacido, sea el tutor testamentario, legítimo ó dativo. Y debe ser hecha la acusacion delante del juez mayor del lugar donde ha el mozo sus bienes, estando delante aquel contra quien es dada la acusacion de la sospecha, como todo lo de este número consta en la *ley* 2. *d. tit.* 18. *P.* 6.

27 Y puede tambien el juez de oficio remover al guardador, aunque ninguno le acuse, si viere, ó entendiere que era sospechoso (4). Y debe advertirse, que pendiente el pleito de acusacion, ha de dar el juez á otro hombre bueno y fiel la guarda del mozo y de sus bienes, hasta que el pleito sea acabado, *l.* 3. *d. tit.* 18. Y si el guardador es removido por engaño que haya hecho en los bienes del menor, quedará infamado para siempre, y pagará al huérfano el daño que le hizo, segun el arbitrio del juez. Mas si no es removido por engaño, sino por pereza y haber cuidado mal, no queda infame, *l.* 4. *d. tit.* 18. (5).

28 Desembarazado el tutor de escusas y sospechas, debe encargarse de la administracion de la tutela, y ántes de entrar en ella debe dar fiadores valiosos al juez del lugar, que prometan y se obliguen por los guardadores, que ellos aliñarán y guardarán bien y lealmente los bienes de los huérfanos, y los frutos de ellos (6). Y debe tambien jurar, que hará todas las cosas á pro ó beneficio de los huérfanos que tiene en guarda, guardando lealmente sus personas y cosas, *l.* 9. *tit.* 16. *P.* 6. (7). Y asimismo debe formar luego inventario do todos los bienes y derechos del huérfano (1), de modo que si no lo hiciere, puede ser removido por sospechoso, á no ser que mostrase derecha causa de no haberlo hecho, que entónces no le deben remover, sino mandarle que lo haga luego, *l.* 15. *d. tit.* 16. Y por cuanto *esta ley* usa de la palabra *luego*, sin espresar tiempo, juzga Gutiér. citando á otros, en su *libro de tutel. part.* 2. *cap.* 1. *n.* 10., que lo debe en continente que pueda, sin valerse del tiempo concedido á los herederos. La fórmula se halla en la *ley* 99. *tit.* 18. *P.* 3. Y es de tanta fuerza este inventario, que no es permitido al guardador dar prueba en contrario, *l.* 120. *tit.* 18. Y si el huérfano no tuviese bienes, debe el guardador protestarlo ante el juez, y esta protesta le sirve de inventario, Greg. Lóp. *glosa* 3. *de d. l.* 99. citando á otros.

(1) § 9. de susp. tut. (2) § 5. eod. (3) § 4. eod. (4) L. 3. § 4. de susp. tut. (5) § 6. de susp. tut. (6) Princ. Inst. de satisd. (7) Nov. 72. cap. ult.

29 En cuanto á la obligacion del afianzar, es bien sabido, que las leyes romanas eximian de esta carga á los tutores testamentarios, con la buena razon de que su fe y diligencia está aprobada por el testador, que cuida de nombrar á sus mayores y mas fieles amigos (2). Y este modo de pensar siguen Gutiér. *d. lib. part.* 1. *cap.* 3. *n.* 1. y Greg. Lóp. en la *glosa* 3. *de d. l.* 9. *tit.* 16. *P.* 6., cuya ley y la 94. *tit.* 18. *P.* 3. lo confirman tambien, cuando tratando de la obligacion de afianzar, solo hablan de los legítimos. Y por lo que respecta á los dativos, añade allí mismo Greg. Lóp. que en la práctica (así lo vemos) á todos se les exige que afiancen.

30 De la madre y la abuela dijimos arriba en el *n.* 6., que para tomar la tutela, deben prometer no casar y renunciar á la prohibicion de obligarse por otros. Y hablando de ellas en cuanto á la obligacion de afianzar Aso y de Manuel en sus *Instituciones*, *lib.* 1. *cap.* 3. *vers. Como*, dicen que solo están obligadas á hacer las renuncias. Pero tenemos por mucho mas probable la contraria opinion de Greg. Lóp. en la *glosa* 8. *de d. l.* 9. y Gutiérrez en *d. part.* 1. *cap.* 12. *n.* 16. en donde la prueban latamente con bellísimas razones, satisfaciendo lo que pueda decirse en contrario.

31 Si los guardadores de los huérfanos fueren muchos,

(1) L. 7. de adm. et per. tutor.
(2) Princ. Inst. de satisd. tut. l. 36. de excusat.

y se levantare desacuerdo entre ellos, de manera que no se puedan todos juntar á hacer aquellas cosas que son obligados, puede uno de ellos decir al juez, que quiere afianzar y obligarse á cumplir por todos; y si no, que lo haga alguno de ellos: y si se acordaren en esto, debe el juez recibir el afianzamiento. Pero si se desacordaren de manera, que cada uno quiere obligarse, debe escoger el juez á aquel que entendiere lo hará mejor, y será mas provechoso al huérfano, y tomándole fiador en los términos referidos, darle poder para que él solo administre la tutela, *l.* 11. *d. tit.* 16. *P.* 6., en cuya *glosa* 4. dice Greg. Lóp., que si el testador espresó cuál de los que nombraba queria que administrase, este debia ser preferido á todos si no es que constase de alguna circunstancia por la cual debia ser repelido; y que si no se convienen, que uno solo administre: pidiendo que la tutela se divida por regiones, deberán ser oidos.

32 En el gobierno de la administracion de su oficio, debe el tutor cuidar ante todas cosas de la utilidad de la persona del pupilo; y en consecuencia de ello, de la de los bienes del mismo. Veamos pues primero lo que debe hacer en cuanto á la persona. Ha de cuidar de su educacion y alimentos. Si el padre ó el abuelo señalaren en su testamento el lugar, en él deberá educarse, y si no lo hubieren hecho, procurará el juez con mucho cuidado escoger un hombre bueno, que ame la persona del huérfano, y el provecho de él, y que sea tal, que muriendo el mozo, no haya derecho de heredar lo suyo. Pero si tuviese madre que fuese mujer de buena fama, bien le puede dar el hijo que lo crie, y ella lo puede tener miéntras se mantuviese viuda. Mas luego que casare, deben sacar el huérfano de su poder, *l.* 19. *d. tit.* 16. *P.* 6.

33 Los alimentos del huérfano debe tasarlos el juez segun su arbitrio, atendida la riqueza del mozo, tanto en cuanto al comer, como en el vestir, con los de su compañía, y cuidando salgan estos gastos de los réditos ó frutos de los bienes del mismo mozo, quedándole salvas las fincas, si se pudiere facer, segun lo espresa la *ley* 20. *de dicho tit.* 16. Y comentando Greg. Lóp. estas últimas palabras *si se pudiese facer*, dice en la *glosa* 3. que apoyan la opinion de Alberico, que manifestó en la *glosa* 1., esto es, que puede el guardador echar mano á las propiedades del huérfano, cuando no bastaren sus réditos para alimentarle, mayormente si fuese noble. Y lo mismo afirma Gutiér. en *d. libro*, *part.* 2. *cap.* 3. *n.* 10. citando á otros. Y añade Molina *de just. et jur. disp. vers. Quando minores*, que atendida la calidad de los huérfanos y sus padres, deben los guardadores destinarles á artes, oficios, ó servir á otros, para alimentarles y educarles; y con efecto así vemos practicarse: ni hay otro camino que tomar. Así lo dicta la equidad, aunque nos falte ley espresa, como en caso semejante dijo con su acostumbrada elegancia el célebre jurisconsulto Ulpiano (1). Cuando los frutos ó réditos de los bienes de los pupilos igualan poco mas ó ménos á los alimentos que les corresponden, hay la práctica de pedirse por los tutores, y concedérseles por el juez frutos por alimentos, es decir, que alimentando al pupilo segun su estado y circunstancias, hagan suyos los frutos sin obligacion de dar cuenta de ellos, ni poder sacar su décima. Es un método muy desembarazado, y si se ejecuta sin fraude y con justificacion, no contiene iniquidad alguna, ni es perjudicial á los pupilos.

34 Y adviértase, que si el guardador entendiese, que seria daño del mozo el descubrir la riqueza ó la pobreza de él, y por esta razon le gobernase de lo suyo, espendiendo por él cuanto fuese guisado, ó poco mas por esta razon, entónces lo puede facer; é debe despues el mozo, cuando fuere de edad, pagarle todo lo que de esta manera hubiere despendido por él, como espresamente lo establece *d. l.* 20. Cuya doctrina es de dictámen Gutiér. en su *citado libro*, *part.* 2. *cap.* 3. *n.* 5. que tiene lugar, no solo cuando el guardador tuvo justa causa para hacerlo, sino tambien cuando lo hizo por descuido de no haber acudido al juez.

35 Debe tambien cuidar el guardador que el huérfano aprenda buenas costumbres, y á leer y escribir; y despues ponerle á que aprenda y use aquel menester ó destino, que mas le conviniere, segun sus circunstancias y riqueza, *l.* 16. *d. tit.* 16. *P.* 6. Y es tambien obligacion del guardador demandar en nombre del huérfano, y defender su derecho en todo pleito que moviese, ó le fuese movido en juicio. Y

(1) L. 2. § 5. de aq. pluv. arcen.

lo puede hacer uno solo de los guardadores, si fuesen muchos, aunque los otros no estuviesen delante, siendo el huérfano menor de siete años, ó estando ausente. Pero si fuese mayor de esta edad, puede el mismo huérfano mover el pleito con otorgamiento del guardador, ó este en nombre del huérfano, estando presentes los dos. Y si el mismo huérfano hiciese algun contrato con otro sin otorgamiento del guardador, no valdria en cuanto fuese en su daño; pero sí en cuanto le fuese provechoso: y el otorgamiento débelo hacer el guardador por sí, y no por mandadero ni carta, *l.* 17. *d. tit.* 16. (1).

36 Asimismo debe cuidar el guardador con buena fe y lealmente de los bienes del huérfano, enderezándolo todo á su beneficio, conservando los edificios que no caigan, labrando las tierras, y criando los ganados que hallare, *l.* 15. *d. tit.* 16. Y aunque nada hallamos espresamente establecido en nuestras leyes sobre obligacion de emplear el guardador el dinero del huérfano; vemos y advertimos, que nuestros mas célebres jurisconsultos, Covar. *l.* 3. *variar. cap.* 2. *n.* 4. Gutiér. *de tutel. part.* 2. *cap.* 9. y otros que tratan de este asunto, dicen estar obligado á emplearlo en compras de fincas, ó entregarlo á algun mercader á participacion de un lucro honesto, segun el estilo de la provincia: cuyo lucro puede recibir lícitamente, segun la doctrina del capítulo *per vestras* 7. *de las Decretales, de donat. inter vir. et uxor.* Y de consiguiente, que debe ser condenado á satisfacer al huérfano el perjuicio que le haya causado con tener el dinero ocioso; pero con la advertencia de que este lucro ó interes del huérfano sea leve, como así está recibido en la práctica, como atestigua Ayora *de partit. part.* 1. *cap.* 4. *n.* 30. Y este empleo lo deberá hacer dentro de los 6 primeros meses, desde que recibió la tutela; ó de dos, si fuese ya nombrado de atras, si no es que hubiese impedimento para el empleo.

37 Por la utilidad de los huérfanos, tienen prohibicion de enajenar sus bienes raíces los guardadores, *l.* 18. *d. tit.* 16. *l.* 60. *tit.* 18. *P.* 3.; entendiéndose tambien por enajenacion el empeñarles, *l.* 8. *tit.* 13. *P.* 5. Y aunque estas tres leyes todo lo espresan de los bienes raíces, con

(1) Princ. Inst. de auct. tut.

todo en atencion á que la *ley* 4. *tit.* 5. *P.* 5. dice generalmente, que los guardadores no deben enajenar las cosas de los huérfanos, opinan algunos de nuestros doctores, á imitacion del Derecho romano (1), que tampoco pueden enajenar las muebles preciosas útiles al huérfano que puedan guardarse. Gutiér. en su *citado libro de tut. part.* 2. *cap.* 21. examina lata y fundadamente esta cuestion, resolviendo á lo último, que aunque no las pueden enajenar, las pueden empeñar. Tambien la examina Greg. Lóp. en la *glosa* 3. *de la ley* 4. *tit.* 5. *P.* 5. y en la 3. *de la ley* 8. *tit.* 13. *P.* 5. Se fundan en que *d. l.* 8. concede la facultad de empeñar las muebles indistintamente: bien que con la añadidura, de que debe meter en pro del mozo los maravedís que tomare sobre los peños. Nuestro instituto no nos permite engolfarnos mas. Esta absoluta prohibicion debe entenderse, si no interviniere decreto del juez; pues con este podrán enajenar los guardadores dichos bienes, cuando fuere grande la necesidad ó el provecho de los huérfanos, como si lo hicieren por pagar deudas, casar alguna de las hermanas del mozo, por casamiento del mismo, ó por otra razon derecha, no lo pudiendo escusar en ninguna manera; de suerte que el juez deberá otorgar el decreto, si entendiere que tal enajenamiento se hace por alguna de las razones sobredichas. Y se hará la enajenacion en pública almoneda de 30 dias. Y no deberá consentir, que la casa que fué del padre ó del abuelo del huérfano en que él nació se enajene en ninguna manera, pudiéndolo escusar, *d. l.* 18. *d. l.* 60.

38 Como la prohibicion de enajenar los guardadores los bienes de sus huérfanos, solo dice respecto á los raíces ó muebles preciosos ó útiles á estos, que pueden guardarse, claro está que pueden enajenar los demas muebles sin decreto del juez, cuidando siempre de hacerlo por beneficio del huérfano, y de consiguiente empeñarlos, *l.* 8. *tit.* 13. *P.* 5. Gutiér. *d. part.* 2. *cap.* 21. La *ley* 4. *tit.* 5. *P.* 5. permitia, que el guardador pudiese comprar bienes de su huérfano, bajo ciertas solemnidades; pero está corregida por la *ley* 1. *tit.* 12. *lib.* 10 *de la Nov. Rec.* que prohibe que el cabezalero, guardador de huérfanos, ú otro hombre

(1) L. 22. C. de administ. tutor.

ó mujer, que sea, pueda comprar cosa alguna de sus bienes de aquel ó aquellos que administrare, previniendo que si la comprare pública y secretamente pudiéndose probar, la compra que así fuere hecha, no vala, y sea desfecha y torne el cuatrotanto de lo que valia lo que compró, y sea para la Cámara del rey.

39 Fenecida la tutela está obligado el tutor ó guardador á dar cuenta buena y verdadera de su administracion, entregando al mismo huérfano ó á su sucesor todos los bienes así muebles como raíces. Y para cumplirlo, ademas del guardador, están obligados los fiadores que dió, y sus herederos con todos sus bienes, como espresamente lo establece la *ley últ. de d. tit.* 16. *P.* 6., de cuyas últimas palabras infiere Greg. Lóp. en su *glosa* 8. que aun los bienes propios de los herederos de los fiadores están hipotecados á favor del huérfano; y recomienda la memoria de *esta ley*. Que los de los mismos guardadores lo estén desde el dia en que comenzaron á usar su oficio de la guarda hasta que den cuenta, es literal en la *ley* 23. *tit.* 13. *P.* 5.

40 Ademas de tener los guardadores derecho de que se les abone en las cuentas lo que justa y legítimamente hayan gastado en beneficio y provecho de los huérfanos, lo tienen tambien para percibir la décima parte de los frutos de los bienes de estos. Así lo estableció la *ley* 3. *tit.* 3. *lib.* 4. *del Fuero juzgo*, y despues la 2. *tit.* 7. *lib.* 3. *del Fuero real*. Y por cuanto estas dos leyes espresan, que la décima ha de ser de los frutos de los bienes del huérfano, y fruto en el sentido civil, se entiende lo que sobra deducidas las espensas, *lib.* 4. *tit.* 14. *P.* 6. *vers. Ca segun* (1), prueba bien Gutiér. *de tutel. part.* 3. *cap.* 27., que ántes se han de sacar las espensas, y de lo que restare líquido, la décima, entendiendo por espensas las que se hubiesen hecho por razon de los frutos; pero no las hechas para utilidad perpetua ó mejora de los mismos bienes, como reparar la casa ú otras semejantes, las cuales no disminuyen la décima, sí que se han de pagar íntegramente de los frutos pertenecientes al huérfano. Y en el *cap.* 23. entiende con razon por frutos á los naturales, industriales y civiles. Si el guardador fuese labrador, y trabajase con sus manos en

(1) L. 7. solut matrim.

tierra del huérfano, podrá cobrarlo á título de espensas, ademas y ántes de percibir la décima; mas no si pretendiere cobrar algo por razon de haber cuidado de los negocios del huérfano, cobrando y pagando sus deudas, porque esto pertenece al oficio del guardador, como advierte el mismo Gutiér. en *d. part.* 3. *cap.* 2. *nn.* 19. 20.

41 El derecho del padre en los bienes del hijo que tiene en su patria potestad, de los que es usufructuario y legítimo administrador, es muy superior al de los otros que administran bienes ajenos. No necesita decreto de juez para tomar y ejercer su administracion. Ni para enajenar los bienes raíces, cuando hay justa causa para la enajenacion. Ni está obligado á hacer inventario de ellos, sí solo una descripcion ante un escribano, presentes padre é hijo, y dos testigos, como citando á muchos lo prueba Castillo *de usufruct. cap.* 3. *nn.* 10. 69. 87. *y siguientes*, en que esplica la diferencia entre inventario y descripcion. La *ley* 24. *tit.* 13. *P.* 5. que citamos abajo, *tit.* 17. *n.* 6., prueba esta facultad en el padre de enajenar, sin hacer mencion de decreto de juez, aunque no debe hacerlo.

TÍTULO VIII.

DE LA RESTITUCION DE LOS MENORES.

Tít. 19. P. 6. y tít. 13. lib. 11. de la Nov. Rec. (1).

1. *Razon del método.*
2. *Qué cosa sea restitucion* in integrum.
3. *Qué ha de probar el menor para conseguirla, y en qué casos compete.*
4. *Se concede con conocimiento de causa, y cómo. Solo en un caso aprovecha á los fiadores.*
5. 6. *y* 7. *Casos en que cesa la restitucion.*
8. *Tiempo de pedirse.*
9. *Compete tambien á las iglesias, ciudades y otros cuerpos.*
10. 11. *y* 12. *Y á otros espresados en estos números.*

1 Nos parece bastar lo que hemos dicho de tutores y cu-

(1) Tit. 4. lib. 4.

ó mujer, que sea, pueda comprar cosa alguna de sus bienes de aquel ó aquellos que administrare, previniendo que si la comprare pública y secretamente pudiéndose probar, la compra que así fuere hecha, no vala, y sea desfecha y torne el cuatrotanto de lo que valia lo que compró, y sea para la Cámara del rey.

39 Fenecida la tutela está obligado el tutor ó guardador á dar cuenta buena y verdadera de su administracion, entregando al mismo huérfano ó á su sucesor todos los bienes así muebles como raíces. Y para cumplirlo, ademas del guardador, están obligados los fiadores que dió, y sus herederos con todos sus bienes, como espresamente lo establece la *ley últ. de d. tit.* 16. *P.* 6., de cuyas últimas palabras infiere Greg. Lóp. en su *glosa* 8. que aun los bienes propios de los herederos de los fiadores están hipotecados á favor del huérfano; y recomienda la memoria de *esta ley*. Que los de los mismos guardadores lo estén desde el dia en que comenzaron á usar su oficio de la guarda hasta que den cuenta, es literal en la *ley* 23. *tit.* 13. *P.* 5.

40 Ademas de tener los guardadores derecho de que se les abone en las cuentas lo que justa y legítimamente hayan gastado en beneficio y provecho de los huérfanos, lo tienen tambien para percibir la décima parte de los frutos de los bienes de estos. Así lo estableció la *ley* 3. *tit.* 3. *lib.* 4. *del Fuero juzgo*, y despues la 2. *tit.* 7. *lib.* 3. *del Fuero real*. Y por cuanto estas dos leyes espresan, que la décima ha de ser de los frutos de los bienes del huérfano, y fruto en el sentido civil, se entiende lo que sobra deducidas las espensas, *lib.* 4. *tit.* 14. *P.* 6. *vers. Ca segun* (1), prueba bien Gutiér. *de tutel. part.* 3. *cap.* 27., que ántes se han de sacar las espensas, y de lo que restare líquido, la décima, entendiendo por espensas las que se hubiesen hecho por razon de los frutos; pero no las hechas para utilidad perpetua ó mejora de los mismos bienes, como reparar la casa ú otras semejantes, las cuales no disminuyen la décima, sí que se han de pagar íntegramente de los frutos pertenecientes al huérfano. Y en el *cap.* 23. entiende con razon por frutos á los naturales, industriales y civiles. Si el guardador fuese labrador, y trabajase con sus manos en

(1) L. 7. solut matrim.

tierra del huérfano, podrá cobrarlo á título de espensas, ademas y ántes de percibir la décima; mas no si pretendiere cobrar algo por razon de haber cuidado de los negocios del huérfano, cobrando y pagando sus deudas, porque esto pertenece al oficio del guardador, como advierte el mismo Gutiér. en *d. part.* 3. *cap.* 2. *nn.* 19. 20.

41 El derecho del padre en los bienes del hijo que tiene en su patria potestad, de los que es usufructuario y legítimo administrador, es muy superior al de los otros que administran bienes ajenos. No necesita decreto de juez para tomar y ejercer su administracion. Ni para enajenar los bienes raíces, cuando hay justa causa para la enajenacion. Ni está obligado á hacer inventario de ellos, sí solo una descripcion ante un escribano, presentes padre é hijo, y dos testigos, como citando á muchos lo prueba Castillo *de usufruct. cap.* 3. *nn.* 10. 69. 87. *y siguientes*, en que esplica la diferencia entre inventario y descripcion. La *ley* 24. *tit.* 13. *P.* 5. que citamos abajo, *tit.* 17. *n.* 6., prueba esta facultad en el padre de enajenar, sin hacer mencion de decreto de juez, aunque no debe hacerlo.

TÍTULO VIII.

DE LA RESTITUCION DE LOS MENORES.

Tít. 19. P. 6. y tít. 13. lib. 11. de la Nov. Rec. (1).

1. *Razon del método.*
2. *Qué cosa sea restitucion* in integrum.
3. *Qué ha de probar el menor para conseguirla, y en qué casos compete.*
4. *Se concede con conocimiento de causa, y cómo. Solo en un caso aprovecha á los fiadores.*
5. 6. *y* 7. *Casos en que cesa la restitucion.*
8. *Tiempo de pedirse.*
9. *Compete tambien á las iglesias, ciudades y otros cuerpos.*
10. 11. *y* 12. *Y á otros espresados en estos números.*

1 Nos parece bastar lo que hemos dicho de tutores y cu-

(1) Tit. 4. lib. 4.

radores. Y en atencion á que los huérfanos que están bajo la potestad y gobierno de estos tienen la restitucion *in integrum*, cuando son perjudicados por razon de sus tratos y negocios, creemos no ser importuno tratar aquí de estas restituciones; y con efecto este mismo órden sigue el libro de las *Partidas*.

2 Es constante que el juicio de los menores es frágil y débil, y por lo mismo espuesto á muchos engaños y perjuicios, que los padecen con frecuencia por su propia debilidad, por culpa de sus guardadores, ó de otros. Y de ahí es, que los legisladores han tenido á bien mandar, que sean restituidos ó restablecidos de los daños que hayan recibido por estos motivos, *princ. del tít.* 19. *y últ. P.* 6. A este remedio de los menores llamaron las leyes romanas (1) *restitutio in integrum*, y así le llaman tambien nuestras leyes, *l.* 3. *tít.* 13. *lib.* 11. *de la Nov. Rec.* y otras, y no es otra cosa que *Reposicion de la cosa al estado que tenia ántes de haber padecido el daño el menor*, *l.* 1. *d. tít.* 19, *l.* 1. *tít.* 25. *P.* 3.

3 Menor se entiende el que no ha cumplido los 25 años, aunque le falte muy poco tiempo para ello, advirtiéndose que si el año del nacimiento ó el último de la menor edad fuese bisiesto, los dos últimos dias de febrero se cuentan por uno (2). Y para conseguir la restitucion ha de probar dos cosas. La una, que es menor, y la otra, que ha recibido daño por su debilidad, por culpa de su guardador, ó por engaño de otro, *l.* 2. *d. tít.* 19. (3), tanto en los actos judiciales como en los estrajudiciales (4). de cualquiera naturaleza que sean, *l.* 2. *tít.* 25. *P.* 3. *l.* 3. 5. *d. tít.* 19., en la que se ponen varios ejemplos, sin impedir la restitucion de haber intervenido decreto del juez, *l.* 1. *título* 13. *P.* 3. Y tiene tambien lugar la restitucion para desamparar el menor la herencia que hubiese ya adido (5). Pero deberá hacerlo delante de los acreedores de la herencia, para que sepan las razones por que la desampara. Y en vista de serle dañosa, la acuerda el juez, poniendo primeramente en seguridad todas las cosas que perteneciesen á la herencia, *l.* 7. *d. tít.* 19. Y en cuanto á prescripciones previene la *ley* 9. *de d. tít.* 19. que las de veinte ó ménos años no corren contra los menores, sino en el caso que hayan empezado contra sus predecesores, y entónces compete la restitucion por razon del tiempo que corrió contra ellos durante su menor edad. Pero que las de mayor tiempo corren contra los mayores de 14 años, sin distincion, compitiendo para rescindirlas la restitucion. Y queremos advertir aquí las siguientes especies, aunque no tocadas en nuestras leyes, porque sobre ser harto interesantes, las trató el Derecho romano y creemos ser equitativo lo que estableció, y son, que la restitucion de los menores tiene tambien lugar contra el fisco, y vence á los privilegios, que los senadosconsultos Veleyano y Macedoniano concedieron á las mujeres é hijos de familia. Lo tratamos con mas estension *en nuestro Digesto lib.* 4. *tít.* 4. *n.* 12. notando tambien lo que deba hacerse cuando un menor choca contra otro menor.

(1) Tít. 4. lib. 4. (2) L. 98. de verb. sign. (3) L. 7. § 7. de minor. (4) D. l. 7. § 5. (5) D. l. 7. § 9.

4 La restitucion se ha de conceder con conocimiento de causa, como suele decirse, esto es, el juez debe llamar ante sí la otra parte á quien se hace la demanda (1), y si hallare que el pleito, juicio ó diligencia sobre que demandan la entrega, fué hecho en daño del menor, débele tornar en aquel estado en que era ántes, de manera que cada una de las partes haya en salvo su derecho, así como lo habia primeramente, *l.* 2. *tít.* 25. *P.* 3. Y puede el menor hacer esta demanda no solo durante su menor edad, sino tambien cuatro años despues, que se suelen llamar el cuadrienio legal; y no solamente el menor, sino aun sus herederos, *l.* 8. *d. tít.* 19. *P.* 6. (2). Y pendiente el juicio de restitucion, no puede hacerse en él cosa alguna nueva, *d. l.* 2. *tít.* 25. *P.* 3. (3). Pero no aprovechará la restitucion á los fiadores del menor, sino en el caso en que fuese hecho engaño en el mismo negocio del cual fué fiador, que entónces deberá ser deshecho á beneficio del menor y fiadores, en cuanto montare el engaño, *l.* 4. *tít.* 12. *P.* 5.

5 Carleval en su libro *de jud. tít.* 3 *quæst.* 16. *n.* 36. y Gutiér. *praticar. quæst.* 32. *n. pen.* juzgan, que no debe denegarse la restitucion, sino en los casos que espresamente esté prevenido, sin que basten palabras generales, y así lo persuade la suma equidad que ha dado causa á este remedio. Los casos en que se niega, son: 1. Si dijese el

(1) L. 13. de minor. (2) L. ult. C. de temp. in integ. restit. l. 1. l. 8. § ult. de minor. (3) Tit. C. in int. rest. post.

menor engañosamente, que era mayor de 25 años, y por su persona pareciese tal, *l.* 6. *d. tít.* 19.; la cual da la razon, á saber, que las leyes ayudan á los engañados, y no á los engañadores (1). Pero si por la cara pareciese ser menor, dice Greg. Lóp. en la *glosa* 1. *de d. l.* 6. fundado en sus mismas palabras, y citando á otros y á las leyes romanas (2), que tendria lugar la restitucion, porque no se podria decir engañado el que trató con el menor, sino que los dos fueron dolosos, y el dolo del uno se compensaria con el del otro, como si ninguno lo hubiese tenido. II. Si el pleito fuese comenzado siendo el huérfano menor, y la sentencia se diere cuando ya era mayor, *l.* 2. *d. tít.* 25. *P.* 3. (3). III. Si el huérfano mayor ya de 10 años y medio fuese sentenciado por haber cometido homicidio, hurto ú otros delitos semejantes, *l.* 4. *d. tít.* 19. Y lo mismo seria si siendo mayor de 14 años, constase haber cometido adulterio, *d. l.* 4. (4). IV. Si habiendo seguido el menor pleito pidiendo se declarase que alguno era su esclavo, se hubiese sentenciado que era libre: lo que se ha establecido por favor de la libertad, *l.* 6. *d. tít.* 19. (5). V. Si el deudor del menor le pagase con otorgamiento ó mandamiento del juez. Pero si pagase de otra manera, y despues el menor jugare el dinero ó lo gastare mal ó le perdiese, sí que tendria lugar la restitucion, *l.* 4. *tít.* 14. *P.* 5. (6). La razon de cesar en el primer caso, sin embargo de competir aun cuando interviene decreto del juez, como hemos notado arriba *n.* 3., es porque el deudor pagó por necesidad que tuvo de obedecer el mandamiento del juez: lo que es justo le liberte y dé seguridad.

6 VI. Cesa la restitucion, si el daño que ha padecido el menor por razon de sus tratos, viniese por caso fortúito, porque para tenerla es preciso le haya sucedido el daño por su debilidad de juicio, culpa del guardador ó engaño de otro, *l.* 2. *d. tít.* 19. (7). VII. Cesa tambien, si el menor tuviese el remedio de la nulidad, por haber sido nula la sentencia que le dañaba, *l.* 4. *d. tít.* 25. *P.* 3. (8). Y es la razon, porque la restitucion es remedio estraordinario

(1) L. 2. l. 3. C. si min. se maj. dix. (2) L. 25. junc. l. 26. de rei vind. l. ult. § 5. de eo per quem facer. (3) L. 3. § 1. de min. (4) L. 9 § 2. eod. (5) D. l. 9. § ult. sit. C. si adver. lib. (6) L. 4. C. si adv. solut. (7) L. 11. §. 4. de min. (8) L. 16. § 5. de min.

y subsidiario, y los que son de esta clase, cesan cuando compete algun ordinario, y lo que es nulo no puede rescindirse (1): cuya razon la indica la misma *ley* 1. por aquellas palabras: *E por ende no seria menester de desatarla por restitucion.* VIII. Niega tambien la restitucion á los mozos mayores de 14 años el que hayan jurado no hacer uso de su mayor edad para rescindir sus contratos ó pleitos, *l.* 6. *de d. tít.* 19., aprobando la famosa auténtica de los romanos, *Sacramenta puberum*, que tanto ha turbado la jurisprudencia, como claman muchísimos autores, y en nuestro tiempo Castro en sus *discursos críticos sobre las leyes*, *lib.* 3. *disc.* 2. *y* 4. Vemos con gusto su inobservancia; y hemos manifestado nuestro dictámen sobre ella en el *Apéndice de minor.* 25. *an.* que va en su título correspondiente en nuestro *Digesto romano español.* En el Derecho romano estableció la ley 1. *C. de his qui veniam ætat.* no tener la restitucion los que hubiesen obtenido la venia ó dispensa de edad, diciendo ser cosa muy manifiesta, porque no pareciese que habian sido engañados por la real concesion, los que contrajeron con ellos. Aunque no hemos hallado ley de España, que lo diga, nos ha parecido notarlo para que se haga el uso que se estime.

7 Tampoco hay restitucion de algunos términos dilatorios, que por eso llamamos fatales, cuales son el de 9 dias para intentar el retracto de sangre ó abolengo, *l.* 2. *tít.* 13. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* y el de 3 para suplicar de la sentencia interlocutoria, *l.* 1. *tít.* 21. *lib.* 11. *Nov. Rec.*, y el de 6 para tachar los testigos, *l.* 1. *tít.* 12. *lib.* 11. *Nov. Rec.*

8 El tiempo en que puede pedirse restitucion en juicio sobre probanzas, se espresa en las *leyes* 1. 3. *y* 4. *tít.* 13. *lib.* 11. *de la Nov. Rec.*, previniéndose, que no puede pedirse dos veces, y que así se esprese en la sentencia.

9 Ultimamente advertimos que de este mismo beneficio de la restitucion gozan las iglesias, el fisco, y los concejos, ciudades ó universidades cuando reciben daño por engaño ó negligencia de otro (2), la que debe pedirse dentro de 4 años contaderos desde el dia en que recibieron el engaño ó menoscabo; y si el daño fuese de mas de la mitad del precio, dentro de 30 años, *l.* 10. *tít.* 19. *P.* 6.

(1) D. l. 16. per totam. (2) L. 4. C. ex quib. caus. maj.

10 Ademas de los menores y cuerpos de que acabamos de hablar, hay otros á quienes compete la restitucion *in integrum*. La tienen en primer lugar los que reciben daño de algun contrato que se les hizo otorgar por fuerza ó miedo; pues aunque los contratos así celebrados valen atendido el rigor del derecho, porque como suele decirse, la voluntad forzada es voluntad (1), se deshacen por la ley á beneficio de la equidad que la dicta, y ha motivado todas las restituciones *in integrum*, *l.* 56. *tit.* 5. *P.* 5. y en su *glosa* 1. Greg. Lóp. Pero debe advertirse, que el miedo que da lugar á la restitucion, ha de ser grave, que segun se acostumbra decir, cae en varon constante, como es el de la muerte, perdimiento de miembro, de la libertad ó de la fama; porque el leve ó vano no sirve, *l.* 7. *tit*, 33. *P.* 7. (2).

11 Y la tienen tambien aquellos, cuyas cosas, estando ellos ausentes por causa de guerra, mandamiento del rey ú otra de la república, de estudios, romería ú otra semejante, ó en cautiverio, las usucape ó prescribe otro; y se les cuenta el cuadrienio para pedirla desde el dia en que se restituyeron á sus hogares, y á sus herederos, desde el que murieron ellos en el lugar de su ausencia, *l.* 10. *tit.* 23. *l.* 28. *tit.* 29. *P.* 3. (3) cuyo beneficio amplía la *ley* 4. *tit.* 34. *lib.* 11. *Nov. Rec.* Hemos sido de dictámen en nuestro *Digesto, lib.* 4. *tit.* 6. *n.* 10. competer este beneficio aun en el caso que los ausentes hubiesen dejado procurador en la ciudad, fundados en razones que parecen sólidas.

12 Y últimamente compete este beneficio de la restitucion á aquellos, que queriendo demandar alguna cosa á otro, la enajena este á quien fuese mas poderoso que él, oponiendo al demandador un contrario mas fuerte ó embarazoso. Si así sucediere, podrá el demandador usar del remedio de la restitucion, pidiendo la cosa al que la tuviere, ó la refaccion de perjuicios al que la enajenó, segun escogiere, *l.* 30. *tit.* 2. *l.* 15. *tit.* 7. *P.* 3. Y por cuanto esta *l.* 15. para dar entrada á estas acciones, exige que la enajenacion haya sido engañosamente ó con dolo, advierte bien en su *glosa* 2. Greg. Lóp. que cesarán si se hubiese

(1) L. 21. § 5. quod. met. caus. (2) L. 84. de diversis regulis juris.
(3) L. § 2. ex quibus caus. major. 25. an.

hecho sin dolo, por razon de la edad, salud ú ocupaciones necesarias (1). Y por cuanto este no se presume en las últimas voluntades, cesará tambien, segun una ley romana (2), cuando uno enajena la cosa, instituyendo heredero, ó legándola, concurriendo ademas ser esta enajenacion necesaria.

(1) L. 1. (2) L. 8. § 3. de alien. jud. caus. mut.

FIN DEL LIBRO PRIMERO.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

LIBRO SEGUNDO.

DE LAS COSAS.

TÍTULO PRIMERO. (1).

DE LA DIVISION DE LAS COSAS, Y DEL MODO DE ADQUIRIR SU DOMINIO.

Tit. 28. Partida 3.

1. *Qué se entiende por cosa, y se dividen las cosas en cinco especies.*
2. *hasta el 9. Se esplican las cinco especies de cosas.*
9. *Dos subdivisiones de cosas.*
10. *Qué sea dominio, y cómo se entiende esta palabra.*
11. *La division de los dominios ha nacido del derecho de gentes, y cuántos sean los modos de adquirirlo.*
12. 13. *Por ocupacion se adquieren los animales fieros y salvajes.*
14. *Restriccion sobre el cazar y pescar.*
15. *De las abejas.*
16. *De los animales mansos ó domésticos.*
17. *De los domesticados, y principalmente de las palomas.*
18. *De la invencion: de las cosas desamparadas, y de las mostrencas.*
19. *De la invencion del tesoro.*
20. *De la tradicion.*
21. *Division de accesion en discreta y continua.*
22. *Subdivision de la accesion continua en natural, é industrial, con esplicacion de la aluvion y manifiesta fuerza del rio.*

(1) Tit. 1. lib. 2. Inst.

23. *De las islas de los rios, mutacion de su álveo ó cauce, y de la inundacion.*
24. *De la accesion industrial cuando una cosa se junta á otra.*
25. 26. *Otros ejemplos de la accesion industrial, cuando se escribe, pinta ó edifica.*
27. *De la especificacion.*
28. 29. *y* 30. *Del poseedor de buena fe.*

1 Habiendo tratado del primer objeto del Derecho, que son las personas, pasamos á tratar del segundo que son las cosas. El nombre *cosa* es generalísimo, pues comprende á cuanto hay en el mundo, pero aquí se toma por *Aquello que no siendo persona ni accion, puede ser de algun útil ó comodidad al hombre.* La *ley* 2. *tit.* 28. *P* 3. divide las cosas en cinco especies. I. Comunes á las bestias y todas las otras criaturas que viven. para poder usar de ellas, tambien como á los hombres. II. Otras que pertenecen tan solamente á todos los hombres. III. Otras que pertenecen apartadamente al comun de alguna ciudad, villa, castillo ú otro cuerpo semejante. IV. Otras que señaladamente pertenecen á cada un hombre para poder ganar ó perder el señorío de ellas. V. Otras que no pertenecen á señorío de ningun hombre, ni son contadas en sus bienes (1).

2 En la siguiente *ley* 3. *de d. tít.* 28. se dice pertenecer á la primera especie el aire, las aguas de la lluvia, el mar y sus riberas (2) : de cada una de las cuales puede usar cualquiera criatura que viva. Por ello todo hombre se puede aprovechar del mar y de su ribera, pescando ó navegando, ó haciendo todas las cosas que entendiere que le aprovecharen, *dicha l.* 3. Podrá pues hacer en ellas casa ó cabaña á que se acoja cuando quisiere, y cualquier otro edificio que le aproveche, de manera que no embarace el uso comun de las gentes; y hacer en ellas naves y enjugar redes. Y de cuanto labrare é hiciere, ningun otro puede impedirle que use y se aproveche, *l. 4. d. tit.* 28. Ni podrá tampoco ningun otro usar de estas obras ni derribarlas sin otorgamiento del que las hizo. Pero si las derribare el mar ú otro, ó se cayesen, bien podria cualquiera hacer

(1) Princ. Ins'. de rer. div. (2) § 1. cod.

otro edificio en el mismo lugar. Son pues del que edificó, miéntras se conservan, y no mas, *d. l.* 3. Y es llamado ribera *Todo aquel lugar que cubre el agua del mar, cuando mas crece, en cualquier tiempo de invierno ó de verano, d. l.* 4.

5 Entre las cosas de la segunda especie cuenta la *ley* 6. *de d. tít.* 28. los rios, los puertos y los caminos públicos, diciendo pertenecer comunalmente á todos los hombres (1), en tal manera, que tambien pueden usar de ellos los que son de otra tierra estraña, como los que moran ó viven en aquella tierra de do son. Si se confronta la esplicacion de las cosas de esta especie con la de las de la I.ª, veremos, que en cuanto al uso de los hombres no parece distincion; porque unas y otras pertenecen al comun de todos los hombres, sean de la tierra que fueren. Tampoco la presentaban las *Instituciones* romanas en los §§. 1. y 2. *de rer. div.* en que hablaron de estas dos especies de cosas; pero sus intérpretes la hacen diciendo, que el uso de las de la I.ª especie es comun á todos los hombres del mundo, y el de las de la II.ª á todos los de aquel territorio en que se hallan; pero no á los de otro: y esta misma diferencia indica Greg. Lóp., célebre comentador de nuestras leyes de las Partidas, en la *glosa* 4. *de dicha ley* 6. La causa de haberse hecho mencion del uso de las bestias en la esplicacion de las cosas de la primera especie, y no cuando se esplican las de la segunda, no la alcanzamos.

4 Como el uso de los rios es comunal á todos, ninguno puede hacer en ellos ni en su ribera molino, casa ú otro edificio que embarace el uso de su navegacion. Y si alguno lo hiciese de nuevo, ó fuese hecho antiguamente, de que viniese daño á dicho uso comunal, debe ser derribado, *l.* 8. *d. tít.* 28., la cual da bella razon que debe atenderse siempre en todos los asuntos, á saber, *Que no es cosa guisada, que el pro de todos los hombres comunalmente se estorbe por el pro de alguno.* Y de la misma manera que es comun á todos el uso de los rios, lo es tambien el de sus riberas. Y de consiguiente todos pueden atar á los árboles que hay en ellas sus naves, componerlas, como tambien sus velas, poner mercaderías y pescado, y venderle, enjugar

(1) § 2. pr. Instit. de rer. div.

sus redes, y hacer otras cosas semejantes. Pero el señorío ó propiedad de dichas riberas es de aquel cuyas son las heredades á que están unidas, *d. l.* 6. Y en su conformidad le pertenecen los árboles que hay en las mismas, y los puede cortar, y hacer de ellos lo que quisiere (1), con tal que no lo haga á tiempo que estuviese atada á ellos alguna embarcacion ó llegase y la quisieren atar, porque entónces se consideraria impedir el uso comun de la ribera, *l.* 7. *d. tít.* 28. [Aunque en los rios navegables nadie puede hacer obra alguna que embaraze la navegacion, en los que no lo sean, todos pueden aprovechar las aguas para mover molinos, aceñas ó cualquiera otra máquina, ó estraerlas por medio de acequias para regar sus tierras, con tal que sea sin perjuicio de su curso y de los términos y distritos inferiores *ley* 27. *tít.* 11. *lib.* 7. *Nov. Rec.* En *real decreto de* 31 *de agosto de* 1819, con objeto de promover la agricultura, se concedieron gracias á los ayuntamientos, comunidades, compañías, cabildos ó personas particulares que, previo el correspondiente permiso del Gobierno, construyan á sus espensas acequias ó canales de nuevo riego, ya tomen las aguas de rios caudalosos, ya las reunan de muchos arroyos ó manantiales en un punto, ya las estraigan del seno de las altas montañas. Mas este permiso debe entenderse con la limitacion que contiene la *real órden de* 5 *de abril de* 1834, que previene, que ningun particular ni corporacion pueda distraer en su orígen ni en su curso las aguas de manantiales ó rios, que de tiempos antiguos riegan otros terrenos mas bajos, los cuales no pueden ser despojados del beneficio adquirido, en favor de otros, que por el hecho de no haberle aprovechado ántes, consagraron el derecho de los que le aprovecharon.]

5 A la III.ª especie de cosas pertenecen las fuentes, montes, dehesas y otros lugares semejantes á estos de las ciudades y villas (2), destinados al pro ó utilidad comun de cada una ciudad ó villa, de los cuales puede usar cualquiera que fuese morador de ella; mas no los que moraren en otro pueblo, *l.* 10. *tít.* 11. *P.* 3. *l.* 9. *d. tít.* 28. *P.* 3. en cuya *glosa* 6. dice Greg. Lóp. que las ciudades ó villas tienen fundada su intencion de que les pertenecen los

(1) § 4. pr. Instit. de rer. div. (2) § 6. eod.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®

montes y término que están en su territorio. Cotejadas las cosas de esta III.ª especie con las de la I.ª y II.ª al tenor de lo que dijimos al *n.* 3. se ve consistir su diferencia, en que el uso de las de la I.ª es comun á todos los hombres del mundo; el de las de la II.ª á todos los del territorio, reino ó provincia en que se hallan, y el de las de la III.ª á todos los de la ciudad ó villa en que existen. Otras cosas hay que sin embargo de pertenecer tambien al comun de las ciudades y villas, no puede usar de ellas cada vecino en particular, como son los campos, viñas ú otras cosas que están en el patrimonio de la misma ciudad: cuyos frutos sirven para el beneficio comun de la ciudad, como reparar muros, puentes y otras cosas semejantes, y pagar salarios de corregidores y otros oficiales, *l.* 10. *d. tít.* 28. *l.* 5. *y* 6. *tít.* 11. *y* 34. *lib.* 7. *y* 12. *Nov. Rec.* Para el buen gobierno y administracion de estos bienes se mandó una junta dicha de *Propios y Arbitrios* al tenor de las reales instrucciones de los años 1745 y 1760, que son *las leyes* 11. *y* 12. *tít.* 16. *lib.* 7. *Nov. Rec.*, de las cuales se han espedido despues algunas *Adiciones*. Nuestro instituto de escribir unas Instituciones no nos permite entretenernos en esplicarlas, y se pueden ver en Martínez en su obra *Librería de jueces, tít.* 16. *lib.* 7. *de la Nov. Rec.* y en otros que han hecho colecciones de cédulas recientes. Estas cosas, aunque son de la ciudad, pertenecen á la IV.ª especie siguiente.

6 A la cuarta especie de cosas pertenecen aquellas cuyo señorío ó dominio puede ganar ó perder cualquier hombre, *l.* 2. *tít.* 28. *P.* 3., cuales son las que llamamos privadas ó de particulares, y tambien las que están destinadas al patrimonio de alguna ciudad, ó cualquiera otro colegio ó universidad, en cuyo caso sirven sus frutos para el beneficio comun de aquella universidad cuyas son; pero sin perder su naturaleza de ser cosas de esta IV.ª especie, como acabamos de manifestar en el *n. antecedente*.

7 La V.ª y última especie de cosas es de aquellas, dice la citada *l.* 2. *d. tít.* 28., que non pertenecen á señorío de ningun hombre, ni son contadas en sus bienes. Las solemos llamar de derecho divino, por estar establecidas para el servicio de Dios, y son de tres especies, sagradas, religiosas, santas, *l.* 12. *d. tít.* 28. Sagradas son *Aquellas que consagraron los obispos*, como iglesias, altares, cruces, cálices y otras semejantes, establecidas para el servicio de la iglesia. Y debe advertirse, que si alguna iglesia se derribare, queda sin embargo sagrado el lugar en que está construida, *l.* 13. *d. tít.* 28. (1).

8 *La siguiente ley* 14. *de d. tít.* 28., adoptando la doctrina de las leyes romanas (2), dice ser lugar religioso *Aquel en que está enterrado un hombre, ó á lo ménos su cabeza*. Pero como ya advirtió Antonio Tórres en sus *Instituciones* § 6. y otros, no reconocemos en España por religioso otro lugar, que el consagrado ó bendecido por los obispos. Ni es lícito enterrar en otro lugar á los difuntos. Seguimos en esto las leyes canónicas. Y la *ley inmediata* 15. tambien refiere lo que establecieron las romanas de las cosas santas, diciendo lo eran los muros y las puertas de la ciudad; y que por ello incurrian en pena de muerte los que los quebrantaren rompiéndolos ó forzándolos. No lo aprueba formalmente, como nota Greg. Lóp. en su *glosa* 2., infiriendo de ello ser oportuno el distinguir entre violacion y violacion, diciendo, que si la hacia alguno con ánimo doloso, debia castigársele con pena de la vida, y si se ejecutaba sin él, con pena estraordinaria.

9 Otra division de cosas se menciona en la *l.* 1. *tít.* 30. *P.* 3. que es subdivision de las de la IV.ª especie que hemos espresado en el *n.* 4., y es, en corporales y no corporales ó incorporales. Estas son las que por no tener cuerpo que reciba el tacto, no se pueden tocar, como son las servidumbres, derechos, herencias. Corporales por lo contrario, las que pueden tocarse, como la casa, el caballo, etc. De estas unas son inmuebles ó raíces, que tambien se llaman bienes sitios, dichas así porque no pueden moverse del lugar en que están, como son los campos y casas; y otras muebles, que pueden moverse, ó bien por sí mismas, como las mulas, bueyes, caballos, ó por los hombres, como vestidos, mesas y los frutos de la tierra, *l.* 4. *tít.* 29. *P.* 3. Es menester tener presente esta diversidad de cosas, por el diferente derecho que produce en varios asuntos.

10 Esplicada la primera parte de este título, pasamos á la segunda, en que hemos de tratar de los modos de adquirir el dominio de las cosas corporales. Dominio es *Derecho de*

(1) § 8. Inst. de rer. div. (2) § 9. Instit. de rer. div.

disponer de una cosa, segun su arbitrio, si no lo impide la ley, la voluntad del testador, ó alguna convencion. Se llama tambien en nuestras leyes *señorío ó propiedad*, *l.* 27. *tít.* 2. *P.* 3., bien que este nombre *propiedad* se toma con frecuencia por aquel dominio al cual falta el usufructo, y por lo mismo suele llamarse entónces *nuda propiedad*. Ademas del dominio regular, hay otro que se llama *útil*, del cual trataremos en su lugar. Con rigor solo se dice de las cosas corporales, pero latamente tomado, se estiende á las incorporales, ó derechos, especialmente á los reales en cuanto decimos que son nuestros, y cargan á nuestro favor sobre la misma cosa.

11 Todos saben que la division de dominios viene del derecho de gentes, porque la exigió la necesidad de poder vivir los hombres en paz y tranquilidad; y que son varios los modos de adquirirle. De ellos, unos pertenecen al mismo derecho de gentes, y otros han sido introducidos por el civil. En este título solo trataremos de los primeros, dejando para mas adelante el hablar de los civiles, que tienen lugar en las prescripciones, herencias y legados. Decimos pues, que los pertenecientes al derecho de gentes se pueden reducir á dos, tomándolos con alguna estension, *ocupacion* y *accesion*. Cuanto adquirimos por hecho ú ocupacion nuestra, pertenece al primero, siendo sus especies la caza, pesca, invencion ó hallazgo, tradicion y otras que iremos recorriendo; y á la accesion lo que adquirimos por razon de otra cosa nuestra, ó porque nace de ella, ó porque se une con ella de modo que constituya un cuerpo con la misma. Tambien se puede reducir á dos de otra manera, diciendo ser uno *derivativo*, y otro *originario*. El primero se llama así, por derivarse de otro por cuya voluntad adquirimos el dominio, cual es la tradicion, sin que haya otro. El segundo, porque á nadie debe su orígen, teniéndolo todo en sí, y á él pertenecen todos los demas, á escepcion de la tradicion.

12 Y por cuanto la primera division de modos nos parece mas cómoda y proporcionada para entender mejor los que vamos á esplicar, empezamos, usando de ella, por la ocupacion de los animales fieros ó salvajes. Y queremos ante todas cosas advertir, que los animales unos son y se llaman absolutamente fieros, ó salvajes; otros que son tambien de naturaleza fiera, pero se llaman domesticados, ó amansados, porque lo están; y otros domésticos ó mansos. En los primeros y últimos se siguen reglas enteramente diversas en cuanto á la ocupacion, y en los segundos seguimos la regla de los mansos, miéntras conservan la costumbre de ir y volver, y la de los fieros, cuando la han dejado.

13 Fieros son aquellos animales *que por instinto tienen inclinado de ir y vaguear por todas partes, sin apetecer la compañía del hombre*, sean terrestres, acuátiles ó voladores. Y como no tienen dueño, se hacen del que los coge, aunque los coja en campo ajeno (1), si no es que los cogiere prohibiéndolo el amo de este, ó bien prohibiendo la entrada al cazador, ó bien el cazar en su campo, si hubiese ya entrado en él, *l.* 17. *d. tít.* 28. *P.* 3., en cuyos casos son del dueño del campo. El Señor Covarrúbias fué de dictámen en el *cap. Peccatum de reg. jur. in* 6. *part.* 2. §. 8. *n.* 5. *y* 9. que tambien en estos dos casos se hacian las fieras de quien las cogia. En cuanto al Derecho romano nos parece bien este modo de pensar; pero en cuanto al español creemos no le permiten las espresiones claras en contrario de las *ll.* 17. *y* 22. *tít.* 28. *Part.* 3., y así opina tambien Greg. Lóp. en la *glosa* 3. *de d. l.* 22. Y si los animales cogidos saliesen del poder del cazador, volviendo á su pristino estado, pierde este su dominio, y le adquiere el primero que los coja despues: entendiéndose salir de su poder, cuando han huido y están tan léjos, que no se ven, ó aunque se vean, se considera que ya no pueden cogerse, *l.* 19. *d. tít.* 28. Si alguno hiriese alguna fiera, y persiguiéndola herida, la cogiese otro, será de este, porque no estaba todavía en poder de quien la hirió, y podia escaparse. Y tambien la hará suya el que la cogiere enredada en un lazo, que otro hubiese puesto, segun todo lo establece la *ley* 21. *de d. tít.* 28.; bien que añade, que en algunos lugares se usa lo contrario. Y Greg. Lóp. en las *glosas* 1. *y* 3. de la misma se inclina á favor de esta costumbre, citando á Azon que dice ser general, y á otros, mayormente cuando estaba tan enredada la fiera, que no podia escapar; y añade no tener duda si el que puso el lazo estaba á la vista. Y la *ley* 16. *tít.* 4. *lib.* 3. *del Fuero real* prohibe,

(1) § 12. Inst. de rer. div.

que pueda alguno coger la fiera miéntras la persiga el que la hirió. Es pues regla en los animales fieros que no han tenido dueño, ó que habiéndole tenido se han escapado y recobrado su libertad, que se hacen del que primero los ocupa.

14 Aunque la libertad de cazar y pescar es de derecho de gentes, pueden los príncipes modificarla ó limitarla en beneficio del mismo comun, como lo prueba latamente el Señor Covar. con aquella solidez que acostumbra, *in cap. Peccatum de reg. jur. in* 6. § 8. Con efecto se leen varias limitaciones en las *leyes del. tít.* 30. *lib.* 7. *de la Nov. Rec.* Y mas recientemente en la Ordenanza de caza, que incluye y manda guardar la *cédula de* 16 *de enero de* 1772, *que es la nota* 5. *tít* 30. *lib.* 7. *Nov. Rec.* En ella se prohibe generalmente el cazar desde el dia primero de marzo hasta el primero de agosto, y de Puertos al mar Océano desde el mismo primero de marzo hasta primero de setiembre; y en todo el año en los dias de nieve y fortuna. Solo se esceptúan los dueños de los sitios vedados de todo el reino ó sus arrendadores, que podrán cazar conejos en ellos desde el dia de San Juan Bautista hasta primero de marzo. Se prohibe tambien el uso de galgos en el espresado tiempo de la veda, ampliándose esta prohibicion en los parajes plantados de viña, hasta que su fruto sea cogido; y sin espresion de tiempo el cazar con perdices de réclamo, lazos, perchas, orzuelos, redes y demas instrumentos, que destruyen la caza, y perjudican la abundancia y diversion; pero se permite todo esto en la caza de codornices y otros pájaros de paso, aun en el tiempo de veda. Se manda que se maten los hurones, con una leve escepcion en los sitios vedados. La pesca en aguas dulces se prohibe asimismo desde primero de marzo hasta fin de julio, con instrumento, como no sea la caña. Solo los dueños particulares ó sus arrendadores podrán pescar desde el dia 24 de junio. Y en el *n.* 13. se refieren los instrumentos y medios ilícitos prohibidos en todo tiempo, y en el 15. las penas de los trasgresores. [En 3 de mayo de 1834 se publicó la *Ordenanza sobre caza y pesca*, cuyas principales disposiciones relativas á este lugar son: Que los dueños particulares de las tierras y aquellos á quienes estos den licencia por escrito, podrán cazar en ellas libremente en cualquier tiempo del año sin traba ni sujecion á regla alguna: que sin licencia de los

dueños se podrá cazar con sujecion á las restricciones de ordenanza en las tierras abiertas de propiedad particular, que no estén labradas ó que estén de rastrojo: que la caza que cayere del aire en tierra de propiedad particular, ó entrare en ella despues de herida, pertenece al dueño ó arrendatario de la tierra, y no al cazador, conforme á lo dispuesto en la *ley* 17. *tít.* 28. *de la* 3ª *Partida.* Omitimos las disposiciones restantes de esta ordenanza, por pertenecer mas bien al derecho administrativo.]

15 Entre los animales fieros ó salvajes se cuentan tambien las abejas; pero por la grandísima utilidad que traen á los hombres, se ha introducido generalmente recogerlas y cuidarlas bien en colmenas, y que sean parte del patrimonio del dueño de estas; el cual conserva el dominio de los enjambres que vuelan de ellas, miéntras los tiene á la vista, y no tan léjos, que se considere imposible recogerlos; porque entónces se hacen del primero que las ocupa, metiéndolas en colmena ú otra cosa, aunque posaren en árbol ajeno, si no es que el amo del campo estando delante se lo prohibiese; y lo mismo debe decirse de los panales que allí hubiesen hecho, *l.* 22. *d. tít.* 28. Pero no podrá prohibir á su dueño que las persigue, el entrar en el campo y recogerlas, *l.* 17. *d. tít.* 4. *lib.* 3. *del Fuero real.*

16 Los animales mansos ó domésticos son aquellos que nacen y se crian en las casas de los hombres, como las gallinas y los ánsares ó patos. Y estos aunque vuelen y se vayan de las casas de aquellos que los crian, y no vuelvan, no por eso pierde su dominio aquel cuyos son; de suerte que se pueden pedir al que los retenga con intencion de hacerlos suyos, *l.* 24. *d. tít.* 28. Es pues la regla en estos animales, que sin embargo de cualquiera ocupacion, permanecen siempre en el dominio de aquel de quien eran.

17 Los domesticados ó amansados son, segun dijimos, de naturaleza fiera ó salvaje; pero tienen la costumbre de ir y volver á los abrigos que les proporcionan los hombres por lo útiles que les son. Miéntras conservan la costumbre de ir y volver, se observa en su ocupacion la regla establecida en los mansos, y si la dejan, la de los fieros. Refiere algunos la *ley* 23. *de d. tít.* 28., y entre ellos otra especie de ánsares que no se crian en casa, y los mas conocidos y útiles que son las palomas. Pero en atencion á que derra-

mándose en los tiempos de sementera y cosecha por las heredades y eras, ocasionaban por su multitud graves daños en los sembrados y mieses, se estableció *una Pragmática en 16 de setiembre del año 1784., que es la ley 4. tít. 31. lib. 7. de la Nov. Rec.*, en la que mejorando lo establecido en la *ley 3. tít. 31. lib. 7. Nov. Rec.* y en el *n. 9. de la Ordenanza de caza*, de que hemos hablado arriba al *n. 14.*, se manda lo siguiente: I. Que los dueños de los palomares sean obligados á cerrarlos, y poner redes en los dos meses de octubre y noviembre, y en los tres de junio, julio y agosto, sin que las justicias puedan ampliar ó reducir este término. II. Que hallándose las palomas en dichas dos temporadas fuera de los palomares, se les podrá tirar á cualquiera distancia por los vecinos y forasteros, bien sean labradores ó no lo sean, en los sembrados y eras, sin incurrir en pena alguna; con tal que siendo dentro de la distancia del tiro, no se pueda hacer sino á espalda vuelta de los palomares. III. Que los dueños de los palomares, ademas de perder las palomas, han de pagar el daño á justa tasacion, y medio real vellon de multa por cada una, con agravacion en casos de reincidencia, hasta la pérdida de los palomares y demas al arbitrio del Consejo. IV. Que por lo muy útil que es al comun la cria, aumento y conservacion de las palomas, subsista y quede en su fuerza y vigor para los demas meses y temporadas del año lo dispuesto en la espresada *ley 3.* y que en su consecuencia no se pueda tirar en ellos á las palomas en las inmediaciones de los palomares, ni á la distancia de la legua de sus alrededores que previene.

18 Por la ocupacion adquirimos tambien el dominio de las piedras preciosas y otras cosas semejantes, que encontramos en la ribera del mar, siendo la razon de su adquisicion la misma que la de las fieras, de que siendo de ninguno, se hacen del primero que las ocupa, *l. 5. d. tít. 28. P. 3.* (1). Asimismo adquirimos el dominio por la ocupacion de aquellas cosas, que las desamparan ó echan sus dueños con la intencion que no sean suyas (2), bien sean muebles ó raíces; pues desde entónces empiezan á ser de ninguno, con el bien entendido, de que para esto deben concurrir las dos circunstancias de haberlas echado ó desamparado

(1) § 18. de rer. div. (2) § 46. de rer. div.

su dueño, y que esto haya sido con la voluntad de que ya no fuesen suyas. Por falta de esta segunda circunstancia, no tiene lugar esta adquisicion de dominio en las cosas muebles que echamos al mar por el miedo ó peligro de la tempestad (1), ni en las raíces que desamparamos sin atrevernos á ir á ellas por miedo de enemigos ó ladrones, *leyes 49. y 50. de d. tít. 28.* Ni en las que llamamos *mostrencas*, esto es, que se hallan perdidas, sin saberse de quién son; las cuales se deben pregonar por espacio de 14 meses, para que llegando la noticia á su dueño, las pueda recoger. Y si pasado este término no apareciese, se deben vender, y aplicarse su producto á la construccion y conservacion de caminos, segun el *real decreto de 27 de noviembre de 1785, que es la ley 6. tít. 22. lib. 10. de la Nov. Rec.*, é instruccion que este cita y le acompaña. A este tenor quedan corregidas las *leyes 2. 4. y 5. de d. tít.* que hablan de este asunto.

[Lo dispuesto por las leyes de *Partida* sobre ocupacion de las cosas que carecen de dueño, se ha variado muy sustancialmente por la ley de adquisiciones de bienes á nombre del Estado, publicada en 16 de mayo de 1835, cuyo tenor es el siguiente: ARTÍCULO 1.° Corresponden al Estado los bienes semovientes, muebles é inmuebles, derechos y prestaciones siguientes: 1.° Los que estuvieren vacantes y sin dueño conocido por no poseerlos individuo ni corporacion alguna. 2.° Los buques que por naufragio arriben á las costas del reino, igualmente que los cargamentos, frutos, alhajas y demas que se hallare en ellos, luego que pasado el tiempo prevenido por las leyes, resulte no tener dueño conocido. 3.° En igual forma lo que la mar arrojare á las playas, sea ó no procedente de buques que hubiesen naufragado, cuando resulte no tener dueño conocido. Se esceptúan de esta regla los productos de la misma mar y los efectos que las leyes vigentes conceden al primer ocupante, ó á aquel que los encuentra. 4.° La mitad de los tesoros, ó sea de las alhajas, dinero ú otra cualquiera cosa de valor, ignorada ú ocultada que se hallen en terrenos pertenecientes al Estado, observándose en la distribucion de los que se encuentren en propiedades de particulares las

(1) § 47. de rer. div.

disposiciones de la *ley 45. tít. 28. Part. 3.* Las minas de cualquiera especie continuarán sujetas á la legislacion particular del ramo. (*Véase el real decreto de 4 de julio de 1825.*) ART. 2.º Corresponden al Estado los bienes de los que mueran ó hayan muerto intestados sin dejar personas capaces de sucederles con arreglo á las leyes vigentes. A falta de dichas personas sucederán con preferencia al Estado: 1.º Los hijos naturales legalmente reconocidos, y sus descendientes por lo respectivo á la sucesion del padre, y sin perjuicio del derecho preferente que tienen los mismos para suceder á la madre. 2.º El cónyuje no separado por demanda de divorcio contestada al tiempo del fallecimiento, entendiéndose que á su muerte deberán volver los bienes raíces de abolengo á los colaterales. 3.º Los colaterales desde el quinto hasta el décimo grado inclusive, computados civilmente al tiempo de abrirse la sucesion. ART. 3.º Tambien corresponden al Estado los bienes detentados ó poseidos sin título legítimo, los cuales podrán ser reivindicados con arreglo á las leyes comunes. ART. 4.º En esta reivindicacion incumbe al Estado probar que no es dueño legítimo el poseedor ó detentador, sin que estos puedan ser compelidos á la exhibicion de títulos, ni inquietados en la posesion hasta ser vencidos en juicio. ART. 5.º El Estado puede, por medio de la accion competente, reclamar como suyos de cualquier particular ó corporacion en cuyo poder se hallen, y en donde quiera que estuvieren, los bienes espresados en los artículos anteriores. ART. 6.º Los bienes que por no poseerlos ni detentarlos persona ni corporacion alguna, carecieren de dueño conocido, se ocuparán desde luego á nombre del Estado, pidiendo la posesion real corporal ante el juez competente, que la mandará dar en la forma ordinaria. ART. 7.º Los buques que naufragaren, sus cargamentos y demas que en ellos se encontrare, y las cosas que la mar arroja sobre sus playas, segun lo espresado en los párrafos 2.º y 3.º del art. 1.º serán tambien ocupados á nombre del Estado, á quien se entregarán, previo inventario y justiprecio de todo, y quedando responsable á las reclamaciones de tercero, sin prejuicio de la recompensa ó derechos que con arreglo á las disposiciones que rigieren adquieran los que contribuyen al salvamento del buque ó mercaderías. ART. 8.º La sucesion intestada á favor del Estado se abre

por la muerte natural. Tambien se abrirá por la muerte civil en el caso de que esta pena con todos sus efectos llegue á establecerse por nuestras leyes. ART. 9.º En los casos en que la sucesion intestada pertenezca al Estado, el representante de este podrá pedir al juez competente la segura custodia, inventario, justiprecio de los bienes, y su posesion sin perjuicio de tercero, que se le dará en la forma ordinaria, corriendo despues el juicio universal sus ulteriores trámites. ART. 10. Todas las reclamaciones y adquisiciones á nombre del Estado quedan sujetas, desde la promulgacion de esta ley, á los principios y formas del derecho comun, bien sea por ocupacion ó por accion deducida en los juicios universales de intestados, ó por reclamacion contra los detentadores sin derecho. ART. 11. La prescripcion con arreglo á las leyes comunes escluye las acciones del Estado, y cierra la puerta á sus reclamaciones contra los bienes declarados de su pertenencia en esta ley. ART. 12. La prescripcion en igual forma legítima irrevocablemente las adquisiciones hechas á nombre del Estado. ART. 13. Los bienes adquiridos y que se adquirieren como mostrencos á nombre del Estado, quedan adjudicados al pago de la deuda pública y serán uno de los arbitrios permanentes de la caja de Amortizacion. ART. 14. La Direccion de los ramos de Amortizacion, como interesada en la conservacion y aumento de las adquisiciones que le proporciona esta ley, adoptará las medidas que estime convenientes para promover su descubrimiento, ocupacion ó reclamacion. ART. 15. La misma Direccion responderá de los gravámenes y obligaciones de justicia afectas á las fincas que adquiriere por la presente ley. ART. 16. Responderá tambien á las acciones que con arreglo á las leyes comunes se entablaren contra los bienes que hubiere adquirido; y á la indemnizacion y saneamiento de los compradores en la forma establecida por derecho. En uno y otro caso solo responderá de la cantidad líquida que hubiere ingresado en arcas. ART. 17. Todos los juicios sobre la materia de la presente ley son de la atribucion y conocimiento de la jurisdiccion real ordinaria; y las acciones se intentarán ante el juez del partido donde se hallaren los bienes que se reclamen. ART. 18. Ningun particular podrá ejercitar las acciones que sobre la materia de esta ley correspondan al Estado. ART. 19. Los promotores

fiscales en primera instancia, y los fiscales de las Audiencias y Tribunales supremos, en las ulteriores, de acuerdo con el Director de los ramos de Amortizacion, ó sus delegados, sostendrán las adquisiciones hechas á nombre del Estado, y tambien incoarán y proseguirán las demandas de reivindicacion y demas que correspondan al Estado en virtud de esta ley. ART. 20. Queda abolida la jurisdiccion especial conocida con el nombre de *Mostrencos*, y la Subdelegacion general de este ramo y sus dependencias. ART. 21. Los empleados con sueldo, así de la Subdelegacion general y su tribunal como de las Subdelegaciones inferiores y sus juzgados, quedan cesantes con el haber que les corresponda segun clasificacion. ART. 22. Los pleitos pendientes en la Subdelegacion general y en las Subdelegaciones de partido se continuarán y fallarán con arreglo á las disposiciones de esta ley. ART. 23. Los fiscales ó promotores respectivos, á quienes desde luego se pasarán los pleitos pendientes, bien procedan de denuncia ó de oficio, los continuarán á nombre del Estado, ó promoverán el sobreseimiento si no encontraren méritos bastantes para su prosecucion; en cuyo caso se declara fenecido el litigio, y en libertad la finca ó efectos reclamados. ART. 24. Para que el desistimiento de los promotores fiscales surta los efectos que se indican en el artículo anterior, precederá el consentimiento y conformidad del fiscal de la Audiencia del territorio: y tanto en este caso, como en el del artículo anterior, deberá preceder allanamiento por escrito del Director de los ramos de Amortizacion ó sus delegados en las provincias. ART. 25. Los pleitos pendientes en la Subdelegacion general se pasarán inmediatamente á la real Audiencia de Madrid, para los fines indicados, y los que penden en las Subdelegaciones inferiores á los juzgados ordinarios del partido donde radiquen los bienes. ART. 26. Quedan derogadas todas las leyes, ordenanzas é instrucciones sobre mostrencos.

19 La adquisicion del tesoro, esto es, del dinero escondido, cuyo dueño ya no se sabe quién es, pertenece tambien á este modo de adquirir el dominio por ocupacion, en razon de la mitad que le concede al que lo halla en premio del hallazgo la *l.* 45. *tít.* 28. *Part.* 3., que así lo dispone á mitacion de las leyes romanas (1). Por ley posterior, que

(1) § 39. de rer. div.

es la 3. *tít.* 22. *lib.* 10. *Nov. Rec.*, perteneció al rey el tesoro por entero, dando la cuarta parte en galardon al denunciador, segun el parecer de Covar. *in cap. Peccatum de reg. jur. in* 6. *part.* 3. §. 2. *n.* 4. y Gutiér. *lib.* 4. *pract. quæst.* 36. *á n.* 51.; pero la citada *ley de* 16 *de mayo de* 1835 ha desvanecido toda duda sobre el particular, sancionando de nuevo el derecho que hemos espuesto como vigente, con referencia á la *ley de Partida*.] Pertenecen tambien al rey las minas de oro, plata y cualquier otro metal, y las de sal, *l.* 1. *y siguientes d. tít.* 22., que hablan latamente de este asunto, y de cuánta parte se debe dar al inventor, segun la diversidad de circunstancias. [En cuanto al modo de solicitar y obtener la concesion de las minas y reglas que deben guardarse en su esplotacion, véanse el *real decreto de* 4 *de julio de* 1825, *é Instruccion provisional de* 8 *de diciembre del mismo año*.]

20 Referimos tambien á la ocupacion la accepcion, esto es, cuando recibimos alguna cosa por tradicion que nos hace el dueño ó su procurador, nacida de un justo título idóneo para trasferir el dominio, como venta, dote, permuta ú otra semejante, pues con hacérsenos este entrego ó tradicion, la adquirimos. Solo hay que advertir, que si el título es venta, no nos pasa el dominio, si no pagamos el precio, ó no se hace la venta, dando el comprador fiadores, prendas ó á plazos, *l.* 46. *d. tít.* 28. (1). Y no es menester que la tradicion sea real ó corporal, basta que sea fingida ó presumida por el Derecho, que es en dos maneras. La una se llama por los intérpretes ficcion de breve mano, introducida para la mayor facilidad y brevedad de los negocios y contratos, como por ejemplo, tengo yo en mi poder una casa de Juan en arrendamiento ó depósito, y me la vende, se hace mia sin tradicion real; porque para ahorrar rodeos, se finge que yo se la restituí, y él me la entregó despues, *l.* 47. *d. tít.* 28. (2). Y la otra simbólica, porque se hace por la tradicion de algun símbolo ó señal que representa y denota la tradicion de lo que se vende. Por este término se hace del comprador el trigo que hay en un almacen, entregándole el vendedor sus llaves á vista del mismo almacen, *d. l.* 47. *junc.* la *ley* 7. *tít.* 30. *d. P.* 3.;

(1) §§ 40. 41. 42. de rer. div. (2) § 43. eod.

nuestras vacas, ovejas, yeguas y otras bestias, *l.* 25. *d. tít.* 28. (1). y los frutos que producen nuestros campos.

22 De la accesion continua hay dos especies, natural, que acontece por obra de sola la naturaleza y beneficio de los rios, sin cooperacion alguna del hombre; é industrial, que procede de la industria y hecho de los hombres. La primera sucede de cuatro maneras: por aluvion, fuerza manifiesta de los rios, islas que en él nacen, y mutacion del álveo ó cauce de los mismos. Aluvion es *Crecimiento lento que dan las avenidas de los rios á nuestros campos, tomándolo de otros tan poco á poco, que no puede entenderse el tanto que se une cada vez;* y este aumento se hace nuestro por derecho de accesion, *l.* 26. *d. tít.* 28. (2). Pero si acaeciese que la fuerza manifiesta del rio en una grande avenida, se llevase una porcion de terreno conocidamente, con árboles ó sin ellos, del campo del vecino, y lo dejase junto al mio que estaba mas abajo, no se haria mio dicho terreno, hasta que durase tanto tiempo esta union, que los árboles echasen raíces en mi campo: en cuyo caso adquiriria yo su dominio con la obligacion de dar al otro el menoscabo que recibió á juicio de peritos, *d. l.* 26. en cuyas *glosas 6. y 7.* advierte con razon Greg. Lóp. seria lo mismo, si el no haber echado raíces en mi campo los árboles, fuese porque no los habia en la tierra unida; de suerte que todo pende de haber pasado mucho tiempo haciéndose constante la union: y que el menoscabo debia regularse con respecto á los árboles considerados como arrancados.

23 El dominio de las islas que nacen en el rio, lo adquieren por accesion los dueños de los campos mas vecinos, cada uno por lo que afronta con ellas (3); y se debe seguir con tanto rigor la mayor proximidad, que si alguna isla naciese en el rio, de manera que casi toda estuviese mas cerca de los campos del un lado, no seria toda suya, sino solo la porcion que les estaba mas cerca, y la otra de los del opuesto, midiéndolo con una soga, *l.* 27. *d. tít.* 28. Y si los campos vecinos perteneciesen á uno en el usufructo, y á otro en la propiedad, seria la isla del propietario en cuanto á la propiedad, y tambien en cuanto al usufructo; pero el usufructo de lo que se adquiere por aluvion ó fuerza manifiesta del rio, pertenecerá al fructuario del campo, *l.* 30. *d. tít.* 28. Y si las islas de los rios no hubiesen nacido en ellos, sino que las hubiesen formado los mismos entrando con grande avenida en las heredades, y reduciendo á isla algun campo, siempre permanece este de quien era, *l.* 28. *d. tít.* 28. (1). Si la isla naciese en el mar, lo que sucede muy raras veces, es del que la poblare primeramente; mas debe obedecer al señor, en cuyo señorío es aquel lugar donde apareció, *l.* 29. *d. tít.* 28. (2). Si el rio muda de álveo, el nuevo se hace público, como lo es el rio, y el viejo abandonado le adquieren los dueños de los campos vecinos, *l.* 31. *d. tít.* 28. (3). Si los campos se inundan ó cubren de agua por las avenidas de los rios, conservan su dominio los que ántes le tenian, aunque pierden la posesion miéntras están cubiertos; mas luego que se descubren y vuelven las aguas á su lugar, pueden usar de ellos, como ántes lo hacian, *l.* 32. *d. tít.* 28. (4). Contamos tambien por accesion la que ocurre en la plantacion de un árbol en campo ajeno. Cuando esto sucede, el dueño del campo adquiere el dominio del árbol, luego que este echa raíces, ó se alimenta de él, *l.* 43. *d. tít.* 28. (5). Y como esto acontece por obra de la naturaleza, es natural esta accesion, ademas de las cuatro que suceden por beneficio de los rios, segun acabamos de esplicar.

24 A la accesion industrial pertenece en primer lugar la conjuncion, esto es, cuando á algun cuerpo se añade alguna parte que le faltaba, en cuyo caso adquiere algunas veces el dominio de esta el que tiene el del cuerpo. En ello se observan las siguientes reglas establecidas en la *ley* 35. *de d. tít.* 28. Si á una estatua mia de oro ó plata junto un pié ó brazo, y la soldadura fuese del mismo metal de que son la estatua y pié, adquiero el dominio de este, si lo junto con buena fe, creyendo era mio el pié, con la obligacion de dar al que era dueño del pié su valor. Pero si lo juntase con plomo ó materia de otro metal, no lo hago mio, tenga mala ó buena fe. Si el dueño del pié lo juntase á mi estatua, me trasfiere su dominio, si lo hace con mala fe, sabiendo ser mia la estatua, pues se presume que me le

(1) § 19. Inst. de rer. div. (2) § 20. eod. (3) § 22. de rer. div.

(1) § 22. de rer. div. (2) D. § 22. (3) § 23. Inst. de rer. div.
(4) § 24. eod. l. 5. § 47 de adq. v. am. pos. (5) § 31. Inst. eod.

quiere dar. Y si la tuviese buena, tengo yo la eleccion, ó de tener el pié en la estatua, pagando su estimacion al dueño que le juntó, ó de dárselo sin pagarle el valor.

25 Tambien adquiero por la accesion lo que se escribe por otro en libro ó pergamino mio. Si el que escribió tuvo buena fe creyendo ser suyo el pergamino, ó que tenia derecho de escribir en él, y lo quisiere el dueño del pergamino, deberá pagar al que escribió lo que estimaren peritos, que merece por ello (1). Y si lo que escribió fuere secreto, ó interesara mucho en retenerlo, dicta toda equidad el que pueda quedarse con la escritura, pagando al dueño del pergamino su estimacion; pero no hallamos ley que lo apoye ó ponga el caso. Mas si escribió teniendo mala fe, pierde el trabajo que puso, *l.* 36. *d. tit.* 28. Y si alguno pinta en tabla ajena con buena fe, es dueño de la pintura, debiendo dar el valor de la tabla á su anterior dueño; pero si pintó con mala fe, pierde la pintura, y debe ser de quien era la tabla, *l.* 37. *de d. tit.* 28. (2).

26 Por accesion adquirimos tambien el dominio de la madera, ladrillos y otros materiales que ponemos en nuestras casas, aun en el caso que lo hubiésemos hecho con mala fe, sin poderlos demandar aquel cuyos eran: lo que se estableció para precaver, que arruinándose las casas, sacando de ellas los materiales, se arruinasen con deformidad de la ciudad. Pero el que metió los materiales, tiene la obligacion de pagar á su dueño el valor de ellos duplicado, *l.* 38. *d. tit.* 28. (3), la cual concede esta accion al doble hablando del que edificó, sea con mala ó con buena fe. Y por cuanto la *ley* 16. *tit.* 2. *P.* 3., hablando de este mismo asunto en el *vers. Pero, y siguientes*, distingue diciendo, que si el edificante tuvo buena fe, compete contra él la accion al doble, y si la tuvo mala, debe pagar cuanto jurare interesable el que recibió el daño, nos parece, que cotejadas *estas dos leyes*, tiene este eleccion contra el que edificó con mala fe, para pedir su interes, ó el doble valor de sus materiales. En la práctica jamas hemos visto, ni creemos se verá, condenarse al pago doblado al que edificó con buena fe.

27 Los dos modos de adquirir que se siguen, no son tan

(1) § 33. de rer. div. (2) § 34. eod. (3) § 29. eod.

sencillos, esto es, contienen en sí alguna mezcla ó diversidad. Sea el I. la especificacion, que no es otra cosa que *formacion de una nueva especie*. Si alguno la hace de materia ajena, debe distinguirse en cuanto á su dominio el caso en que no puede tornar á su primer estado que tenia ántes, del en que puede tornar. En el primero pertenece el dominio al que formó la especie, y así será mio el vino y aceite que hice de uvas y aceitunas ajenas, con tal que lo haya hecho con buena fe. Y el modo de adquirir el dominio será *ocupacion*, porque considerándose enteramente nueva especie, como cosa que aparece de nuevo, se reputa sin dueño, y es del primero que la ocupa, que es el mismo que la hace. Al contrario, si puede tornar al primer estado, pertenece al dueño de la materia; será pues tuyo el vaso que otro hubiese hecho de plata tuya. Y es la razon, por considerarse haber permanecido siempre la misma materia (1), que como mas principal y fundamento de la forma, la atrajo á sí; y por ello el modo de adquirir el dominio en este caso, es *accesion*. Y adviértase, que en ambos casos debe el dueño de la nueva especie pagar al otro ó el valor de la materia que perdió, ó las espensas que hizo formando la especie con buena fe; pero no, si la hubiese tenido mala, *l.* 33. *d. tit.* 28.

28 El II. es el que dimana de la posesion con buena fe. Si con ella compra alguno casa ó campo, de quien cree ser suyo, ó que tiene potestad de venderlo, hace suyos los frutos que percibiere por la obra y trabajo que puso en ellos, hasta que apareciendo el dueño de lo comprado, se comenzase pleito entre los dos por demanda y respuesta, ó como suele decirse, hasta la contestacion del pleito, con tal que los hubiese consumido ó despendido. Pero los no despendidos ó estantes los debe tornar al dueño de la finca, sacando primero las espensas que hubiere hecho sobre ellos, *l.* 39. *d. tit.* 28. (2). Esta doctrina debe entenderse en los frutos que llamamos *industriales*, por el motivo de que no proceden sin la industria y cultura del hombre, como es el trigo y demas granos que se siembran. El modo de hacerlos nuestros, es la percepcion ó separacion de la tierra ó árboles que los producen; porque los no separados ó pen-

(1) § 25. de rer. div. (2) L. 22. C. de rei vind.

dientes, se reputan parte de la cosa (1). Y es anómalo, porque ni puede reducirse rotundamente á la ocupacion, respecto á que si así fuera tendria tambien lugar en el poseedor de male fe, lo que no sucede, como luego veremos; ni á la accesion discreta, porque salen ó nacen del campo que no es nuestro. Unidas la buena fe y la percepcion laboriosa, lo forman.

29 Si los frutos percibidos fuesen los que decimos *naturales*, por ser de tal naturaleza, que no vienen por el trabajo de los hombres, mas por sí los da el campo, dice la *misma ley* 39. que debe restituirlos el poseedor con la heredad ó campo, aunque los haya despendido á buena fe; y que si por ventura fuese poseedor de mala fe, y los hubiese despendido, debe restituir su precio. Parece á primera vista, que iguala en cuanto á la obligacion de restituir los frutos despendidos, á los poseedores de mala y buena fe; porque tambien ha de ejecutarse la obligacion de este en restituir el precio de los frutos, por no poder hacerse en ellos mismos como á consumidos: cuya doctrina generalmente entendida, no tendria al parecer equidad. Diremos pues con Gregor. Lóp. en la *glosa* 9. *de d. ley* 39. que en el poseedor de buena fe deberá entenderse solamente en cuanto se hizo mas rico; cuando al contrario ha de entenderse generalmente en el que la tiene mala. Esta interpretacion, sobre equitativa, tiene fundamento en la *misma ley*, que habiendo dicho del de buena fe, que debia restituir los frutos despendidos, varía la locucion, cuando en seguida habla del de mala, diciendo deber pechar el precio de ellos: cuya variacion en el hablar, la indica tambien en la doctrina, y no puede ser otra. Y adviértase, que tambien el poseedor de mala fe puede sacar las espensas que hizo en su razon, *d. l.* 39. *al fin*. La siguiente *ley* 40. pone una diferencia en dos géneros que hace de poseedores de mala fe, á saber, uno de aquellos que roban la cosa ó la entran sin derecho; y otro de los que la tienen por razon de compra, donadío ú otra razon derecha; pero sabiendo, que aquellos de quien la han, no tienen derecho de enajenarla. De los primeros dice, que vencidos en juicio deben tornar la cosa con los frutos que llevaron, ycon los que hubiera podido llevar su dueño; y de los segundos, que han de tornar los frutos percibidos por ellos, pero no los que pudiera haber percibido el dueño: de cuyo caso pone cuatro escepciones, siendo la una cuando el vendedor vendió la cosa con intencion de engañar á sus acreedores, y el comprador fué partícipe del engaño.

(1) L. 44. C. de rei vind.

30 De las despensas que hace el poseedor de casa ajena, habla con estension la *ley* 44. *de d. tít.* 28., distinguiéndolas en necesarias, útiles y voluntarias. Dice de las necesarias, que las puede cobrar todo poseedor, sea de buena ó mala fe, no debiendo entregar la casa al dueño hasta que se las pague; pero debe tomar en descuento los frutos ó provechos que hubiese percibido. En las no necesarias, pero útiles ó provechosas, distingue entre el poseedor de buena y de mala fe. El de buena las puede cobrar como las necesarias; pero el de mala las puede sacar y llevárselas, si el dueño de la casa no quisiere pagárselas. Y esto mismo puede hacer el de buena fe en las espensas voluntarias: bien que deberá dejarlas si el dueño de la casa le pagare lo que debia sacar de ellas; y el poseedor de mala fe nada saca por razon de estas despensas. Esta *ley* habla con mas claridad que las 41. *y* 42. *del propio título*, que tratan del mismo asunto.

TÍTULO II.

DE LAS PRESCRIPCIONES Y DE LA POSESION.

Tít. 29. y 30. P. 3. tít. 8. lib. 11. de la Nov. Rec. (1).

1. 2. *Si la usucapion ó prescripcion es modo de adquirir del derecho civil, ó del de gentes; y cómo se define.*
3. *Se refieren los requisitos necesarios para la prescripcion.*
4. 5. 6. 7. 8. 9. *Se esplican los cinco requisitos de la prescripcion.*
10. 11. 12. *Qué significa prescribirse las acciones; y variedad de tiempo por que se prescriben.*

(1) Tit. 2 et 3. lib. 41. D. et tit. 33. et 39. lib. 7. C.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

dientes, se reputan parte de la cosa (1). Y es anómalo, porque ni puede reducirse rotundamente á la ocupacion, respecto á que si así fuera tendria tambien lugar en el poseedor de male fe, lo que no sucede, como luego veremos; ni á la accesion discreta, porque salen ó nacen del campo que no es nuestro. Unidas la buena fe y la percepcion laboriosa, lo forman.

29 Si los frutos percibidos fuesen los que decimos *naturales*, por ser de tal naturaleza, que no vienen por el trabajo de los hombres, mas por sí los da el campo, dice la *misma ley* 39. que debe restituirlos el poseedor con la heredad ó campo, aunque los haya despendido á buena fe; y que si por ventura fuese poseedor de mala fe, y los hubiese despendido, debe restituir su precio. Parece á primera vista, que iguala en cuanto á la obligacion de restituir los frutos despendidos, á los poseedores de mala y buena fe; porque tambien ha de ejecutarse la obligacion de este en restituir el precio de los frutos, por no poder hacerse en ellos mismos como á consumidos: cuya doctrina generalmente entendida, no tendria al parecer equidad. Diremos pues con Gregor. Lóp. en la *glosa* 9. *de d. ley* 39. que en el poseedor de buena fe deberá entenderse solamente en cuanto se hizo mas rico; cuando al contrario ha de entenderse generalmente en el que la tiene mala. Esta interpretacion, sobre equitativa, tiene fundamento en la *misma ley*, que habiendo dicho del de buena fe, que debia restituir los frutos despendidos, varía la locucion, cuando en seguida habla del de mala, diciendo deber pechar el precio de ellos: cuya variacion en el hablar, la indica tambien en la doctrina, y no puede ser otra. Y adviértase, que tambien el poseedor de mala fe puede sacar las espensas que hizo en su razon, *d. l.* 39. *al fin*. La siguiente *ley* 40. pone una diferencia en dos géneros que hace de poseedores de mala fe, á saber, uno de aquellos que roban la cosa ó la entran sin derecho; y otro de los que la tienen por razon de compra, donadío ú otra razon derecha; pero sabiendo, que aquellos de quien la han, no tienen derecho de enajenarla. De los primeros dice, que vencidos en juicio deben tornar la cosa con los frutos que llevaron, ycon los que hubiera podido llevar su dueño; y de los segundos, que han de tornar los frutos percibidos por ellos, pero no los que pudiera haber percibido el dueño: de cuyo caso pone cuatro escepciones, siendo la una cuando el vendedor vendió la cosa con intencion de engañar á sus acreedores, y el comprador fué partícipe del engaño.

(1) L. 44. C. de rei vind.

30 De las despensas que hace el poseedor de casa ajena, habla con estension la *ley* 44. *de d. tít.* 28., distinguiéndolas en necesarias, útiles y voluntarias. Dice de las necesarias, que las puede cobrar todo poseedor, sea de buena ó mala fe, no debiendo entregar la casa al dueño hasta que se las pague; pero debe tomar en descuento los frutos ó provechos que hubiese percibido. En las no necesarias, pero útiles ó provechosas, distingue entre el poseedor de buena y de mala fe. El de buena las puede cobrar como las necesarias; pero el de mala las puede sacar y llevárselas, si el dueño de la casa no quisiere pagárselas. Y esto mismo puede hacer el de buena fe en las espensas voluntarias: bien que deberá dejarlas si el dueño de la casa le pagare lo que debia sacar de ellas; y el poseedor de mala fe nada saca por razon de estas despensas. Esta *ley* habla con mas claridad que las 41. *y* 42. *del propio título*, que tratan del mismo asunto.

TÍTULO II.

DE LAS PRESCRIPCIONES Y DE LA POSESION.

Tít. 29. y 30. P. 3. tít. 8. lib. 11. de la Nov. Rec. (1).

1. 2. *Si la usucapion ó prescripcion es modo de adquirir del derecho civil, ó del de gentes; y cómo se define.*
3. *Se refieren los requisitos necesarios para la prescripcion.*
4. 5. 6. 7. 8. 9. *Se esplican los cinco requisitos de la prescripcion.*
10. 11. 12. *Qué significa prescribirse las acciones; y variedad de tiempo por que se prescriben.*

(1) Tit. 2 et 3. lib. 41. D. et tit. 33. et 39. lib. 7. C.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

13. *Qué sea cuasi posesion, y de la division de posesion en civil y natural.*
14. *Quiénes pueden adquirir posesion.*
15. *Qué cosas se requieren para adquirir la posesion.*
16. 17. *Modos de perderse la posesion.*

1 Por el uso de la cosa con justo título y buena fe, se adquiere tambien su dominio; pero este modo de adquirir se reputa civil, á causa de resistirle á primera vista la razon natural, que no permite se le quite á ninguno su dominio, sin culpa ni intervencion suya: aunque no deja de tener mucha equidad fundada en exigirlo así el bien público, como veremos; de suerte que no hallamos grande reparo en decir, que puede tambien referirse al derecho de gentes secundario. Pero sea lo que fuere de esta cuestion de poco ó ningun provecho, vamos á esplicarlo.

2 A este modo de adquirir llamaron las leyes romanas usucapion ó prescripcion (1), y tambien le da este último nombre el *tít.* 8. *lib.* 11. *de la Nov. Rec.;* y no es otra cosa que *Adquisicion de dominio por continuacion de posesion por el tiempo definido por la ley.* Su introduccion la hizo necesaria la pública utilidad y tranquilidad de la república; porque sin ella estarian espuestos á infinitos pleitos los poseedores de las cosas, sin bastarles á evitarlos su larga posesion, aunque adquirida por título de compra ú otro legítimo: podria clamar cualquiera pretendiendo haber sido la cosa de sus antecesores, y nunca del que la vendió; y el dominio estaria en incierto, con los perjuicios del Estado que se dejan considerar. La llamó con razon Ciceron *fin de la solicitud y de los pleitos.*

3 Para tener lugar la prescripcion, son necesarios cinco requisitos: I. Razon derecha ó justo título idóneo para trasferir el dominio, esto es, que por él adquiriríamos inmediatamente el dominio, seguida la tradicion, si procediese del verdadero dueño de la cosa que pudiese enajenarla; y viniendo de quien no lo es, produce el derecho de prescribir, como compra, donadío, permuta. II. Buena fe. III. Posesion continuada. IV. El tiempo tasado por la ley. V. Que la cosa no sea viciosa, esto es, no tenga en sí impedimento de prescribirse. Adquiriré yo pues por prescripcion el dominio de una cosa, si habiéndola comprado de quien no era su dueño, creí que lo era y que me la podia vender, y en seguida la poseí sin interrupcion el tiempo determinado por la ley, y en ella no habia circunstancia alguna que pudiese impedir su prescripcion, *l.* 6. *y siguiente, l.* 9. *l.* 18. *d. tít.* 29. *P.* 3.

(1) Tit. 6. lib. 2 Inst.

4 El título necesario para la prescripcion debe existir real y verdaderamente, sin que baste el existimado; y de ahí es, que no puede prescribir el que tiene una cosa, creyendo haberla comprado, ó que se le ha dado sin ser así; si no es que su falsa creencia venga de la ignorancia de un hecho ajeno, que le sea tolerable ó inculpable; como por ejemplo, si habiendo dado yo órden á mi procurador que me comprase alguna cosa me la entregase, diciendo contra la verdad haberla comprado; ó la tuviese por legado, que ignorándolo yo, hubiere sido revocado: en cuyos casos tendria lugar la prescripcion, *l.* 14. *l.* 15. *d. tít.* 29. (1).

5 La buena fe consiste en creer el poseedor de la cosa, que era dueño de ella, ó tenia facultad de enajenarla el que se la vendió ó dió, *d. l.* 9. (2). La *ley* 12. *d. tít.* 29., imitando las romanas (3), estableció que bastaba hubiese tenido buena fe el poseedor al tiempo que se le entregó la cosa, á escepcion de cuando la recibia por compra, que entónces era menester haberla tenido tambien al de celebrarse el contrato: de suerte que no impedia la prescripcion la mala fe que sobreviniese despues de la entrega. Pero Greg. Lóp. en la *glosa* 1. *de d. l.* 22. el señor Covar. *lib.* 1. *var. cap.* 3. *n.* 7. y todos los demas intérpretes nuestros dicen, que en este particular seguimos en España al Derecho canónico, que en el *cap. últ. de præscrip. de las Decretales de Gregorio IX.* establece, debe durar la buena fe hasta el complemento de la prescripcion. Y el mismo Greg. Lóp. en la *glosa* 2. *de la ley* 21. *de d. tít.* 29. añade, debe seguirse esta misma doctrina en la prescripcion de 30 años, sin embargo de que *esta ley*, á imitacion tambien de las romanas (4), no exige buena fe en las prescripciones tan largas. Y Vela en su *disertacion* 48. *n.* 45. *y siguient.* pretende estar apoyada esta doctrina en la *ley* 2. *tít.* 8.

(1) § 6. Inst. usucap. l. 11. pro empt. (2) L. 109. de verb. sign.
(3) L. 2. pro empt. (4) L. 3. l. 4. de præscript. 30. an.

lib. 11. *de la Nov. Recop.* Y todavía avanza mas Covarrúbias *in regula possessor. part.* 2. §. 8. *n.* 5. Castill. *de tertiis, cap.* 26. *n.* 13. y Molina *de primogen. lib.* 2. *cap.* 6. *n.* 66., hasta decir con otros muchos que citan, que la mala fe impide tambien la prescripcion inmemorial: pero advierte el mismo Covarrúbias en *d.* §. 8. *n.* 4. *y siguientes* tener lugar esta sentencia en el caso de constar ser mala la fe, porque la que solo es mala por presuncion se quita por la prescripcion de 30 años.

6 Posesion, dice la *ley* 1. *tit.* 30. *P.* 3., es *Tenencia derecha que ome há en las cosas corporales con ayuda del cuerpo é del entendimiento,* y casi siempre la apellidan las leyes de las *Partidas* con el nombre de *tenencia.* La palabra *derecha,* significa lo mismo que legal, esto es, apoyada por las leyes, sin que ninguno se la pueda quitar con propia ó privada voluntad (como luego lo esplicaremos) y con intencion en el que la tiene de que es dueño de la cosa; y de ahí es, que no la puede prescribir el que la tiene á empeños, ó en encomienda, ó arrendada, ó forzada, porque estos tales no son tenedores por sí, sino por aquellos de quien la cosa tienen, *l.* 1. *tit.* 8. *lib.* 11. *de la Nov. Rec.*, y no la tienen creyendo que son dueños. Esta posesion ha de ser de tres años para poderse prescribir las cosas muebles, *l.* 9. *d. tit.* 29. *P.* 3., y de diez entre presentes, y veinte entre ausentes, si fuesen raices, *l.* 18. *d. tit.* 29. (1). Y la *siguiente ley* 19. añade ser necesarios treinta años, cuando el que enajenaba la cosa, sabia no tener derecho para ello, si no es que lo supiere tambien aquel que podia enajenarla y callase: en cuyo caso bastarian los diez años entre presentes, y veinte entre ausentes: y esplica entenderse por presente, el dueño contra quien corre la prescripcion estar en la misma provincia, y ausente estar fuera de ella. Y si parte del tiempo estuviese fuera, este se gobernaria por la regla de los ausentes, y el otro por la de los presentes, segun la *ley* 20. *del mismo tit.* 29.

7 La posesion debe ser continua, *d. l.* 9. *tit.* 29. *l.* 5. *tit.* 15. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.*, porque si llega á interrumpirse, ó bien naturalmente, porque realmente la pierde el que estaba prescribiendo, ó bien civilmente, porque se

(1) Princ. Inst. de usucap.

le emplaza ó pone demanda, de tal manera queda cortada la prescripcion, que debe empezarse de nuevo, *l.* 29. *d. tit.* 29. *l.* 6. *tit.* 8. *lib.* 11. *de la Nov. Rec.* (1). Pero sigue la continuacion del antecesor en su sucesor tanto singular como universal, de suerte que al tiempo en que poseyó el antecesor se junta el del sucesor, con tal que tenga buena fe; y de consiguiente si tú poseias una cosa mueble dos años, y despues soy tu heredero ó me la vendes, poseyéndola con igual buena fe otro año, completaré su prescripcion, *l.* 16. *d. tit.* 29.: la cual estiende esta doctrina al caso en que poseyendo alguno cosa ajena, la empeñó, y dió al acreedor en prenda, pues entónces puede aquel juntar á su posesion el tiempo en que está la cosa en poder del acreedor. Lo que hemos dicho del tiempo, se entiende para prescribir el dominio, pues para la posesion basta un año y un dia, en los términos que previene la *l.* 3. *d. tit.* 8., esto es, que el que tiene por un año y un dia una cosa con título y buena fe, en paz y en faz de quien la demanda, puede escusarse de responder sobre la posesion. Es verdad habla la ley de las ciudades, en cuyos fueros se contiene esto; pero vemos observarse generalmente, siguiendo la opinion de Diego Pérez contra la de Azevedo en el comentario de *d. l.* 3.

8 El V. y último requisito para la prescripcion es, que la cosa no sea viciosa, es decir, que no tenga impedimento que la resista. Le tienen las cosas siguientes: I. Las que llamamos de derecho divino, sagradas, religiosas, santas, y el hombre libre, *l.* 6. *d. tit.* 29. (2). II. Las plazas, calles, ejidos, dehesas y otros bienes de las ciudades, que son para el uso comun de sus vecinos, *l.* 7. *d. tit.* 29. (3). III. Las forzadas ó robadas, *l.* 4. *d. tit.* 29. *l.* 2. *tit.* 8. *lib.* 11. *de la Nov. Rec.* (4). IV. Las de los menores de 25 años, las de los hijos que están en la patria potestad, y las dotales (5), si no es que siendo el marido un pródigo callase la mujer, sin pedirle la restitucion de su dote, *l.* 8. *d. tit.* 29. Esta doctrina en cuanto á las cosas dotales debe entenderse cuando la dote fuese inestimada, porque siendo

(1) L. pen. l. ult. C. de anal. except. (2) § 1. Inst. de usucap.
(3) L. 25. de sacros. eccles. (4) § 2. Inst. de usucap.
(5) L. ult. C. in quib. caus. in int. l. 1. § 2. de anal. except. l. 4. de fund. dot.

estimada, ya no son dotales las cosas que se dieron en dote, por haberse subrogado por ellas su precio, como vimos en el *lib.* 1. *tít.* 5. *n.* 4. Y en cuanto á los menores, téngase presente, y por repetido aquí, lo que dijimos en el *lib.* 1. *tít.* 8. *n.* 3.

9 Las cosas que están en el patrimonio de las ciudades, cuyo producto es para el beneficio del comun de sus vecinos, pero sin poder usar de ellas ninguno en particular, como notamos en el *título antecedente*, *n.* 4., se prescriben por el tiempo de cuarenta años, pero se puede pedir la restitucion *in integrum*, *d. l.* 7. Y lo mismo sucede en las raices que perteneżean á alguna iglesia ó lugar religioso; mas para la prescripcion de las muebles bastan tres años. Y en la de las pertenecientes á la iglesia romana, son menester ciento; *l.* 26. *d. tít.* 29. La jurisdiccion suprema, civil ó criminal, que compete al rey, no admite prescripcion alguna, auque sea de tiempo inmemorial, como ni tampoco los pechos y tributos que se le deben ni las alcabalas, aunque en ellos pareciese tolerancia de los reyes, *l.* 4. *y* 9. *d. tít. l.* 6. *d. tít.* 29. *P.* 3. Pero segun *esta l.* 1. cualesquiera ciudades, villas y lugares, y jurisdicciones civiles y criminales, y cualquier cosa ó parte de ello, con las cosas anexas y pertenecientes al señorío y jurisdiccion, se pueden prescribir por posesion inmemorial que sea probada, segun previene la *l.* 1. *tít.* 17. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* que esplicaremos hablando de los mayorazgos, diciendo tambien entónces qué prescripcion puede tener lugar en ellos. Y por la misma prescripcion inmemorial se adquiere el derecho de exigir imposiciones, bastando 40 años para la posesion, *l.* 8. *d. tít.* 15.

10 Hemos hablado hasta aquí de la prescripcion en cuanto por ella se significa un modo de adquirir el dominio, lo que no sucede siempre. Porque cuando se refiere á las acciones, está tan léjos de significar adquisicion de estas, que por lo contrario significa su destruccion, como que produce á favor del prescribiente el cortar la accion, dándole una escepcion que la destruye, ó pudiéndose decir ser ella misma la escepcion; y con efecto las leyes romanas dan con frecuencia á esta el nombre de prescripcion (1). Y

(1) L. pen. de except. l. 8. l. pen. et ult. C. eod.

en este sentido se toma en varias leyes del *tít.* 8. *lib.* 11. *de la Nov. Rec.* La 5.ª dice: *El derecho de ejecutar por obligacion personal se prescriba por diez años, y la accion personal, y la ejecutoria dada sobre ella se prescriba por veinte años, y no ménos; pero donde en la obligacion hay hipoteca, ó donde la obligacion es mista, personal y real, la deuda se prescriba por treinta años, y no ménos; lo cual se guarde sin embargo de la ley del rey D. Alonso, que puso que la accion personal se prescribiese por diez años.* Y por cuanto ni *esta ley* ni otra alguna de la Recopilacion habla de la prescripcion de la accion mere real, debemos decir queda intacta en su vigor la de treinta años que estableció la *ley* 21. *d. tít.* 29. *P.* 3. Pero debemos advertir con Antonio Gómez en el comentario de la *ley* 63. *de Toro*, que es la misma 5. *d. tít.* 8., entenderse esta doctrina de las acciones real y mista, cuando al que posee la cosa le faltó algun requisito para poderla adquirir por prescripcion; porque si no le faltó, adquirió su dominio, concluido el tiempo que hemos referido ser necesario; y hecho ya dueño, cesa contra él toda accion. Azevedo esplica latamente esta *l.* 6.

11 Tres años bastan para prescribirse y quedar cortadas las acciones siguientes: I. La que tienen para cobrar sus servicios ó salarios los que hayan servido á otros. II. La que compete á boticarios, joyeros y otros oficiales mecánicos, y á los especieros, confiteros y otras personas que tienen tiendas de cosas de comer, por razon de lo que hubieren dado de sus tiendas, y hechuras que hubieren hecho. Los tres años se cuentan en los sirvientes desde el dia en que hubieren sido despedidos por sus amos, y en los otros desde el en que recibieron lo que se les dió; y para impedir esta prescripcion basta cualquier peticion de la deuda, aunque hubiese sido estrajudicial, *l.* 10. *tít.* 11. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* III. La que tienen los letrados, procuradores y solicitadores para pedir sus salarios, no habiéndose contestado sobre ello, ántes que hayan pasado los tres años, *ley* 9. *d. tít.*, la cual manda ademas, que no pueda renunciarse su contenido; y que si se renunciare, no lo impida la renuncia.

12 La accion de un comunero de alguna herencia ó cualquiera otra cosa, para que se divida y se le dé su parte,

no puede prescribirla el otro comunero que la poseyere entera sin dividir por tiempo alguno, *l.* 2. *tít.* 8. *lib.* 11. *de la Nov. Rec.* que así lo establece sin señalar la razon. Creemos puede serlo el que posee á nombre de todos los comuneros el que así posee, y por lo mismo no puede perjudicar á los otros con su posesion, que tambien es de ellos.

13 Pusimos arriba al *n.* 6. la definicion de la posesion, y de ella se infiere, que no pueden poseerse propiamente las servidumbres ni otras cosas incorporales; mas usando de ellas aquel á quien pertenece su uso, y consintiéndolo aquel en cuya heredad lo há, es como manera de posesion, *l.* 1. *tít.* 30. *P.* 3., en cuya *glosa* 1. añade Greg. Lóp. llamarse esta *cuasi posesion*, y que tambien se comprende bajo la palabra *posesion*. Se divide la posesion en natural y civil. Es natural la que uno tiene corporalmente por sí mismo, como cuando uno está en su casa ó heredad: civil, cuando sale de la casa ó heredad, no con ánimo de desampararla, sino porque no puede estar siempre en ella; y vale tanto como la otra, *l.* 2. *d. tít.* 30.

14 Todo hombre sano de entendimiento puede ganar ó adquirir la posesion por sí mismo, por su hijo que tenga en su potestad, ó por su personero ó procurador que se apoderen de la cosa á nombre de su padre ó principal. Y aun el hijo, si la gana á nombre suyo, la adquirirá para su padre, á escepcion de lo perteneciente al peculio castrense, ó cuasi castrense, por razon del usufructo que le compete, *l.* 3. *d. tít.* 30. Y asimismo la pueden ganar los tutores y curadores para los huérfanos ó locos, que tuvieren en guarda, y tambien el oficial ó síndico del comun de alguna ciudad, para dicho comun, como si todos comunalmente se hubiesen apoderado de la cosa, *l.* 4. *d. tít.* 30.

15 Para adquirir la posesion se requieren dos cosas: la una, voluntad é intencion de ganarla; y la otra entrar corporalmente en ella por sí mismo, ú otro en su nombre; de suerte que no se puede adquirir faltando una de las dos. Pero debemos advertir, que la segunda se puede verificar, y basta suceda por tradicion fingida ó presunta en los mismos términos que hemos esplicado en el *título antecedente* al *n.* 20., tratando de la adquisicion del dominio. De ello nos traen algunos ejemplos las *leyes* 6. 7. 8. *y* 9. *de dicho tít.* 30. y el de la 6. tiene la singularidad de ser sin tradicion de símbolo ó nota, y sin ficcion de breve mano, adquiriéndose por sola la vista de la cosa, á voluntad del que la enajena, representándose con esto la verdadera tradicion: cuyo modo de adquirir es tambien estensivo al dominio, *junt. d. l.* 6. con la 47. *tít.* 28. *P.* 3. (1). Los arrendadores no ganan la posesion de la cosa que toman en arrendamiento, porque es de los dueños á cuyo nombre la tienen; y por ello nunca pueden adquirir por este medio el dominio, *l.* 22. *tít.* 29. *l.* 5. *tít.* 30. *P.* 3. *l.* 1. *tít.* 8. *lib.* 11. *de la Nov. Rec.* Y lo mismo debe decirse de los comodatarios, depositarios y otros semejantes (2). Ni tampoco ganan la verdadera posesion los que entran por fuerza en la cosa, ó la roban, por no ser derecha su tenencia, como debe serlo, segun hemos manifestado arriba al *n.* 6., *l.* 10. *d. tít.* 30. Aquella es derecha, que procede de título que por su naturaleza sea traslativo de dominio, *l.* 11. *d. tít.* 30. Pero el feudatario de algun heredamiento, el que tenga su usufructo, ó el que le tenga á censo, si se apoderan de él, ganan su posesion, *l.* 5. *d. tít.* 30. Pero advierte Gregor Lóp. en la *glosa* 2. *de la misma*, deber esto entenderse de la posesion natural, porque en la civil están el propietario y el dueño directo.

16 Vistos los modos de adquirir la posesion, veamos cuáles son aquellos por que se pierde. Trata de ellos la *ley* 17. *d. tít.* 30., diciendo, que solas son tres las maneras ó modos de perderse la posesion de los bienes raíces: I. Si echan de la cosa raíz al poseedor por fuerza. II. Si la entra otro alguno no estando él delante, y cuando viene despues no le recibe dentro de ella. III. Cuando oye que alguno entró la cosa de que él era tenedor, y no quiere ir allá, porque sospecha que no le querrán dejar en ella, ó le echarán de allí por fuerza si entrase. De las cosas muebles dice, que puede uno perder su posesion, aunque no lo sepa al tiempo que la pierde, como sucederia si se la hurtasen (3). Pero debemos advertir, que el referir *esta ley* taxativamente los tres modos de perder alguno la posesion de las cosas raíces, diciendo: *Non pierde la tenencia de ella, si non por una*

(1) L. 1. § pen. l. 18. § 2. de adq. v. am. pos.
(2) L. 8. commod. v. cont. (3) L. 15. de adq. v. am. pos.

de estas tres maneras, es porque solo quiso hablar de los modos por los cuales la pierde con fuerza que se le hace ó teme; porque segun otras leyes que vamos á citar, la puede perder por otros medios, como se sigue.

17 Perdemos tambien la posesion de nuestras cosas raíces, si el rio en sus avenidas, ó el mar en su acrecimiento las cubriese del todo, de manera que ni nosotros ni otro alguno pudiese fincar en su tenencia, *l.* 14. *d. tit.* 30. Y adviértase, que segun la *ley* 32. *tit.* 28. *d. P.* 3., esta doctrina tiene solamente lugar miéntras las tierras se hallaren cubiertas de agua; pues luego que fueren descubiertas, usaremos de ellas, como ántes lo hacíamos. Y asimismo la perdemos, si nuestros arrendadores metiesen á otro en la tenencia de la cosa que les hubiésemos dado en arriendo, con la intencion que la perdiésemos ó los echasen de ella por fuerza. Pero si los tales arrendadores la desamparasen, aunque fuese maliciosamente, para que otro se apoderase de ella, no la perderíamos, *l.* 13. *d. tit.* 30. Y en cuanto á las cosas muebles, perdemos tambien la posesion de aquellas que cayesen en el mar ó algun rio, *d. l.* 14.; lo que debe entenderse cuando hubiesen caido de tal suerte, que no fuese fácil su recobro, como tambien sucede en la huida de las bestias bravas que habiamos cogido, con la diferencia, que en este último caso perdemos tambien el dominio, y en el otro lo conservamos, pudiendo demandar la cosa á cualquiera que la hallare, *d. l.* 14. *l.* 18. *d. tit.* 30. *l.* 19. *tit.* 28. *d. P.* 3. (1). Y que se pierde tambien la posesion desamparando la cosa el que la tenia, con ánimo de no tenerla, *l.* 12. *d. tit.* 30., es cosa clara. Podríamos tratar aquí de las acciones ó juicios que llaman *interdictos*, por ser todo su objeto la posesion; pero nos parece mejor dejarlo para despues del título general de los juicios.

(1) § 12. Inst. de rer. div.

TÍTULO III.

DE LAS SERVIDUMBRES REALES Y PERSONALES.

Tít. 31. Partida 3. (1).

1. *Qué sea servidumbre real ó predial, ó como se dividen las que son de esta especie en urbanas y rústicas.*
2. *Se refieren las especies de servidumbres urbanas.*
3. 4. *Se refieren las servidumbres rústicas.*
5. *Solo los dueños de los predios pueden imponer ó adquirir servidumbres.*
6. *La servidumbre es cualidad inseparable del predio que la debe y á que se debe.*
7. 8. *Modos de adquirirse las servidumbres.*
9. 10. *Modos de perderse.*
11. 12. *Del usufructo.*
13. *Del uso y de la habitacion.*

1 Como las servidumbres son un derecho real tan semejante al dominio, como hemos manifestado en el *título* 1. *de este lib. n.* 10., pareció á los componedores del *libro de las Partidas* tratar de las servidumbres en el *título* 31. *de la Partida* 3., despues de haber tratado en los dos *antecedentes* del dominio, y de la posesion de las cosas corporales. Servidumbre es *Derecho y uso que tienen los hombres en los edificios ó heredades ajenas para servirse de ellas en utilidad de las suyas.* Y adviértase llamarse derecho respecto del dueño á quien se debe. Es de dos maneras. La una es aquella que há una casa en otra, y se llama *urbana;* y la otra la que há una heredad en otra, y se dice *rústica.* Las que son de este género se llaman *reales*, porque dicen respecto, y se constituyen para beneficio ó utilidad de las cosas: á diferencia de otras llamadas *personales*, por el motivo de que solo se dirigen á la utilidad de la persona, sin señalamiento, respecto ni beneficio de sus cosas, como son el uso y el usufructo, *l.* 1. *tit.* 31.

(1) Tit. 3. 4. et 5. lib. 2. Inst.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

de estas tres maneras, es porque solo quiso hablar de los modos por los cuales la pierde con fuerza que se le hace ó teme; porque segun otras leyes que vamos á citar, la puede perder por otros medios, como se sigue.

17 Perdemos tambien la posesion de nuestras cosas raíces, si el rio en sus avenidas, ó el mar en su acrecimiento las cubriese del todo, de manera que ni nosotros ni otro alguno pudiese fincar en su tenencia, *l.* 14. *d. tit.* 30. Y adviértase, que segun la *ley* 32. *tit.* 28. *d. P.* 3., esta doctrina tiene solamente lugar miéntras las tierras se hallaren cubiertas de agua; pues luego que fueren descubiertas, usaremos de ellas, como ántes lo hacíamos. Y asimismo la perdemos, si nuestros arrendadores metiesen á otro en la tenencia de la cosa que les hubiésemos dado en arriendo, con la intencion que la perdiésemos ó los echasen de ella por fuerza. Pero si los tales arrendadores la desamparasen, aunque fuese maliciosamente, para que otro se apoderase de ella, no la perderíamos, *l.* 13. *d. tit.* 30. Y en cuanto á las cosas muebles, perdemos tambien la posesion de aquellas que cayesen en el mar ó algun rio, *d. l.* 14.; lo que debe entenderse cuando hubiesen caido de tal suerte, que no fuese fácil su recobro, como tambien sucede en la huida de las bestias bravas que habiamos cogido, con la diferencia, que en este último caso perdemos tambien el dominio, y en el otro lo conservamos, pudiendo demandar la cosa á cualquiera que la hallare, *d. l.* 14. *l.* 18. *d. tit.* 30. *l.* 19. *tit.* 28. *d. P.* 3. (1). Y que se pierde tambien la posesion desamparando la cosa el que la tenia, con ánimo de no tenerla, *l.* 12. *d. tit.* 30., es cosa clara. Podríamos tratar aquí de las acciones ó juicios que llaman *interdictos*, por ser todo su objeto la posesion; pero nos parece mejor dejarlo para despues del título general de los juicios.

(1) § 12. Inst. de rer. div.

TÍTULO III.

DE LAS SERVIDUMBRES REALES Y PERSONALES.

Tít. 31. Partida 3. (1).

1. *Qué sea servidumbre real ó predial, ó como se dividen las que son de esta especie en urbanas y rústicas.*
2. *Se refieren las especies de servidumbres urbanas.*
3. 4. *Se refieren las servidumbres rústicas.*
5. *Solo los dueños de los predios pueden imponer ó adquirir servidumbres.*
6. *La servidumbre es cualidad inseparable del predio que la debe y á que se debe.*
7. 8. *Modos de adquirirse las servidumbres.*
9. 10. *Modos de perderse.*
11. 12. *Del usufructo.*
13. *Del uso y de la habitacion.*

1 Como las servidumbres son un derecho real tan semejante al dominio, como hemos manifestado en el *título* 1. *de este lib. n.* 10., pareció á los componedores del *libro de las Partidas* tratar de las servidumbres en el *título* 31. *de la Partida* 3., despues de haber tratado en los dos *antecedentes* del dominio, y de la posesion de las cosas corporales. Servidumbre es *Derecho y uso que tienen los hombres en los edificios ó heredades ajenas para servirse de ellas en utilidad de las suyas.* Y adviértase llamarse derecho respecto del dueño á quien se debe. Es de dos maneras. La una es aquella que há una casa en otra, y se llama *urbana;* y la otra la que há una heredad en otra, y se dice *rústica.* Las que son de este género se llaman *reales*, porque dicen respecto, y se constituyen para beneficio ó utilidad de las cosas: á diferencia de otras llamadas *personales*, por el motivo de que solo se dirigen á la utilidad de la persona, sin señalamiento, respecto ni beneficio de sus cosas, como son el uso y el usufructo, *l.* 1. *tit.* 31.

(1) Tit. 3. 4. et 5. lib. 2. Inst.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

P. 3. que luego esplicaremos. Estas se espresan siempre con el nombre específico que tienen; de suerte que cuando se pone el nombre general *servidumbre*, sin añadidura alguna, se entiende de las reales, que tambien suelen llamarse prediales, por deberse á los predios, esto es, á las personas á beneficio de sus predios; y para su constitucion debe haber dos predios, uno dominante, por cuyo respecto y beneficio se constituye; y otro sirviente, que sufre la carga. Y solos los dueños de estos predios pueden constituirlas, á escepcion de los juicios divisorios en que las puede constituir el juez (1).

2 Servidumbres urbanas, que como acabamos de decir, son las que há una casa ó edificio en otro, son de varias especies ó clases, esto es, se constituyen para diferentes fines que se refieren en la *l.* 2. *de d. tit.* 31. (2), y son: I. El derecho de que la casa del vecino haya de sufrir la carga de ponerse en ella un pilar ó coluna sobre que pueda yo edificar en la mia. II. El derecho de agujerear la pared del vecino, para meter allí una viga en beneficio de mi casa. III. El mismo derecho para poner una ventana, que dé luz á mi casa. IV. El derecho de echar el agua que cae sobre mis tejados á la casa de mi vecino, por canal, caño ó de otra manera. V. El derecho de poder prohibir á mi vecino que levante mas su casa, quitando la vista y la luz de la mia, ó pudiéndomela registrar. VI. El derecho de entrar en mi casa ó corral por la casa ó corral de mi vecino. Las leyes romanas llamaron á la 1ª. de estas servidumbres *oneris ferendi*, á la II. *tigni immitendi*, á la III. *luminum*, á la IV. *stillicidii, vel fluminis avertendi*, á la V. *altius non tollendi* (3), y la VI. no la establecieron formalmente. Sus intérpretes dijeron haber entre la I. y la II. la diferencia de que en esta no debe reparar el dueño del predio sirviente la pared que sostiene la viga, y que lo contrario sucede en la otra en cuanto al pilar ó coluna: cuya diferencia adopta Gregor. Lóp. en la *glosa* 2. *de d. ley* 2., diciendo ser de mucha utilidad. Las mismas leyes reconocieron otras servidumbres ménos frecuentes; y tambien manifiesta haberlas nuestra citada *ley* 2. diciendo al fin, despues de haber referido las espresadas: *O alguna otra semejante de estas que sea á pro de los edificios.*

(1) § 4. Inst. de serv. rust. et urb. præd. (2) § 4. Inst. de serv. rust. et urb. præd. (3) L. 23. § 5. fam. ersc. l. 18. com. div.

3 Rústica servidumbre es, segun dijimos, aquella que há una heredad ó campo en otro, y son tambien muchas sus especies; las mas frecuentes son las que se siguen (1). I. Senda, esto es, derecho de pasar por la heredad de otro, yendo á la mia á pié ó cabalgando, solo ó con otros, de manera que vaya uno detras del otro, y no en par. II. Carrera, que es derecho de llevar carretas ó bestias cargadas á mano, cuyas cosas no puede llevar el que tiene senda. III. Via, esto es, derecho de ir por heredad ajena á la nuestra, á pié ó cabalgando, solo ó acompañado, y llevar carretas ó piedras ó madero arrastrando, y todas las otras que fueren menester para la utilidad de nuestra heredad. Debe tener la anchura en que las partes hubieren convenido, y si no la señalaron, la de ocho piés en lo derecho ó recto, y diez y seis donde tuviere alguna tortura, *l.* 5. *d. tit.* 31. *P.* 3. (2).

4 IV. La que los romanos llamaron *aquæductus*, esto es, derecho de llevar agua por heredad de otro, para nuestros molinos, ó regar nuestras tierras. Y es obligacion del dueño del predio dominante guardar y mantener el cauce, azequia ó canal por donde corre el agua, de manera que no pueda ensanchar, alzar ni abajar, ni hacer daño á aquel por cuya heredad pasare, *l.* 4. *d. tit.* 31. Pero si este mismo dueño tuviese el derecho de llevar el agua de fuente que naciere en heredad ajena, no podrá el amo de esta conceder á otro el mismo derecho sin consentimiento de aquel, si no es que fuese tanta el agua, que abundare para las heredades de ambos, *l.* 5. *d. tit.* 31. (3). V. El derecho de sacar yo agua de la fuente ó pozo de otro para beber yo, mis labradores, bestias y ganados; y teniendo conseguido este derecho, le tengo tambien para entrar y salir en la heredad en que está el agua, siempre que me fuere menester. VI. El derecho de meter mis bueyes ú otras bestias con que labro mi heredad, en prado ó dehesa de otro, *l.* 6. *d. tit.* 31. VII. El derecho de sacar yo tierra, arena, ó hacer cal en heredad de otro, para hacer casa en la mia, ó tinajas para guardar en ellas el aceite que recojo en la misma, *l.* 7. *d. tit.* 31. (4).

(1) Princ. eod. (2) L. 8. de serv. rust. præd. (3) L. 2. § de serv. rust. præd. (4) § 2. Inst. eod.

5 Solos los que son dueños de alguna heredad pueden imponer servidumbre sobre ella, *l.* 9. *l.* 13. *d. tit.* 31. (1), reputándose tambien por dueños los enfiteutas, que solo tienen el dominio útil, *l.* 11. *d. tit.* 31. Y si la heredad fuese comun de muchos, todos la deben otorgar cuando la ponen. Y si por ventura la otorgasen unos, y otros no, no pueden resistir su uso aquellos que la otorgaron. Pero los que no la quisieron otorgar, bien la pueden contradecir cada uno de ellos, tan bien por su parte, como por la de los otros; mas si despues consintiesen todos los que lo habian contradicho, valdria como si al principio la hubiesen otorgado todos, *l.* 10. *d. tit.* 31. (2). Y lo mismo debe decirse en cuanto al predio dominante (3). Y adviértase, que las servidumbres son individuas, esto es, no se pueden dividir, ni entre los herederos del dueño del predio dominante, ni entre los del sirviente, que posean el predio; y de consiguiente se debe enterar á cada uno de aquellos, y por cada uno de estos, *l.* 9. *l.* 18. *d. tit.* 31.

6 La servidumbre es una cualidad tan inherente ó afixa á las cosas á que dice respecto, ó bien considerada pasivamente en cuanto es carga, ó activamente en cuanto es derecho, que no se pierde por mudar de dueño el predio sirviente ó el dominante, si que pasa al nuevo poseedor, *l.* 8. *l.* 12. *d. tit.* 31. No podrá pues enajenarla el dueño de la heredad á quien se debe, sin enajenar la misma heredad. Pero aquel á quien se debe servidumbre de llevar agua para regar su heredad, bien puede conceder el agua que ya tuviere en su campo, á otro, para que este riegue la suya, *d. l.* 12., y es la razon porque este no concede la servidumbre, que consiste en el derecho de llevar el agua por la heredad ajena, sino el agua ya llevada, en lo que no se perjudica ni grava al dueño del predio sirviente.

7 Tres son las maneras de constituirse las servidumbres espresadas en la *ley* 14. *d. tit.* 31.: I. Por contrato ó concesion entre vivos. II. Por testamento ó última voluntad. III. Por el uso. De la I. y II. cualquiera puede formarse los ejemplos; y en cuanto á la III. debe advertirse, que el uso ha de ser continuo, con ciencia del dueño del predio sirviente, con buena fe, y no por fuerza ni por ruego y que en el tiempo hay diferencia entre las servidumbres que llaman continuas y las descontinuas; porque las primeras se constituyen ó adquieren por diez años entre presentes y veinte entre ausentes, y las descontinuas por el inmemorial, *l.* 15. *de d. tit.* 31., y allí Greg. Lóp. en su *glosa* 3., el cual añade en la *glosa* 12. la limitacion de no deber entenderse esta doctrina cuando el que prescribe, tiene justo título por algun tercero, probando bien con las leyes romanas, é intérpretes de ellas, que entónces bastará el tiempo largo ú ordinario de 10 ó 20 años, y lo mismo advierte Antonio Góm. como cosa muy singular y cotidiana, *l.* 2. *cap.* 15. *n.* 27. *variar. vers. Advertendum.* Continuas decimos ser aquellas de que usamos cada dia, como se esplica *d. ley* 15., poniendo por ejemplos las cinco primeras que referimos en la clase de urbanas, arriba *n.* 2. Y descontinuas, por lo contrario, las de que no usamos cada dia, de las que pone tambien ejemplos en las tres primeras que contamos entre las rústicas en el *n.* 3., y lo son asimismo las tres últimas que hemos esplicado al *n.* 4. La de llevar agua para regar nuestra heredad la pone la *misma ley* 15. en su primera parte entre las continuas, y en la segunda entre las descontinuas; pero ella misma allana esta dificultad, pues hablando en esta segunda parte del agua que viene una vez en la semana, en el mes ó en el año, y no cada dia, da á entender manifiestamente, que en la primera habló de la que cada dia viene ó usamos. Y advertimos con Antonio Gómez. 2. *variar. cap.* 15. *n.* 27. *vers. Item.* que el tiempo para prescribir las servidumbres continuas, si son afirmativas, como la I. y II. de las urbanas, arriba *n.* 2., se empieza á contar desde el dia en que se empieza su uso; pero en las negativas, cual es la V. de las mismas urbanas, desde que el prescribiente prohibe al otro usar de la libertad. Si posees pues en frente de mi casa una área ó solar que siempre lo ha sido, no tendré derecho de prohibirte que edifiques y levantes tu edificio, si no es que habiéndolo querido hacer te lo impedí, y desde entónces hubiesen pasado 10 ó 20 años.

8 En el modo de adquirir la servidumbre por el uso que acabamos de referir, la ciencia y paciencia del dueño del predio sirviente sirve de justo título y de tradicion; y bajo

(1) L. 2. § 5. de serv. rust. præd. (2) L. 11. cod. (3) § 5. Inst. eod.

de este supuesto de ocupacion de la posesion, el uso del dominante. Por ello advierte con razon Antonio Gómez, *d. cap.* 15. *n.* 27. *vers. Servitus*, que quien quiera aprovecharse de esta adquisicion, debe ser cauto en alegar y probar la ciencia y paciencia del otro, ademas de su uso y ejercicio, y el tiempo necesario. Y añade allí mismo, que si el prescribiente apoyase su uso en título justo, bastaria su buena fe con el lapso del tiempo legal, sin ser necesaria la ciencia del dueño, y lo mismo dice por via de limitacion Greg. Lóp. en la *glosa* 3. *de d. l.* 15., como sucederia si creyéndote yo dueño de un campo, sin serlo, te comprase una servidumbre sobre él á favor ó utilidad de otro mio, en cuyo caso la adquiriria por el uso, aunque lo ignorase su verdadero dueño. Este modo último de adquirir servidumbres por el uso, lo establecieron y fundaron muy bien las leyes romanas (1). Se ha omitido en las nuestras; pero vemos con gusto que le adoptan Antonio Gómez y Gregorio López en los lugares citados; y es muy conforme á lo que establecen de la prescripcion de la cosas corporales las *leyes* 6. 9. *y* 18. *tit.* 29. *P.* 3., como hemos notado en el *título antecedente*, *n.* 3.

9 Son tambien varios los modos de perderse ó estinguirse las servidumbres. I. Por la confusion de los dominios, esto es, si el dueño del predio dominante adquiere el dominio del sirviente, ó al contrario; y se estingue de tal manera, que aunque despues vuelvan á separarse los dominios, no se debe la servidumbre, si de nuevo no fuese puesta, *l.* 17. *d. tit.* 31., porque el hombre no usa de sus cosas á manera de servidumbre, ó como suele decirse, á ninguno sirve su cosa, *l.* 13. *d. tit.* 31. II. Por la remision ó condonacion de la servidumbre que hace el dueño del campo á que se debe, *d. l.* 17. Y no es menester que la remision sea espresa, bastará que sea tácita, como si el dueño de la servidumbre permitiese al deudor, que hiciere alguna cosa que impedia su uso *l.* 19. *d. título* 31. (2).

10 III. Se pierden tambien por el no uso de veinte años sin diferencia de presentes y ausentes las descontinuas, y de tiempo inmemorial las continuas; de suerte que al paso que estas necesitan de mas tiempo para perderse que las

(1) L. ult. C. in fin. de præsc. long. temp. (2) L. 8. quem. serv. am.

descontinuas, sucede lo contrario para adquirirse, trocándose los tiempos, *l.* 16. *d. tit.* 31. Pero debemos advertir entenderse esta doctrina en las servidumbres rústicas; porque de las urbanas que se deben á los edificios, establece la *misma ley* 16. perderse por diez años entre presentes, y veinte entre ausentes, concurriendo la precisa circunstancia, y no de otra manera, de impedir el que debia la servidumbre su uso con algun hecho, á buena fe, como por cerrar la ventana por donde entraba la luz, que es el ejemplo de que usa la *misma ley*. Si la servidumbre se debiese á un predio comun, usando de ella uno de sus dueños, la conserva tambien para el otro que no la usó; lo contrario será, si el no usarla este fuese despues de haberse dividido los dueños el predio que era comun, *l.* 18. *d. tit.* 31., que da la razon de ser una la servidumbre en el primer caso, y en el segundo dos (1).

11 Servidumbres personales, que como dijimos arriba *n.* 1., se suelen espresar con sus nombres específicos de *usufructo, uso y habitacion*, son las que se deben á las personas, sin respecto alguno á cosas. Es la principal y frecuentísima el usufructo, que no es otra cosa que *Derecho de usar de casas, tierras, ganados, ú otra cosa ajena que pueda dar renta, aprovechándose de todos sus frutos.* Pertenecen pues al fructuario todas las rentas y frutos de la cosa en que tiene el usufructo, sin distincion de naturales ó civiles, esto es, ó nacidos de la misma cosa, ó producidos y percibidos por ocasion de ella; pero no los partos de la esclava, ni el tesoro encontrado en el predio, porque no son propiamente frutos; ó cuando lo sean, son estraordinarios, que siempre pertenecen al dueño de la cosa. Los puede vender como quisiere; pero no podrá enajenar ni empeñar la misma cosa: ántes bien tiene obligacion de prestar la caucion dicha *fructuaria*, esto es, dar fiadores de que no se perderá ni empeorará la cosa por culpa suya; y cuando se acabe el usufructo, la restituirá á su dueño, ó á quien se le haya mandado, *l.* 20. *d. tit.* 31. Y ademas debe aliñarla y cuidarla bien, de manera que si fuere casa, ha de repararla y cuidarla que no caiga ni se empeore por su culpa, y si fuere heredad, labrarla y cultivarla bien,

(1) L. 16. quemad. serv. amit.

plantando cepas y árboles en lugar de los que se secaren. Y si fueren ovejas, y algunas se murieren, debe poner y criar en lugar de ellas otras tantas reses de sus hijos. Y tambien debe pagar cualquier tributo ó derecho á que esté sujeta la cosa de que percibe los frutos *l.* 22. *d. tit.* 31. (1).

12 Los modos de constituirse el usufructo son los mismos tres que hemos esplicado arriba *n.* 7. tratando de las servidumbres reales, *l.* 14. *l.* 20. *d. tit.* 31., de suerte, que en esto no hay diferencia alguna entre unas y otras servidumbres: á escepcion del modo legal de constituirse el usufructo de los bienes adventicios del hijo de familias á favor del padre que le tiene en su poder, á beneficio de la *ley* 15. *tit.* 17. *P.* 5. (2); cuyo usufructo da al padre otras prerogativas á mas de las que tienen los otros fructuarios, que pueden verse en Góm. en la *ley* 6. *de Toro nn.* 11. *y.* 12. Castillo de *usuf. cap.* 3. y otros muchos que cita; siendo una de ellas el no poder el hijo enajenar sin consentimiento del padre la propiedad que es suya, Góm. en el *n.* 11. (3). Y véase lo que dijimos en el *tit.* 7. *lib.* 1. *n.* 40. Pero la hay en los modos de acabarse; porque ademas de estinguirse tambien, como las servidumbres reales, por la confusion de dominios ó consolidacion, esto es, adquiriendo el fructuario el dominio de la cosa, ó al contrario; y por la remision; y en cuanto á no usarse por el tiempo de 10 años entre presentes, ó 20 entre ausentes; se acaba por la muerte ó destierro perpetuo del fructuario, *l.* 24. *d. tit.* 31. Y asimismo se acaba enajenándole el fructuario á favor de un tercero, en cuyo caso se consolida tambien con la propiedad; pues aunque puede vender, arrendar ó dar á otro la percepcion de los frutos; pero no el mismo derecho que él tiene, *d. l.* 24. *l.* 3. *tit.* 8. *P.* 5. Los intérpretes para esplicar esto con mas claridad, distinguen dos derechos en el fructuario. El uno real ó de comodidad consistente en que nadie le puede impedir la percepcion de frutos; y otro personal inherente á su persona: de los cuales puede enajenar, como quisiere, el primero, cuya duracion pende del segundo; pero si intenta enajenar este, siempre se estingue y va á unirse con la propiedad. Quemandose toda la casa, ó derribándose por terremoto, ó de

(1) L. 7. l. 18. l. 65. de usufr. et quemad. (2) § 1. Inst. per quas pers. cuiq. adq. (3) L. ult. § 5. C. de bon. quæ lib.

otra manera, se estingue tambien su usufructo, *l.* 25. *d. tit.* 31. (1). Y si fuere dejado á alguna ciudad ó villa, sin espresion de tiempo, dura cien años (2), y pasados ellos se acaba, y se une á la propiedad, como tambien si durante este tiempo se despoblase del todo, labrándose ó quedando yermo su sitio. Pero si todos sus antiguos moradores ó alguna parte de ellos poblasen despues juntos otro lugar, les quedaria sálvo el derecho que habian en aquel usufructo, *l.* 26. *d. tit.* 31. El legal que tiene el padre en los bienes adventicios del hijo, se acaba por el casamiento de este; pero no el que tiene el padre ó la madre en los bienes que debe reservar para su hijo del primer matrimonio, como manifestamos en el *lib.* 2. *tit.* 7. *n.* 16.

13 La segunda especie de servidumbres personales, llamada uso, es *Derecho de usar de cosa ajena fructífera, aprovechándose de solos aquellos frutos que necesita para sí, su familia ó despensa.* Tiene lugar en él cuanto hemos dicho del usufructo, á escepcion de las diferencias siguientes: I. Que al usuario no pertenecen todos los frutos como al fructuario, sino solamente los que necesita para su familia: y de ahí es, que nada de ellos puede tomar para dar ni vender, *d. l.* 20. *tit.* 31. (3); y de consiguiente si muriere teniendo algunos percibidos y no consumidos, no serian de su heredero, sino del propietario. II. Que el usuario de bestias puede usar de ellas para sus labores, ú otro su servicio solamente; pero no las puede alquilar ó prestar á otro, *l.* 21. *d. tit.* 31. (4). III. Que el usuario no debe pagar las espensas del reparo de la casa ó cultivo de la heredad, ni los tributos ó pechos sobre ella impuestos, si no es que diese tan cortos frutos, que todos fuesen del mismo usuario (5). La tercera servidumbre personal que se llama habitacion ó morada, es *Derecho de habitar en casa ajena con la compañía que tuviere.* Solo en dos cosas se diferencia del uso de la casa, y son, que la puede arrendar ó alquilar á otro, con tal que sea á personas que hagan buena vecindad; y que no se estingue sino por la muerte ó remision. Si se deja para tiempo determinado, claro está, que se acaba pasado este, *l.* 27. *d. tit.* 31.

(1) § 1. Inst. de usu et habit. (2) § 5. eod. (3) L. 18. de usuf. et quem. (4) L. 5. § 2. quib. modis usuf. amit. (5) L. 66. de usuf. et quemad.

TITULO IV.

DE LOS TESTAMENTOS.

Tít. 1. Partida 6. y tít. 18. lib. 10. de la Nov. Rec. (1).

1. *Qué es herencia, y de qué partes consta su adquisicion.*
2. *Qué cosa sea testamento, y su division en abierto y cerrado.*
3. *Solemnidades que deben observarse en el testamento abierto ó nuncupativo.*
4. *Solemnidades del testamento cerrado ó escrito, del testamento del ciego, y de los codicilos.*
5. *Advertencias útiles sobre las solemnidades de los testamentos.*
6. *Otras divisiones de testamentos.*
7. *Los que no pueden ser testigos en ningun testamento.*
8. *Quiénes son los que solo están prohibidos de ser testigos en algunos testamentos, y de los legatarios.*
9. *Quiénes tienen prohibicion de testar.*
10. 11. 12. 13. *Se puede dar á otro poder de testar, y lo que hay que advertir sobre el comisario.*
14. *Qué cosas deben observarse para las aberturas de los testamentos cerrados.*

1 Los modos de adquirir, de que hasta aquí hemos tratado, son singulares, esto es, destinados por su naturaleza á la adquisicion de cosas singulares ó particulares. Vamos ahora á tratar de los universales, por los cuales se adquiere de un golpe, y por un solo acto una universalidad de bienes, cual es la herencia, que no es otra cosa que *Universal patrimonio de alguno con sus cargas.* Su adquisicion consta de dos partes, delacion, y suscepcion ó admision. La delacion es el título para adquirirla, y la admision el modo; y por ello ninguno puede adquirir herencia, sin que primero se le deliera, esto es, se le deba por ser llamado á ella.

(1) Tit. 10. lib. 2. Inst.

Se defiere por testamento, y faltando este, abintestato, *princ. y l.* 3. *tít.* 13. *P.* 6. (1).

2 Testamento, dice la *ley* 1. *tít.* 1. *d. P.* 6. *es una de las cosas del mundo en que mas deben los homes haber cordura, cuando lo facen, por dos razones. La una porque en ellos muestran cuál es su postrimera voluntad, é la otra porque despues que los han fecho si murieren, no pueden tornar otra vez á enderezarlos* : y no es otra cosa, que *Voluntad ordenada en que uno establece su heredero, ó departe lo suyo en aquella manera que quiere quede lo suyo despues de su muerte, l.* 2. *d. tít.* 1. Son dos sus especies. Los de la una se llaman *nuncupativos* ó *abiertos*, y los de la otra, *escritos ó cerrados*, *d. l.* 1. *y l.* 1. *y* 2. *tít.* 18. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* (2). Cada cual requiere sus solemnidades, que copiaremos de *estas leyes* 1. *y* 2. que las establecen, variando en parte las que habian establecido las *leyes* 2. *y* 3. *P.* 6.

3 Si el nuncupativo ó abierto se ordenare con escribano público, deben ser presentes á verlo otorgar tres testigos á lo ménos, vecinos del lugar donde el testamento se hiciere; y si se hiciere sin escribano público, ha de haber á lo ménos cinco testigos, vecinos, segun dicho es, si fuere lugar donde lo pudiere haber; y si no pudieren ser habidos cinco testigos ni escribano en el dicho lugar, á lo ménos han de ser 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, vale el tal testamento, *d. l.* 1. *tít.* 18. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.*, la cual ordena valga tambien en cuanto á las mandas y otras cosas que contiene, aunque el testador no haya hecho heredero alguno, y entónces herede aquel, que segun derecho y costumbre de la tierra, habia de heredar en caso que el testador no hiciera testamento, y que se cumpla el testamento. Y que lo mismo suceda si el testador instituyere heredero en el testamento, y este no quisiere heredar. Y ordena últimamente, que si el testador nombrase á alguno por heredero, ó le legare ó mandare alguna cosa para que la dé á otro á quien sustituyere en la herencia ó manda, y el tal heredero ó legatario

(1) L. 1. cum duab. seqq. de her. pet. (2) § 14. Inst. de test. ord.

no quisiere aceptar, el sustituto ó sustitutos lo puedan hacer todo. Segun esta *famosa ley*, para que valga en nuestra España el testamento, no es necesario que contenga institucion de heredero, ni que en el caso de haberla, ada ó admita este la herencia; cuya proposicion en el Derecho romano, fundado en este particular en escrupulosidades, era un desatino de primera clase.

4 En el testamento cerrado, llamado en latin *in scriptis*, manda la *ley* 2. *tit.* 8. 2. *de d. tit.* 18., que intervengan á lo ménos siete testigos con un escribano, los cuales hayan de firmar encima de la escritura del testamento, ellos y el testador, si supieren y pudieren firmar; y si no supieren, y el testador no pudiere firmar, que los unos firmen por los otros, de manera que sean ocho firmas, y mas el signo del escribano. Y que en el testamento del ciego intervengan cinco testigos á lo ménos, y en los codicilos intervenga la misma solemnidad que en el testamento nuncupativo ó abierto: los cuales dichos testamentos y codicilos, si no tuvieren la dicha solemnidad de testigos, no hagan fe ni prueba en juicio ni fuera de él.

5 Nos ha parecido copiar á la letra estas dos célebres *leyes* 1. *y* 2. *tit.* 18. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* por lo muy interesantes que son. Y para la mas completa esplicacion de su preciosa doctrina, y satisfaccion de las dudas que sobre ella pueden suscitarse, nos parece del caso tener presentes las advertencias que se siguen. I. Que no solo en los testamentos abiertos, sino tambien en los cerrados, que hacen los padres entre sus hijos ó descendientes legítimos, deben observarse las mismas solemnidades que en los que testan entre estraños, establecidas en *dichas leyes*; y lo mismo ha de guardarse en los que se otorgaren en tiempo de peste, como prueba Gómez en la *ley* 3. *de Toro* (es *d. l.* 2.) *n.* 48. II. Que la disposicion de *d. l.* 2. en cuanto dice, que en los codicilos debe intervenir la misma solemnidad que en el testamento abierto, ha de entenderse en los codicilos abiertos ó nuncupativos, pero no en los que se otorgaren cerrados; porque en estos deben necesariamente intervenir cinco testigos con sus firmas, como lo estableció la *ley* 3. *tit.* 12. *P.* 6., y lo prueba lata y fundadamente Gregor. Lóp. en su *glosa* 2., y lo mismo siente Góm. en *d. l.* 3. *de Toro*, *n.* 69. III. Que asimismo, lo

que dice del testamento del ciego *d. l.* 2. se entiende del abierto, como que este no lo puede otorgar cerrado, como lo enseñan Gregorio Lóp. en *d. glosa* 2., Gómez en *d. l.* 3. *n.* 51. y Azevedo en *d. l.* 2. *n.* 25. IV. Que nos parece bien por las buenas razones en que se funda, la opinion del mismo Azevedo en *d. l.* 2. *n.* 25. *y siguientes*, de ser necesario intervenga escribano en el testamento del ciego; pero no que sean vecinos del lugar los testigos, aunque Antonio Góm. en *d. l.* 3. *n.* 52. se esfuerza en probar no ser tampoco necesaria la asistencia del escribamo. V. Que ni en el testamento abierto ni en el cerrado es necesario que los testigos sean rogados, porque *dichas leyes* 1. *y* 2., que espresan las solemnidades que deben observarse en uno y otro, no hacen mencion de esta, que era la mas escrupulosa de todas. Así lo prueba Antonio Gómez en dicha *ley* 3. *de Toro n.* 29., cuyas razones nos parecen mucho mas sólidas, que las que alega por la contraria, que defiende Azevedo en *d. l.* 1. *n.* 48. *y siguientes*, y en *d. l.* 2. *n.* 5. VI. Que en nuestras *Instituciones Romano-Hispanas*, *lib.* 2. *tit.* 10. §. 14. *n.* 6. rechazamos con razones, al parecer de mucho peso, la opinion de Antonio Gómez en *d. l.* 3. *n.* 47. de que bastarán tres testigos para el testamento abierto, aunque no interviniere escribano, pudiendo haberle; y en el *n.* 7. la del Señor Covar., que en el *cap.* 10. *de testament. n.* 3. pretende probar, que bastan dos testigos con el escribano, si en el lugar no se pueden encontrar mas con facilidad.

6 Que ademas de la division referida de testamentos en abiertos y cerrados, que es la mas frecuente, hay otras dos. La una en pagánicos y militares, y la otra en los que se otorgan con fe privada, y los otorgados con fe pública. *Pagánicos* se llaman los de los paisanos. En ellos se deben observar todas las solemnidades establecidas en dichas *leyes* 1. *y* 2. *tit.* 18. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.*, segun fueren abiertos ó cerrados. *Militares* son llamados los que hacen los soldados (las leyes de las Partidas les suelen apellidar *Caballeros*) estando en hueste, en cuyo caso, y no en otro, les hacia exentos de toda solemnidad la *ley* 4. *tit.* 1. *P.* 6., imitando en esto las leyes romanas (1); de suerte,

(1) Princ. Inst. de milit. testam.

que segun ella pueden testar como quisieren y pudieren, de palabra ó por escrito, bastando para la prueba dos testigos llamados y rogados. Y si no estaban en la hueste, debian testar como los paisanos. Pero en las *Ordenanzas generales del ejército*, *artículo* 4. *tratad.* 8. *tít.* 11., y despues mas completamente en *cédula de* 24 *de octubre del año* 1778, *que es la ley* 8. *tít.* 18. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.*, declara y manda el rey, que todos los que gozan del fuero de guerra puedan testar sin limitacion alguna, de cualquier modo en que conste su voluntad. Y en cuanto á la otra division solo hay que advertir, decirse testamento con fe pública el que se hiciere delante del rey, en cuyo caso rarísimo valdria aunque no hubiese otro testigo sino el rey, *l.* 5. *d. tít.* 1. *P.* 6. El otro hecho con fe privada, es el que ordinariamente se hace.

7 Visto el número de testigos necesario en los testamentos, y cuándo deban ser vecinos del lugar del otorgamiento, hemos de ver quiénes pueden serlo. A cuya pregunta se suele responder, que lo pueden ser todos aquellos que no están prohibidos de serlo. Refiriendo pues los que lo están, sabremos que podrán serlo todos los demas. Los cuenta la *ley* 9. *de d. tít.* 1. segun se sigue: I. Los condenados por canciones injuriosas, libelos ó pasquines con intencion de infamar, por hurto, homicidio, ú otro delito semejante á estos, ó mas grave. II. Los apóstotas, que habiendo dejado nuestra religion católica, pasaron á ser moros ó judíos, aunque volviesen despues á la nuestra. III. Las mujeres. IV. Los menores de 14 años. V. Los esclavos. VI. Los mudos. VII. Los sordos. VIII. Los locos, miéntras estuviesen en la locura. IX. Los pródigos (1). En los del n. I. juzga Gregor. Lóp. en la *glosa* 2. *de d. l.* 9. que se comprenden todos los infames con infamia de Derecho, de los que hablaremos en el *lib.* 2. *tít.* 27. Y en los del n. V. añade la misma *ley* 9. al verso *Pero*, que si algun esclavo andaba ó estaba reputado por libre en aquella sazon, esto es, al tiempo del otorgamiento del testamento, valdria el testamento, aunque despues se averiguase ser esclavo (2).

8 Los testigos inhábiles que acabamos de referir, lo son para todos los testamentos, por ser su inhabilidad absoluta y general; pero hay otra respectiva ó particular, que solo obra en algunos testamentos, siendo los que la tienen, hábiles ó idóneos para los otros. De esta clase son los hijos para los testamentos de sus ascendientes, y estos para los de sus descendientes, *l.* 14. *tít.* 16. *P.* 3., que solo esceptúa de esta regla los testamentos militares. Y á la misma clase pertenece el heredero, y todos sus parientes hasta el cuarto grado, en el testamento en que fuere instituido, *l.* 11. *d. tít.* 1. *P.* 6. Pero los legatarios ó fideicomisarios particulares no tienen inhabilidad alguna para ser testigos en los testamentos en que se les dejan las mandas, *d. l.* 11. (1). Los demas pertenecientes á testigos en pleitos y contratos, los trataremos cuando hablemos de pruebas en los juicios.

9 Testar pueden todos los que no tienen prohibicion, *l.* 13. *d. tít.* 1. *P.* 6. Están prohibidos los siguientes: I. Los menores de 14 años si son varones, y de 12, si son hembras, á quienes con un nombre comun llamamos impúberes (2). II. El desmemoriado, por cuyo nombre entienden las leyes de la Partida al loco ó mentecato (3). III. El desgastador ó pródigo (4). IV. Los mudos ó sordos que no saben escribir ni pueden hablar, cuales son los que lo padecen desde su nacencia; pero el que lo fuere por enfermedad ú otra ocasion, si sabe escribir, podrá hacer testamento, escribiéndolo por su mano misma, *d. l.* 13. V. Los religiosos profesos, *l.* 17. *d. tít.* 1., y en su *glos.* 1. Greg. Lóp. [Segun el *art.* 38 *del decreto de las Cortes de* 29 *de julio de* 1837 sobre estincion de regulares, gozan de la testamentifaccion, de la capacidad para adquirir entre vivos, ó *ex-testamento*, ó abintestato, y de los demas derechos civiles que corresponden á los eclesiásticos seculares, los religiosos secularizados y esclaustrados de ambos sexos, desde que salieron de los conventos, y las monjas que continúen en los que queden abiertos, desde el 8 de marzo de 1836.] Segun las leyes de las *Partidas*, tampoco podran testar los condenados á muerte ó deportacion, ni los hijos que están bajo el poder de su padre; pero á los primeros les habilita la *ley* 3., y á los hijos la 4. *tít.* 18. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.*, bien que de los condenados, es-

(1) § 6. Inst. de test. ordin. (2) § 7. eod.

(1) § 5. eod. (2) § 1. Inst. quib. non est perm. (3) D. § 1. (4) § 2. eod.

ceptúa *d. l.* 3. los bienes que por razon del delito fueren confiscados ó se hubieren de confiscar á favor del rey ú otro. [Como esta pena de confiscacion no puede ya imponerse, segun el *art.* 10. *de la Constitucion de* 1837, el condenado á muerte está autorizado para disponer siempre de todos sus bienes.]

10 En España tenemos la singularidad de que la facultad de testar se puede cometer á otro: de cuyo asunto hablan la *ley* 1. *y siguientes del tit.* 19. *d. lib.* Se previene en *d. l.* 1. que el comisario, en virtud del poder para testar que se le diere, no puede hacer heredero en los bienes del testador, ni mejorías del tercio ni del quinto, ni desheredar á ninguno de los hijos ó descendientes del testador, ni los puede sustituir vulgar, pupilar ni ejemplarmente, ni hacerles sustitucion de cualquier calidad que sea; ni puede dar tutor á ninguno de los hijos ó descendientes del testador: salvo si el que le dió tal poder para hacer testamento, especialmente le dió para hacer alguna cosa de las susodichas en esta manera: el poder para hacer heredero, nombrándolo el que da poder por su nombre, á quien manda que el comisario haga heredero; y en cuanto á las otras cosas, señalando para qué le da el poder; y en tal caso el comisario puede hacer lo que especialmente señaló y mandó el que dió el poder, y nada mas.

11 Cuando el testador no hizo heredero, ni dió poder al comisario que lo hiciese por él, ni para hacer alguna de las cosas que hemos espresado en el *n. antecedente*, sino solamente para que por él pueda hacer testamento, puede el comisario descargar los cargos de conciencia del testador que le dió el poder, pagando sus deudas, cargos de servicio y otras deudas semejantes, y mandar distribuir por el alma del testador la quinta parte de sus bienes, que pagadas las deudas montare; y el remanente se partirá entre los parientes, á quienes tocare heredarle abintestato; y si parientes tales no tuviere el testador, estará obligado el comisario, dejando á la mujer del que le dió el poder lo que por derecho le corresponde, á disponer de todos los bienes del testador por causas pias y provechosas al alma de este, y no en otra cosa alguna, *l.* 2. *d. tit.* 19. El comisario debe usar del poder que se le dió dentro de 4 meses, si estuviere en la ciudad, villa ó lugar donde se le dio el poder, al tiempo en que se le dió; y si entónces estaba ausente, pero dentro de los reinos de España, dentro de 6 meses; y si estuviere fuera de estos, tendrá el término de un año, y no mas. Pasados dichos términos, que corren tambien contra el comisario ignorante, irán los bienes del testador comitente á sus herederos abintestato; salvo si el testador le mandó señalada y determinadamente, señalando la persona del heredero, ó cierta cosa que habia de hacer el tal comisario, en cuyo caso deberá hacerlo; y si pasado el término no lo hiciere, será habido como si lo hubiese hecho, *l.* 3. *d. tit.* 19. Matienzo en esta *l.* 7. *glosa* 2. *n.* 3. citando á muchos, y Antonio Gómez en la 33. *de Toro* (es la misma *ley* 3.) prueban tener arbitrio el testador para coartar ó alargar dichos términos.

12 Si el comisario no hizo testamento, ni dispuso de los bienes del testador, irán, segun queda insinuado, los bienes de este á sus herederos abintestato: los cuales no siendo descendientes ó ascendientes legítimos suyos, estarán obligados á disponer de la quinta parte de ellos por el alma del testador; y si no lo cumplieren dentro de un año, contándole desde la muerte del testador, podrá compelerles la justicia, á peticion de cualquiera del pueblo, *l.* 13. *tit.* 20. Y en el caso que el testador nombrada y señaladamente hizo heredero, y dió poder á otro para que acabase por él su testamento, no podrá el comisario disponer mas que de la quinta parte de los bienes del testador, despues de pagadas las deudas y cargos de servicio del mismo testador, si no es que este le hubiese dado poder para mas, *l.* 6. *d. tit.* 19.

13 El comisario no puede revocar el testamento que el testador habia hecho en todo ni en parte, salvo si el testador especialmente le dió poder para ello, *l.* 4. *d. tit.* 19.: ni tampoco el que él mismo hubiese ya hecho en uso de su poder. Ni despues de haber hecho el testamento puede hacer codicilo, aunque sea para causas piadosas, por mas que se reserve el poder revocar, añadir, menguar, ó hacer codicilo ó declaracion alguna, *l.* 5. *d. tit.* 19. Si fueren muchos los comisarios, y muriere alguno, su derecho se funda en los sobrevivientes, y siempre se está á lo que hiciere la mayor parte; y en el caso de no haberla, se acude á la justicia para la decision, en los términos que refiere la

ley 7. *d. tít.* 19. Y para que valga el poder para testar, debe estar otorgado con las mismas solemnidades que hemos visto ser necesarias para los testamentos, *l.* 8. *d. tít.* 19.

14 Muerto el testador que hubiese otorgado testamento cerrado, puede pedir ante el juez, cualquiera á quien se mande algo en él, que se abra, *l.* 1. *l.* 2. *tít.* 2. *P.* 6., y añade Gregor. Lóp. en la *glosa* 1. *de d. l.* 1. citando á otros, que tambien puede pedirlo el que tuviese en ello algun interes, aunque nada se le deje, como el hijo preterido que quisiere probar ser nulo el testamento; y el que lo pide debe jurar primero, que no lo hace maliciosamente, sino por el interes que tiene, *d. l.* 1. (1). Si el testamento estuviese en el lugar donde se pide que se abra, debe mandar el juez se lo lleven á su presencia, y que se abra luego. Y si estuviere en otra parte, señalar plazo á los que lo tengan en su poder para que se lo lleven, y mandar abrirle. Y si por ventura el que le tuviese en su poder, fuese rebelde, de manera que no le quisiese mostrar por mandato del juez, debe pagar al que lo demandase, todo cuanto le fuese mandado en el testamento, y todo el perjuicio que le hubiese causado por su resistencia, *d. l.* 2. Y debe ser abierto delante del juez y los testigos que son escritos en él. Pero ántes que el juez lo mande abrir, debe saber de ellos, si es aquel el testamento en que pusieron sus firmas. Y si la mayor parte dijere ser así, debe ser abierto ante ellos y leido, aunque no estuviesen presentes todos. Y si los testigos no pudiesen ser habidos por estar todos ó la mayor parte en otras tierras, puede el juez, si entendiere que la tardanza habia de causar perjuicio á los interesados, hacer venir ante sí á hombres buenos, y abrir el testamento ante ellos (2). Y de esta manera se puede abrir, aunque no estuviese delante ninguno de los testigos ante quienes fué hecho. Pero despues que vinieren los testigos, se les debe enseñar el testamento para que reconozcan sus firmas, y jurando ellos ser aquel testamento el que firmaron, se debe mandar trasladar el testamento en el registro ó protocolo, *l.* 3. *d. tít.* 2., la cual en lugar de firmas dice sellos, porque eran necesarios atendido el derecho de las Partidas. Si el testador mandare que no se abra alguna

(1) L. 3. C. quemad. test. aper. (2) L. 7. quemad. test. aper.

parte del testamento hasta cierto tiempo, deberá hacerse así, *l.* 5. *l.* 6. *d. tít.* 2. De los modos de romperse ó rescindirse los testamentos, tratamos en el *título siguiente*.

TÍTULO V.

DE LA INSTITUCION DE HEREDERO, SUSTITUCIONES Y DESHEREDACIONES.

Títulos 3. 4. 5. 6. y 7. P. 6. (1).

1. *Qué sea institucion de heredero, y quiénes tienen prohibicion absoluta para ser instituidos herederos.*
2. 3. *Quiénes la tienen respectiva á algunos testadores.*
4. *Cómo debe hacerse la institucion de herederos; y á quién va la herencia cuando el testador instituye á los pobres.*
5. *En qué partes debe dividirse la herencia.*
6. *Puede morir cualquiera parte testado, y parte intestado, y cuándo tiene lugar el derecho de acrescer entre los herederos.*
7. *Qué sea condicion, su division en posible é imposible, con los efectos que esta causa.*
8. 9. 10. *Se esplican latamente algunas divisiones de las condiciones posibles.*
11. *Qué sea sustitucion, sus especies, y se esplica la vulgar.*
12. 13. *De la sustitucion pupilar.*
14. *De la sustitucion ejemplar.*
15. *De las sustituciones compendiosa, brevilocua y fideicomisaria.*
16. *Del derecho de deliberar.*
17. 18. *Del inventario.*
19. 20. *De los modos de admitir ó desechar la herencia, y cuándo deben tener capacidad los herederos.*
21. 22. 23. 24. *De las desheredaciones.*
25. 26. *Modos de romperse el testamento, y penas de los que impiden testar.*

(1) Tit. 13. 14. et 16. lib. 2. Inst.

ley 7. *d. tít.* 19. Y para que valga el poder para testar, debe estar otorgado con las mismas solemnidades que hemos visto ser necesarias para los testamentos, *l.* 8. *d. tít.* 19.

14 Muerto el testador que hubiese otorgado testamento cerrado, puede pedir ante el juez, cualquiera á quien se mande algo en él, que se abra, *l.* 1. *l.* 2. *tít.* 2. *P.* 6., y añade Gregor. Lóp. en la *glosa* 1. *de d. l.* 1. citando á otros, que tambien puede pedirlo el que tuviese en ello algun interes, aunque nada se le deje, como el hijo preterido que quisiere probar ser nulo el testamento; y el que lo pide debe jurar primero, que no lo hace maliciosamente, sino por el interes que tiene, *d. l.* 1. (1). Si el testamento estuviese en el lugar donde se pide que se abra, debe mandar el juez se lo lleven á su presencia, y que se abra luego. Y si estuviere en otra parte, señalar plazo á los que lo tengan en su poder para que se lo lleven, y mandar abrirle. Y si por ventura el que le tuviese en su poder, fuese rebelde, de manera que no le quisiese mostrar por mandato del juez, debe pagar al que lo demandase, todo cuanto le fuese mandado en el testamento, y todo el perjuicio que le hubiese causado por su resistencia, *d. l.* 2. Y debe ser abierto delante del juez y los testigos que son escritos en él. Pero ántes que el juez lo mande abrir, debe saber de ellos, si es aquel el testamento en que pusieron sus firmas. Y si la mayor parte dijere ser así, debe ser abierto ante ellos y leido, aunque no estuviesen presentes todos. Y si los testigos no pudiesen ser habidos por estar todos ó la mayor parte en otras tierras, puede el juez, si entendiere que la tardanza habia de causar perjuicio á los interesados, hacer venir ante sí á hombres buenos, y abrir el testamento ante ellos (2). Y de esta manera se puede abrir, aunque no estuviese delante ninguno de los testigos ante quienes fué hecho. Pero despues que vinieren los testigos, se les debe enseñar el testamento para que reconozcan sus firmas, y jurando ellos ser aquel testamento el que firmaron, se debe mandar trasladar el testamento en el registro ó protocolo, *l.* 3. *d. tít.* 2., la cual en lugar de firmas dice sellos, porque eran necesarios atendido el derecho de las Partidas. Si el testador mandare que no se abra alguna

(1) L. 3. C. quemad. test. aper. (2) L. 7. quemad. test. aper.

parte del testamento hasta cierto tiempo, deberá hacerse así, *l.* 5. *l.* 6. *d. tít.* 2. De los modos de romperse ó rescindirse los testamentos, tratamos en el *título siguiente*.

TÍTULO V.

DE LA INSTITUCION DE HEREDERO, SUSTITUCIONES Y DESHEREDACIONES.

Títulos 3. 4. 5. 6. y 7. P. 6. (1).

1. *Qué sea institucion de heredero, y quiénes tienen prohibicion absoluta para ser instituidos herederos.*
2. 3. *Quiénes la tienen respectiva á algunos testadores.*
4. *Cómo debe hacerse la institucion de herederos; y á quién va la herencia cuando el testador instituye á los pobres.*
5. *En qué partes debe dividirse la herencia.*
6. *Puede morir cualquiera parte testado, y parte intestado, y cuándo tiene lugar el derecho de acrescer entre los herederos.*
7. *Qué sea condicion, su division en posible é imposible, con los efectos que esta causa.*
8. 9. 10. *Se esplican latamente algunas divisiones de las condiciones posibles.*
11. *Qué sea sustitucion, sus especies, y se esplica la vulgar.*
12. 13. *De la sustitucion pupilar.*
14. *De la sustitucion ejemplar.*
15. *De las sustituciones compendiosa, brevilocua y fideicomisaria.*
16. *Del derecho de deliberar.*
17. 18. *Del inventario.*
19. 20. *De los modos de admitir ó desechar la herencia, y cuándo deben tener capacidad los herederos.*
21. 22. 23. 24. *De las desheredaciones.*
25. 26. *Modos de romperse el testamento, y penas de los que impiden testar.*

(1) Tit. 13. 14. et 16. lib. 2. Inst.

27. *De los testamentos que se rescinden por la querella de inoficiosos.*

1 Aunque segun dijimos en el *título antecedente n.* 3., no es necesaria en España la institucion de heredero, para que el testamento valga, debemos confesar ser su parte mas principal, y que es muy raro que no la haya. Instituir heredero es *Nombrar sucesor á otro, para que muerto el que le nombró, quede dueño de sus bienes ó de alguna partida de ellos, l.* 1. *tít.* 3. *P.* 6. Pueden ser instituidos todos aquellos á quienes no les está prohibido por las leyes, *l.* 2. *d. tít.* 3.: por lo que para saber quiénes puedan serlo, es lo mas espedito referir los prohibidos, y son: I. Los desterrados para siempre llamados en latin *deportati*. II. Los condenados á trabajar para siempre en las minas de los metales del rey; pero á estos se les puede legar. III. Los herejes y los apóstatas (1). IV. Las cofradías, cuerpos ó sociedades que se hubiesen formado contra Derecho y contra la voluntad del rey, *l.* 4. *d. tít.* 3. Y adviértase, que aunque *esta ley* no hace mencion de los moros ni de los judíos, están tambien prohibidos, como lo convence la *ley última tít.* 7. *d. P.* 6. *vers. Eso mesmo.* Por la *ley* 4. *d. tít.* 3. la mujer que casare dentro de un año despues de la muerte de su marido, no podia ser instituida heredera por ningun estraño ni pariente del cuarto grado en adelante; pero está corregida por la *l.* 4. *tít.* 2. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.*, que concede licencia á todas las mujeres que puedan casarse con quien quisieren dentro de dicho año, sin incurrir en pena alguna.

2 A los que acabamos de referir ninguno puede instituir herederos, porque su prohibicion de ser instituidos es absoluta; pero hay otros que solo la tienen respectiva, es decir, que todos les pueden instituir, á escepcion de ciertas y determinadas personas que no pueden hacerlo, y son los siguientes: I. Los hijos naturales del testador, aunque estuviesen legitimados por rescripto del rey, no pueden ser instituidos por sus padres ni madres, si tuviesen hijos ó descendientes legítimos ó legitimados por subsiguiente matrimonio; pero les podrán dejar dichos sus padres ó madres

(1) L. 5. C. de apost. l. 4. C. de hæret.

la quinta parte de sus bienes, *l.* 5. *y* 7. *tít.* 20. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* (*l.* 9. *l.* 12. *de Toro*). Y si no tuvieren hijos legítimos ó legitimados por subsiguiente matrimonio, podrán instituir á sus hijos naturales, aunque á ellos les sobrevivan sus ascendientes legítimos, *d. l.* 5. *con la siguiente.* Y lo mismo debe decirse de los hijos espurios respecto á la sucesion de sus madres, salvo si fueren nacidos de dañado y punible ayuntamiento, que no pueden ser instituidos por su madre, bien que esta puede dejarles en vida ó en muerte la quinta parte de sus bienes, y no mas. Y entónces se dice dañado y punible ayuntamiento, cuando la madre por el tal ayuntamiento incurre en la pena de muerte natural, *d. l.* 5. Pero de la sucesion del padre están los espurios tan escluidos, que solo les puede dejar la quinta parte de sus bienes, si se hallaren en necesidad, y no de otra manera, como prueba bien Gutiérrez, *lib.* 3. *pract. quæst.* 94. de la *ley* 1. *tít.* 5. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* II. Los hijos de los clérigos, frailes ó monjas profesas no pueden ser instituidos ni gozar de legados, donaciones ó ventas que les hicieren sus padres ni parientes por parte de padre, *d. l.* 5. y su *antecedente la* 4., que invalida cualquier privilegio que se concediere en contrario. Por clérigos deben entenderse aquí los ordenados de órden mayor, ó *in sacris*, como suele decirse, como hace ver Azevedo en *d. l.* 2. *nn.* 3. *y* 4. Y adviértase, que las *leyes* 1. *y* 2. *tít.* 3. *y.* 6. *lib.* 9. *de la Nov. Rec.* que acabamos de citar, corrigen en parte lo que generalmente dispuso de los hijos nacidos de dañado ayuntamiento la *ley* 4. *tít.* 5. *P.* 6. *al fin*, bien que á Greg. Lóp. en la *glosa* 11. *de d. l.* 4. ya le pareció debia limitarse la generalidad que tiene de que no pudiesen ser instituidos, sin espresar por quiénes.

3 IV. Nada pueden percibir por disposicion del testador, el que le hubiere confesado en la enfermedad de que murió, sea clérigo ó religioso, ni sus parientes, ni su iglesia ó religion, segun el *auto acordado* 3. *tít.* 10. *lib.* 5. *de la Rec.*, confirmado por *cédula publicada en* 18 *de agosto de* 1771., que es la *ley* 15. *tít.* 20. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.*, en la que se añade la pena de privacion de oficio del escribano que autorizase cualesquiera instrumentos en su contravencion; declarando ser nulos los que se hicieren en contrario. Se refiere en *d. auto acordado* la justa causa de

esta prohibicion de evitarse las persuasiones, sugestiones y fraudes con que se turban las conciencias de los enfermos, y se les trueca de voluntad. En esplicacion de lo que dice *esta cédula* sobre la nulidad del instrumento que declara, nos parece no deber entenderse de todo el instrumento, sino solo de aquella parte que contiene la institucion de heredero ó manda en la persona del confesor. Lo fundamos en haber observado ser este el modo de establecerse las leyes de esta naturaleza. Así vemos que la *l.* 8. *tít.* 7. *P.* 6. *al fin.*, al paso de disponer que es nulo el testamento en que el hijo deshereda á su padre sin espresar causa alguna de las justas, añade deber entenderse esta nulidad en cuanto á la desheredacion; pero que las mandas y otras cosas contenidas en el testamento valgan. Y al mismo tenor manda la *ley* 8. *tít.* 6. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* (24. *de Toro*) que si el testamento se rompiere ó anulare por causa de preterícion ó exheredacion, en el cual hubiere mejora de tercio ó quinto, no por eso se rompa, ni ménos deje de valer el dicho tercio y quinto, como si dicho testamento no se rompiese. Lo establecieron tambien así las leyes romanas (1). Y lo persuade la equidad, que no permite tenga lugar la pena mas allá del particular en que ocurrió la iniquidad ó sinrazon que la motivó.

[No siendo suficiente para remediar los fraudes que todavía se cometian, la *real cédula de* 8 *de agosto de* 1771, ántes citada, y con presencia de lo espuesto por los fiscales del estinguido Consejo de Castilla, en consulta de 12 marzo de 1830, se espidió la *real cédula de* 30 *de mayo del mismo*, por la que S. M. conformándose con el parecer del Consejo, tuvo á bien mandar, que la prohibicion de mandas contenida en la *ley* 15. *tít.* 20. *lib.* 10. *Nov. Rec.* se estienda á las herencias dejadas á los confesores, sus parientes, religiones ó conventos; mandando asimismo se llevase á efecto y circulase la soberana disposicion de su augusto Padre, en cuya conformidad, cuando los testadores dejen por herederas á sus almas, las de sus parientes, de otros cualesquiera, ó por via de mandas ó legados, señalen algunos sufragios, ó de cualquiera modo manden hacerlos, no podrán encargarse estos á los confesores en la

(1) Authent. ex causa C. de liber. præt. desump. ex Nov. 115. cap. 5. in fine.

última enfermedad, ni á sus parientes, y si fuesen religiosos ni á sus religiones ni conventos: debiendo en los casos que se contraviniere á esto, heredar lo así dejado los parientes que segun derecho sean herederos abintestato; y en su defecto será destinado todo á otras obras piadosas que señalarán las justicias, á quienes se encarga velen sobre este asunto, imponiendo privacion perpetua de oficio al escribano que autorice testamento ú otra última voluntad contra esta real disposicion.]

4 El nombramiento de heredero debe hacerse con palabras que le señalen cierta y claramente, de modo que se sepa con seguridad cuál es la persona nombrada, y que el testador quiso fuese su heredero, *l.* 6. *d. tít.* 3. *P.* 6., que pone diferentes fórmulas ó locuciones con que pueda esto hacerse (1). Y por defecto de este seguro señalamiento, no valdria la institucion en que nombraba por heredero á Pedro su amigo, si tuviese dos amigos de este nombre, y no pudiese constar por algunas señales de cuál de los dos quiso hablar; é iria en este caso su herencia á los mas próximos parientes, que hubieren de suceder abintestato. Ni tampoco valdria, si el testador señalase al heredero por injurias ó dicterios especiales, como si dijere, nombro en heredero á Juan, que es traidor ó hereje para deshonrarle ó infamarle. Pero sí que valdria si en general dijese de él, que era malo, sin espresar la especie de maldad, *l.* 10. *d. tít.* 3. Y si instituyere herederos á los pobres de alguna ciudad ó villa, ó legare á los mismos sus bienes, deberán repartirse entre los que se hallaren en los hospitales de aquella ciudad, y señaladamente entre aquellos que por sus achaques no pueden salir de los hospitales. Pero si el testador no señalare lugar, deben darse á los pobres de aquel en que hizo el testamento, *l.* 20. *d. tít.* 3., en cuya *glosa* 7. dice Gregor. Lóp. deber entenderse en el caso que el testador tuviese allí su domicilio.

5 Cuando instituye muchos herederos, puede dividir su herencia en las partes que quisiere; pero la comun ú ordinaria division es en 12 partes, que se suelen llamar onzas (2), porque este número es el mas proporcionado para subdividirse, completarse ó multiplicarse, respecto á que se puede partir en mas proporciones iguales que ningun

(1) L. 15. C. de testam. (2) § 5. Inst. de her. inst.

otro. Al total de 12 onzas llaman las leyes romanas *as*, á su doble *dipondium*, y á su triple *tripondium*, (1), cuyos nombres se espresan tambien en las nuestras de las *Partidas*, y su noticia es útil para el caso en que el testador, llenando ó escediendo el *as*, nombrare á otro heredero sin espresion de partes. Si nombrara á varios, sin espresar partes en ninguno, todos las tendrian iguales; y si en todos las espresare, cada cual sacaria la que le señaló. Y si en alguno ó algunos señalase partes, y en otro no, tendrian aquellos las señaladas, y este lo que falta hasta cumplir el as, y llenado ó escedido el as, lo que faltase hasta el dipondio, y con la misma regla hasta el tripondio (2). Si por ejemplo pues dijere el testador: Juan sea heredero de 4 onzas, Pedro de 3, Diego sea heredero; tendria este 5 que faltan para completar el as; y si al primero señalaba 8, al segundo 7, y el tercero estaba nombrado sin partes, saçaria 9 que faltan hasta el dipondio; y por la misma razon tendria 12, si entre los otros dos tuviesen señaladas otras 12, como todo esto consta en las *leyes* 17. 18. *y* 19. *d. tit.* 3., que en esto imitaron á las romanas, que establecieron lo mismo, fundadas en notoria equidad. Tambien las imitó la *ley* 14. *de dicho tit.* 3., disponiendo que si el testador instituyese heredero á uno solo en cosa señalada, como en viña ú otra cosa cualquiera, debia este llevarse toda la herencia (3). Pero como esta decision se fundaba solo en el rigor y escrupulosidad del Derecho romano, la consideramos corregida por la *ley* 1. *tit.* 18. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.*, de la que hemos hablado en el *tit. antecedente y siguientes*, como vamos á manifestar.

6 Entre las leyes romanas habia una muy famosa, que decia no poder morir uno, parte testado, y parte intestado, á cuyo tenor decidian el caso último del *n. anterior*, y otros semejantes. Pero el de *d. célebre l.* 1. *tit.* 18. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.*, que arriba hemos transcrito, *tit. antecedente, n.* 3., convence que arruinó y corrigió este decantado axioma de los romanos. Podrá pues en España, despues de esta *ley de la Recop.*, morir uno parte testado y parte intestado; y de consiguiente valdrá como suena la institucion de heredero hasta tiempo cierto ó desde tiempo cierto,

(1) D. § 5. § 8. Inst. de her. inst. (2) 5 § 6. eod. (3) L. 1. § 4. de her. inst.

sin embargo de que lo prohibia la *ley* 15. *de d. tit.* 3. Este axioma, establecido formalmente en una ley de los romanos (1), les precisó á admitir el derecho de acrescer en el caso de que siendo uno solo el heredero é instituido en cosa cierta, ó parte cuotativa de la herencia, como una, dos ó tres onzas, recogia en su virtud los bienes restantes del testador por necesidad, aunque este lo prohibiese; y esta misma doctrina tuvo lugar en España por la citada *ley* 14. *de d. tit.* 3., hasta que la corrigió, como hemos dicho, la *l.* 1. *d. tit. y lib.* Diremos pues, consiguiente á esta correccion, que cesa ya entre nosotros el ser necesario el derecho de acrescer en las herencias; pero que tendrá lugar cuando viene de la voluntad del testador, la que quiso *d. l.* 1. se guardase y cumpliese religiosamente; á la manera que por la misma razon siempre lo ha tenido en los legados, cuando hay conjuncion real. Y segun esta regla no habrá derecho de acrescer en las herencias, cuando uno solo es el instituido en cosa cierta, ó parte cuota de la herencia; ó son muchos los instituidos con partes espresas para cada uno que señaló el testador, en cuyos casos irán á los herederos legítimos ó abintestato los demas bienes vacantes. ó partes de que no dispuso el testador. Véase á Vela, *disput.* 47. *n.* 58. Pero si el testador instituyese á muchos, juntándolos, ó en toda la herencia, ó en alguna parte de ella, como por ejemplo, en el tercio ó en el quinto, diremos habria entre ellos derecho de acrescer, por juzgarse ser esta la voluntad del testador cuando les llama juntos á una cosa.

7 El testador puede instituir heredero, no solo puramente, ó á dia cierto, como hemos dicho, sino tambien bajo de condicion, la cual se suele significar por la palabra *si*, y no es otra cosa que *Añadidura que suspende ó alarga hasta algun acontecimiento incierto lo que quiere hacerse, ó se promete.* Su naturaleza es, que si se cumple ó sucede el acontecimiento, vale lo espresado, como si se hubiese establecido pura y sencillamente; si no sucede ó falta, nada vale; y miéntras se espera, está en pendencia, *l.* 1. *tit.* 4. *P.* 4. (2). Es muy frecuente su uso en testamentos y en contratos, y son varias sus especies y efectos que producen: todo lo cual merece que se trate de ellas con

(1) L. 7. de div. reg. jur.
(2) L. 26 de cond. inst. l. 8. de per. et com. rei vend.

alguna estension. Sus divisiones son las siguientes : I. En posibles é imposibles. Posibles son aquellas, que no hay impedimento alguno para que se cumplan, y por lo contrario son imposibles las que lo tienen; y se subdividen en imposibles por naturaleza, por derecho, ó por ser perplejas ó dudosas, de modo que no pueden entenderse. Imposibles por naturaleza se llaman aquellas, cuya existencia resiste la misma naturaleza, como si el testador dijere : *Nombro heredero á Pedro, si alcanzare al cielo con la mano;* y por derecho, las que son contra honestidad, contra buenas costumbres, contra obras de piedad, ó contra derecho, *l.* 1. *l.* 3. *tit.* 4. *P.* 6. (1). Es tan piadosa y digna de tenerse en memoria la razon de llamarse imposibles estas condiciones, que dió el celebérrimo jurisconsulto Papiniano (2), que nos ha parecido notarla aquí, á saber : *Debe creerse que no podemos hacer aquellas cosas que ofenden la piedad, existimacion y rubor nuestro, y generalmente las que se hacen contra las buenas costumbres,* como si uno dijera : *Te establezco por mi heredero, si no sacares á tu padre de cautivo, ó no le dieres á comer.* Tanto estas como las imposibles por naturaleza, si se ponen en los testamentos, no causan embarazo alguno, ni sirven, pues se tienen por no puestas; y el heredero ó legatario cogen lo que se les deja, como si se les hubiere dejado pura y simplemente, *d. l.* 3. Lo contrario sucede en los contratos, que celebrados bajo de condicion imposible, son nulos. Así lo establecieron varias leyes romanas (3). Y aunque no hemos hallado ley alguna de nuestra España, que espresamente lo establezca, hemos querido notar aquí esta doctrina, por sentarla Greg. Lóp. en la *glosa de la ley* 17. *tit.* 11. *P.* 5. Gómez. *lib.* 1. *var. cap.* 11. *n.* 60., y todos nuestros intérpretes que tratan de este asunto. Y es bien sólida la razon que se da de esta diferencia, de que los que así contraen se entiende que hablan de burlas, sin intencion de obligarse; cuya inteligencia no es adaptable á un acto tan serio como el testamento, que se hace pensando en la muerte; y por su favor se han constituido muchas cosas. La tercera especie de las condiciones imposibles es la de las dudosas, llamadas *perplejas*, que ellas en sí mismas

(1) L. 15. de cond. inst. (2) D. l. 15. (3) § 10. Inst. de inut. stipul.

se embarazan la existencia, y no puede entenderse lo que quiere el testador, y por ello hacen nulo cualquier testamento ó contrato en que se ponen, como si dijeres: *Pedro sea mi heredero, si lo fuere Juan; y sea Juan mi heredero, si lo fuere Pedro, l.* 5. *d. tit.* 4. *P.* 6. (1). Tambien hará nulo el testamento la condicion imposible de hecho, *l.* 4. *d. tit.* 4., que pone un ejemplo, sobre el cual puede verse la *glosa* 1. de esta *ley* de Gregorio López, y la 4. de la *l.* 6. *tit.* 4. *P.* 4., en que trata latísimamente de este asunto.

8 Dejando ya á un lado las condiciones imposibles, que si se habla con rigor, no son propiamente condiciones, como ni tampoco las que se confieren en tiempo pasado ó presente, por no contener suspension ó alargamiento, á causa de no poder estar en duda la cosa en que se ponen, requisito necesario de toda condicion, *l.* 2. *d. tit.* 4.; pasamos á las posibles, á las cuales pertenecen las otras divisiones que se siguen, á saber, II. En potestativas, casuales y mezcladas. Son las primeras las que están en nuestro poder, como si dijera Pedro, que te lega cien pesos, si fueres á Madrid. Casuales las que penden de la casualidad ó aventura, como que te los legaba, si te hacian obispo. Y mezcladas ó mistas, las que en parte están en nuestro poder, y en parte penden de otro, ó de la casualidad, como que te los lega, si te casares con Fulgencia; lo que no puedes cumplir sin que con tu voluntad concurra la de esta, *ll.* 7. 8. *y* 9. *de d. tit.* 4. III. En espresas y tácitas. Son espresas las que manifiestan claramente las palabras, como lo son las de los ejemplos que hemos referido; y tácitas las que así no se manifiestan; pero se entienden espresadas. De estas unas se sobreentienden, porque así lo exige la misma necesidad, como cuando uno lega ó promete los frutos que nacerán tal año en su campo, en cuyo caso se entiende la condicion, *si nacieren, l.* 20. *tit.* 11. *P.* 5. (2). Y otras nacen de la presunta voluntad del testador, que aunque no las espresó, se entiende que las quiso. De esta clase es la condicion, *si muriese sin hijos*, que se entiende, cuando el testador instituyó á dos hijos, ambos legítimos ó naturales, sustituyendo el uno al otro simplemente, en cuyo caso para pasar al segundo la parte que perteneció al que

(1) L. 16. eod. cond. instit. (2) L. 1. § ult. de cond. et demonst.

murió primero, es preciso que este hubiese muerto sin hijos, por entenderse ser esta la voluntad del padre testador, aunque no espresó esta condicion (1). Lo contrario será si los instituidos son estraños, *l.* 10. *d. tit.* 4. *P.* 6. Y si uno fuese hijo, y el otro estraño, juzga muy bien Greg. Lóp. en la *glosa* 13. *de la misma*, que se entenderia tambien la citada condicion en el hijo, si fuese él quien muriese primero. Y adviértase, que el dia incierto se considera condicion cuando se duda si existirá, ó no, como si el testador dijere: *Lego á Pedro cien pesos, cuando le hicieren capitan, ó cuando cumpliere 50 años, ley* 31. *tit.* 9. *P.* 6. (2). Pero si se sabe que existirá, ignorándose solo el cuándo, como el dia de la muerte, no hace condicion si se pone á la persona del interesado; y la hace si se pone á la de un estraño, como probamos en nuestras *Instituciones*, *lib.* 2. *tit.* 14. §. 9. *n.* 3. No encontramos tratada en las leyes de España la celebérrima cuestion de si la condicion puesta en la institucion, se entiende repetida en la sustitucion, que tanto ha dado que discurrir á los intérpretes de las romanas. Si sucediese en España, nos inclinaríamos á que deberia resolverse afirmativamente, al tenor de lo que decimos cuando la examinamos latamente en nuestro *Digesto*, *lib.* 35. *tit.* 1. *n.* 4. Y en los siguientes *nn.* 5. 6. 7. 8. *y* 9. esplicamos tambien la útil doctrina de la diferencia entre las condiciones dividuas é individuas, y del tiempo en que deben cumplirse las condiciones, que omitimos aquí por la propia razon de no hallarlo tratado en nuestras leyes. Pero no queremos omitir lo que dispone la *ley* 14. *de d. tit.* 4., estableciendo en el *vers. Pero*, que aquel á quien se deja algo bajo de condicion de casarse con persona determinada, no lo gana, si aquel con quien debia casarse muriese ántes de cumplirse la condicion, como ni tampoco, si por no quererlo él, dejase de casar con la determinada persona (3), si no es que esta fuese su parienta, ó tal que no pudiese casarse con ella segun Derecho. Mas si queriendo casarse él, no lo quisiera la tal persona, sí que lo ganaria.

9 Cuando la condicion es de las casuales, es siempre preciso que se cumpla para conseguirse lo que se deja, *l.* 8. *d. tit.* 4. Y lo mismo en las potestativas, si no es que suceda el no cumplirse por aventura y sin culpa de aquel á quien se imponen, *l.* 7. *d. tit.* 4. *l.* 22. *tit.* 9. *P.* 6. Pero debe advertirse, que si la potestativa consiste en no hacer alguna cosa, como por ejemplo: *Lego á Pedro cien pesos si no fuere á Cádiz*, se le habrán de entregar desde luego, si diere fiadores que los restituirá si fuese, *d. l.* 7. (4), á cuya famosa caucion llamaron los romanos *Muciana*, por haberla inventado Quinto Mucio; y no tiene lugar en los contratos, como unánimes lo resuelven todos los intérpretes tanto estraños como nuestros, y entre estos Gómez, 2. *var. cap.* 11. *n.* 37. En nuestras *Instituciones*, *lib.* 3. *tit.* 16. §. 4. *n.* 6. notamos la sólida razon de esta diferencia. Si el testador nombra dos herederos, al uno puramente, y al otro bajo de condicion, puede aquel tomar la parte de herencia que le corresponde, sin esperar el cumplimiento de la condicion, *l.* 12. *d. tit.* 4. Y cuando instituye heredero bajo de dos condiciones, deberán cumplirse todas, si las pone conyuntivamente, como si dijera: *Sea Pedro heredero, si se casare y fuere á Madrid;* pero si lo hace disyuntivamente diciendo, *ó va á Madrid*, bastará se cumpla cualquiera de ellas, *l.* 13. *d. tit.* 4. (2).

10 Y últimamente concluyendo este asunto de condiciones, queremos advertir estar recibida en la práctica, y apoyada por nuestros autores, por útil al Estado, y conforme á las buenas costumbres, la doctrina de las leyes romanas (3), de no valer y tenerse por no escrita la condicion de no casarse, cuando se impone á un célibe, y con mas particularidad si fuere mujer; pero deberá cumplirse cuando se pone á un viudo, como puede verse en Antonio Gómez, *in l.* 4. *Tauri n.* 8. Covar. Gutiér. y otros. Tratamos tambien con estension de ella en nuestro *Digesto*, *lib.* 35. *tit.* 1. *n.* 11. *y siguientes*, manifestando deber tambien cumplirse cuando la prohibicion de casarse no es general, ni tiene veces de tal, poniendo ejemplos sacados de leyes romanas (4). De que sea nula la condicion de no casarse, no debemos inferir que lo sean tambien las adyecciones ó espresiones tan frecuentes en los testamentos de los padres, que teniendo hijas solteras, las mejoran, *miéntras se mantengan doncellas ó sin casarse;* porque no

(1) L. cum avus 102. eod. (2) L. 75. de cond. et dem. L. 21. cum. sec. quand. dies leg. eod. (5) L. 31. de cond. et demonst.

(1) L. 7. l. 8 eod. (2) § 11. Inst. de her. inst. (3) L. 22. et passim, de cond. et demonst. 4) L. 65. l. 64. § 1. de cond. et demonst.

respiran el fin de dicha condicion de impedir el matrimonio con perjuicio del Estado, sino el de socorro á las hijas miéntras estén destituidas del ausilio de marido ; y no hacen la mejora condicional, sino modal; y de ahí es, que se debe desde luego que fallezca el testador, y miéntras las tales hijas fuesen célibes, sin esperar ni dar caucion; lo que es indispensable en las condiciones. A que se añade, que las adyecciones en caso de duda, ántes deben considerarse modos, que condiciones, Castill. *lib. 4. controv. cap.* 53. Parlador. *differ.* 147. Barbos. *de dict. usufrequent. diction. Donec.* 93. *n.* 4.

11 En lugar de los que el testador instituye herederos en primer grado, puede nombrar otros en el grado siguiente, que se llaman sustitutos, y su institucion, sustitucion, que es *Institucion en segundo ó ulterior grado.* De ella pone seis especies la *ley* 1. *tít.* 5. *P.* 6. que iremos esplicando, y son : I. Vulgar. II. Pupilar. III. Ejemplar. IV. Compendiosa. V. Brevílocua ó recíproca. VI. Fideicomisaria. La V. no tanto es especie de sustitucion, como modo de sustituir perteneciente á la I. y la II., y la IV. es tambien modo de sustituir, como luego veremos. La vulgar, llamada así porque la puede hacer cualquiera del pueblo, y á quien quisiere, *l.* 1. *d. tít.* 5., se hace regularmente por palabras negativas bajo esta fórmula : *Pedro sea heredero; si no fuere, séalo Juan.* Y por cuanto el no serlo puede suceder por no poder ó no querer, *d. l.* 1. *l.* 2. *d. tít.* 5. (1), suelen esplicarlo los intérpretes diciendo, que el caso general de esta sustitucion comprende los particulares de impotencia y de voluntad. Se puede tambien hacer sin espresion de caso, como si el testador nombrando dos herederos dijera, que lo fuese el que quedare vivo, en cuyo caso por impotencia ó por voluntad del uno, lo seria el otro de toda la herencia, como lo establece *d. l.* 2., manifestando con ello, que bajo del caso de la impotencia se comprende el de la voluntad : lo que era muy cuestionable entre los intérpretes de las leyes romanas. Si el testador nombrara tres ó mas herederos señalando á cada uno partes, y sustituyéndoles vulgarmente entre sí, sin espresar partes en la sustitucion, y uno de ellos no fuese heredero; tendrian los otros

(1) L. 5. C. de her. inst. princ. Inst. de vulg. subst.

su porcion vacante, segun las partes que tenian señaladas en la institucion, y no por partes iguales, *l.* 3. *d. tít.* 5. (1), cuya razon es clara, por creerse que el testador les amó de la misma manera en la sustitucion, que en la institucion, á uno mas y á otro ménos, al tenor de las partes que les señaló en la institucion. Y la sustitucion vulgar hecha en estos términos de estar sustituidos entre sí los mismos instituidos, es la que se llama recíproca (2). Como para tener entrada el sustituto vulgar, es preciso que no sea heredero el que está instituido, no la tendrá si este tomare la herencia, ó diciendo que la quiere, porque de cualquiera de estos modos se hace heredero, *l.* 4. *d. tít.* 5.

12 Pupilar sustitucion es aquella que hace el padre á su hijo que tiene en su poder, y es impúbere, *l.* 1. *l.* 5. *d. tít.* 5. (3). Y por cuanto esta *ley* 5. en seguida de haber nombrado á los hijos del testador añade, *é á los que descienden de ellos*; de suerte que segun ella podrian los abuelos sustituir pupilarmente á sus nietos, debemos advertir no tener esto último lugar en el dia, por haber establecido despues la *l.* 3. *tít.* 5. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* (47. *de Toro.*), que el hijo casado y velado no está ya en la potestad de su padre, por cuyo motivo no pueden estarlo sus hijos en la del abuelo, sino que lo han de estar en la de su propio padre, á no ser que este fuese casado y no velado, en cuyo caso poco frecuente podria servir la citada añadidura de *d. l.* 5. *de las Partidas.* La fórmula espresa y ordinaria de esta sustitucion es : *Mi hijo sea heredero, y si lo fuere y muriere dentro de la edad pupilar, séalo Pedro.* Y tambien puede hacerse calladamente sin esta espresion, diciendo el testador : *Sean herederos mi hijo menor de 14 años, y Pedro y Juan mis amigos; y cualquiera que sea mi heredero, lo sea tambien de mi hijo, l.* 5. *d. tít.* 5., la cual establece asimismo, que bajo la sustitucion vulgar espresa se comprende tácitamente la pupilar; y de consiguiente, que si un padre instituye heredero á un hijo suyo menor de 14 años si es varon, ó de 12 si es hembra, diciendo que en el caso de no ser heredero, lo sea *Pedro*, lo será tambien este en el caso de que habiéndolo sido el hijo, murió en la referida edad. Pero pone

(1) § 2. eod. (2) L. 4. § 1. de vulg. et pup. subst.
(3) Pr. Inst. de pup. subst.

una escepcion de esta última doctrina en el vers. *Fueras ende*, en el caso de que teniendo el testador dos hijos en su potestad, el uno mayor de 14 años, y el otro menor, les sustituye entre sí vulgarmente; porque entónces no seria el mayor sustituto pupilar del menor, aunque siendo este heredero muriese durante su menor edad. Y da la razon de la escepcion, porque se juzga les quiso hacer iguales, y por lo mismo fué su voluntad, que el mayor solo recogiese á su favor la sustitucion vulgar del menor; puesto que este no podia recoger otra, por ser el mayor incapaz de tener sustituto pupilar. Y que lo mismo seria si en lugar del hijo mayor fuese instituido un estraño, aunque menor, por la propia razon (1). No solamente puede el padre dar sustituto pupilar al hijo que instituye heredero, sino tambien al que deshereda; y entónces, muerto este en la edad pupilar, heredaria el sustituto los bienes que viniesen al tal hijo por parte de su madre ó de otros, *l.* 6. *d. tit.* 5. (2). Y aunque esta *ley* exige en este caso, que el padre nombre algun heredero, no es ya esto preciso, atendida la *l.* 1. *tit.* 18. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.*, segun la cual no es necesaria la institucion de heredero para que valga el testamento, como vimos en el *tit.* 4. *de este lib. n.* 3.

13 Es efecto de la sustitucion pupilar, que el sustituto recoja todos los bienes del instituido, de cualquiera parte que le hayan pertenecido, como si este le hubiese nombrado heredero en tiempo en que pudiese hacer testamento; por cuya razon se considera como testamento del hijo, *l.* 7. *d. tit.* 5. (3), con total esclusion de la madre del pupilo, como espresamente lo establece la *ley* 12. *del mismo tit.* 5. *vers. E si aquel*, hablando de la pupilar comprendida en la compendiosa, y lo prueba Góm. 1. *variar. cap.* 4. *n.* 7. Y añade al *siguiente n.* 8. suceder lo contrario en la pupilar tácita contenida en la vulgar, fundado en testos del Derecho romano, que á nuestro dictámen no lo prueban, como hacemos ver en nuestras *Instituciones Romano-Hispanas*, *lib.* 2. *tit.* 16. *n.* 17. *y siguientes.* Solo se esceptúa el sustituto que el arrogador dió á su hijo adoptivo, el cual no heredará mas bienes, que los que el arrogado hubo del padre arrogador, ó por su contemplacion, *l.* 9. *d. tit.* 5. (4). La causa de haberse introducido esta sustitucion es, porque no pudiendo testar los que están en la edad pupilar, por no tener el correspondiente entendimiento para ello, pareció justo y útil lo pudiesen hacer por ellos sus padres, en cuya patria potestad están, *l.* 11. *d. tit.* 5. Y como esta es necesaria para su subsistencia, de ahí es, que siempre que cese, de cualquiera manera que sea, desfallece ó se acaba la sustitucion, como tambien por salir el hijo de edad pupilar, *l.* 10. *d. tit.* 5. Por esta misma ley no era admitido el sustituto pupilar, cuando el hijo instituido no queria la herencia de su padre. Pero por cuanto la famosa *ley* 1. *d. tit.* 18., que acabamos de citar dispone, que si el heredero no admite la herencia, vale y debe observarse todo lo demas que se halla ordenado en el testamento, diremos que en este particular corrige á *d. l.* 10.

(1) L. 2. C. de impub. et al. subst. (2) § 4. Inst. de pup. subst. (3) Pr. eod.

14 Ejemplar sustitucion se llama aquella, que hacen los padres ó las madres á sus hijos locos ó mentecatos, diciendo: *Instituyo heredero á mi hijo Pedro, y si muriese en la locura ó enajenacion de potencias que padece, establezco por heredero suyo ó en su lugar á Juan* (2). Se llama así, por haberse introducido á ejemplo de la pupilar; por concurrir en los locos y mentecatos la propia razon que en los pupilos, de no poder testar por sí. Con la misma analogía se suele llamar tambien *cuasi pupilar*. Entre ella y la pupilar hay sin embargo algunas diferencias: I. Que esta solo la puede hacer el padre, y al hijo que tenga en su potestad, como hemos visto; y la ejemplar tanto el padre, tenga ó no tenga patria potestad, como la madre (3); y es la razon, porque la ejemplar no es efecto de dicha potestad como la pupilar, pues nace del afecto que tienen los padres á sus hijos, cuya circunstancia no puede negarse á las madres. II. Que en la pupilar puede el padre nombrar por sustituto á quien le parezca, y en la ejemplar debe nombrar á los hijos del loco, si les tuviere, y en su defecto á alguno de sus hermanos (4). III. Que la pupilar se da y acaba por razon de la edad de aquel á quien se da, y la ejemplar por la de recobrar la sanidad de su entendimiento *l.* 11. *d. tit.* 5. (5). Y en el caso en que este despues de haber recobrado

(1) L. 10. § 6. de vulg. et pup. subst. (2) § 1. Inst. de pup. subst. (3) L. 9. C. de impub. et al. subst. (4) D. l. 9. (5) § 1. Inst. de pup. subst.

el juicio lo volviese á perder, es cuestion si debe considerarse que dura ó se ha restablecido la sustitucion, ó que está acabada. La trata entre otros el Sr. Covar. *in cap. Raynutius.* §. 6. *n.* 11. con la solidez que acostumbra, inclinándose á la media sentencia de que dura, si el intervalo del recobro es breve, y no si es largo · lo que penderá del arbitrio del juez. A la misma se inclina Greg. Lóp. en la *glosa* 9. *de d. l.* 11. Y todos convienen, que puede darse sustituto ejemplar, no solo á los locos ó mentecatos, sino tambien á los demas que por algun vicio ó impedimento no pueden testar, como los pródigos, mudos y sordos, Covar. *d.* §. 6. *n.* 1.

15 Compendiosa sustitucion, que segun dijimos arriba *n.* 8. mas es modo de sustituir, que propia especie de sustitucion distinta de las otras, es aquella *Que puede comprender y comprende cualesquiera herederos, todos los tiempos y edades de ellos, y todos los bienes*, de suerte que comprende la vulgar, la pupilar y cualquier otra, segun la calidad ó capacidad del que la hace, y del que la recibe, como lo esplica Antonio Gómez, 1. *var. cap.* 7. La *ley* 12. *de d. tit.* 5. *P.* 6. pone su siguiente fórmula: *Hago mi heredero á Pedro mi hijo, y cuando quier que él muera, sea su heredero Juan.* Si el heredero no fuese el hijo, deberia omitirse su espresion. Tampoco es mas que modo de sustituir, la que se dice sustitucion *brevílocua, reciproca ó mutua*, la cual acontece cuando el testador dispone que sean sustitutos entre sí los mismos que instituye herederos, como si teniendo dos hijos pupilos les estableciese herederos, diciendo: *Hago herederos á mis dos hijos, y les establezco por sustitutos al uno del otro.* Así lo esplica la *ley* 13. *d. tit.* 5., añadiendo, que hecha de esta manera contiene cuatro sustituciones, dos vulgares y dos pupilares. Y advierte muy bien Greg. Lóp. en la *glosa* 3. *de d. l.* 13., que el hablar esta de hijos así sustituidos, es por ejemplo, porque tambien puede tener lugar esta sustitucion en herederos estraños: bien que entónces no podia comprenderse la pupilar. Y últimamente sustitucion fideicomisaria es aquella en que el testador pone de algun modo en la fe del heredero que nombra, que restituya á otro la herencia, como si dijera: *Establezco á Pedro por heredero, y le ruego, quiero ó mando, que restituya mi herencia á Juan.* Y el heredero establecido de esta manera debe pasar la herencia al otro, sacando para sí la cuarta parte de toda ella, que se llama la *cuarta trebeliánica*, *l.* 14. *d. tit.* 5. (1). Lo que añade al fin *esta ley*, que el heredero así instituido puede ser apremiado por el juez á que admita la herencia, está derogado por la célebre *ley* 1. *tit.* 18. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* que tantas veces hemos citado, y dispone lo que dijimos arriba *tit.* 4. *n.* 3.

16 Como no sea justo que se precise á los herederos á que admitan á ciegas las herencias que se les dejan, sin examinar si les son útiles ó dañosas, como pueden serlo, por importar mas sus cargas que los bienes, á las que queda obligado por la admision de la herencia; se les concedió el derecho de deliberar, *pr. del tit.* 6. *P.* 6. (2), que no es otra cosa, que *Facultad para tomar acuerdo por sí, ó ayudado de sus amigos, de si le conviene admitir ó desechar la herencia.* Compete este derecho tanto á los herederos abintestato, como á los testamentarios. Y pueden pedir plazo para hacer uso de él al rey ó al juez del lugar donde es la mayor parte de la herencia del difunto, debiéndolo hacer ántes que se otorguen por herederos de palabra ó de hecho, con facultad de que se les enseñen todos los escritos pertenecientes á la herencia para instruirse mejor de lo que les conviene, *l.* 1. *d. tit.* 6. (3). El rey puede dar un año de plazo, y el juez nueve meses (4), cuyo término puede coartar hasta cien dias, si entendiere poder bastar estos. Y si acaso muriese el heredero ántes de haberse concluido el término que se le habia concedido, tendrá su heredero el que restare (5). Pero si falleciere despues de concluido el plazo, sin haber admitido la herencia, y fuese estraño, esto es, no descendiente, no tendria su heredero derecho alguno en la herencia, sobre la cual el finado habia obtenido el término de deliberar. Mas si descendiese del testador que le habia dejado heredero, podria su heredero haber la herencia, aunque aquel á quien heredaba hubiese muerto despues del plazo que se le concedió, *l.* 2. *d. tit.* 6. *P.* 6., la cual recomienda Gregor. Lóp. en su *glosa* 10. Despues de admitida la herencia, ya no la puede desamparar, *l.* 18. *d.*

(1) § 5. Inst. de fideicom. her. (2) L. 9. de jur. delib.
(3) L. 5. de adq. vel om. her. (4) L. ult. § 15. C. de jur. delib.
(5) L. 19. eod.

tít. 6. (1). Miéntras dura el tiempo de deliberar, no puede el heredero enajenar cosa alguna de las pertenecientes á la herencia, sin preceder mandato del juez, dado por alguna justa razon, como seria para pagar el entierro del difunto, ú otras cosas precisas, que si no se hiciesen, tendrian daño ó menoscabo los bienes hereditarios, *l.* 3. *d. tít.* 6., que pone varios ejemplos (2). Y si el heredero se resolviese á no tomar la herencia despues de haber ocupado algunas cosas de ella, las debe restituir á aquel á quien deben ir. Y si no lo hiciere, jurará este cuántos son dichos bienes que ocupó el heredero, y será creido, estimando el juez segun su arbitrio, la suma en que debe jurar, *l.* 4. *d. tít.* 6.

17 Despues de establecido el derecho ó beneficio de deliberar, establecieron los romanos otro llamado del *inventario*, que ambos han sido adoptados por nuestras leyes. Inventario es *Escritura que se hace de los bienes del finado*, el cual es mas desembarazado y útil á los herederos, porque hecha esta escritura ó inventario, no está obligado el heredero á pagar mas deudas del difunto, que lo que montaren los bienes de la herencia. Y debe comenzarle dentro de 30 dias desde que supiere que es heredero, y acabarle hasta tres meses. Pero si todos los bienes del difunto no estuviesen en un lugar, se le puede dar el plazo de un año, demas de los tres meses, para que pueda reconocerlos y ponerlos en la escritura. Esta escritura debe hacerse por escribano público, siendo llamados todos aquellos á quienes el testador mandó alguna cosa en el testamento, para que estén presentes cuando se hiciere. Y si por ventura alguno de estos fuese en otra parte, ó estando en el lugar no quisiere ir cuando le llamaren, entónces debe hacerse la escritura ante tres testigos, que ademas de ser hombres de buena fama, conozcan al heredero ó herederos. Y al fin de la escritura debe el heredero escribir de su mano, que todos los bienes del testador están escritos en el inventario lealmente y sin ningun engaño. Y si no supiere escribir, debe rogar á un escribano público, que lo escriba en su lugar delante de dos testigos, *l.* 5. *d. tít.* 6. Gregor. Lóp. en la *glosa* 8. *de esta ley* juzga, que tambien deben ser citados los acreedores (3). Si los legatarios no hubiesen estado presentes á la confeccion de inventario, y dudasen si estaba bien hecho, pueden pedir que jure el heredero que no encubrió cosa alguna, ni hizo engaño ninguno en aquella escritura; y tambien que juren los testigos que se hallaren presentes, que el inventario fué hecho bien y lealmente; y así lo debe mandar el juez, *l.* 6. *d. tít.* 6. *P.* 6.

(1) § 5. Inst. de her. qual. (2) L. 3. l. 6. de jur. delib.
(3) L. ult. C. de. jur. delib.

18 Hasta que sea cumplido el tiempo que concede el derecho para hacer el inventario, no pueden pedir cosa alguna al heredero aquellos á quienes se deja algo en el testamento. Pero durante este tiempo, nada pierden estos de su derecho. Ni tampoco debe el heredero pagar las mandas que dejó el testador, hasta que primero haya pagado sus deudas, en conformidad de lo que dijimos de no deber pagar mas de lo que restare despues. Y aun despues de pagadas estas, puede retenerse la cuarta parte de la herencia, que llaman *falcidia;* de la que trataremos mas adelante, *l.* 7. *d. tít.* 6. Los gastos que hubiese pagado el heredero por el entierro del difunto, ó por otra justa razon, no los debe notar en el inventario; y si acaeciere alguna contienda sobre ellos, lo deberá probar por testigos ante quien los pagó, ó por su juramento. Y si tuviere alguna pretension ó derecho contra el difunto, le quedará salvo, *l.* 8. *d. tít.* 6., á diferencia del heredero que no hizo inventario, cuyos bienes y derechos se mezclan y confunden con los del finado, por la admision de la herencia, *l.* 10. *d. tít.* 6. En el dia la *ley* 9. *tít.* 20. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* (30. *de Toro*), mandando que los gastos del entierro se saquen del quinto de la hacienda, y no de su cuerpo, nos precisa á que digamos, que esta decision corrige limitando la doctrina de *d. l.* 8. *tít.* 6. *P.* 6., en cuanto dice que no deben notarse en el inventario los gastos del entierro, á que solo tenga lugar cuando el testador á nadie dejó el quinto de sus bienes, porque si lo hubiese dejado á alguno, deberian notarse como cargo que habria este de pagar ó tomar sobre sí en la division de la herencia. Si al heredero le fuese probado, que hizo maliciosamente el inventario, encubriendo ó hurtando algunos bienes del difunto, deberá pagar el doble valor de lo encubierto ó hurtado, á aquellos que deben recibir algo del testador. Y los pleitos que ocurrieren sobre inventario, les ha de sentenciar el juez dentro de un año á mas tardar, *l.* 9. *d. tít.* 6. Y si hubiere admitido la heren-

cia, dejando pasar el tiempo sin hacer inventario, quedan obligados, tanto sus bienes como los del testador, á pagar cumplidamente las deudas y mandas del difunto, sin poder retener ni sacar para sí la cuarta parte, *d. l.* 10.

19 El heredero, tanto que lo sea abintestato como por testamento, puede admitir la herencia, ó en voz diciendo llanamente que quiere ser heredero, ó con hechos sin espresarlo con palabras, como si usase de los bienes como heredero y dueño de ellos, labrando las tierras, ó arrendándolas; ó usando de los bienes en otra manera semejante (1). Pero si usara de ellos por piedad, ó para que no se perdiesen ó menoscabasen las cosas, como por ejemplo, dando á comer á los ganados ó caballerías, ó cuidando de los enfermos; por tal uso como este, no se diria que quiso mostrarse heredero: bien que será bueno, que manifieste ó proteste ante algunos, que lo hace por piedad, y no con intencion de ser heredero, *l.* 11. *d. tít.* 6. Al primer modo de admitir la herencia llamaron los romanos *adicion*, y al segundo *gestion por heredero* (2). Para que el establecido por heredero, ó el que tenga derecho para serlo por parentesco, lo pueda ser, debe ser cierto de la muerte de aquel á quien quiere heredar; pues si lo dudare, no puede entrar ni ganar la herencia, ni la puede renunciar aunque quiera. Y la misma prohibicion tiene, pendiente la condicion, el que estuviere instituido bajo de ella, y el que ignorase la condicion del que le estableció, si podia ó no hacer testamento, *l.* 14. *d. tít.* 6. (3), y cualquiera de admitir la herencia so condicion, sea la que fuese, pues la admision debe hacerse siempre puramente, *l.* 15. *d. tít.* 6.

20 En cuanto á los hijos que están en poder de sus padres, y los menores de 25 años, debe admitirse lo siguiente, prevenido todo en la *ley* 9. *de d. tít.* 20. Si alguno estableciere por heredero á un hijo que está en poder de su padre, con la intencion de que gane la herencia para su padre, no la podria ganar para sí, sino para su padre, y con otorgamiento de este, y seria peculio profecticio; pero si la madre ó cualquier otro instituyera heredero al tal hijo, con intencion que la herencia fuese para él y no para su padre, podrá el hijo ganar la herencia, y tenerla

(1) § 6. Inst. de her. qual. (2) L. 5. § 7. de adq. her. (3) D § 6.

sin consentimiento del padre; y no estando el hijo en el lugar, puede entrar en ella el padre, y será peculio adventicio, de que tiene el hijo la propiedad, y el padre el usufructo. Si el heredero fuere loco, mentecato ó menor de siete años, deberá entrar en la herencia el que le tenga en su guarda, ó el padre á nombre del hijo, si le tuviere en su poder. Y si fuere menor de catorce años, podrá él mismo entrar en ella; pero con otorgamiento de su padre, ó de aquel que le tuviese en guarda. Si muriere alguno sin testamento, dejando á su mujer en cinta, ó creyendo que lo está, debe esperarse á que pára, y en el entretanto no puede ninguno entrar en la herencia, *l.* 16. *d. tít.* 6. Las diligencias que han de practicarse en este caso para la custodia y seguridad del parto, y evitar todo engaño, las esplica con mucha estension la *ley* 17. *d. tít.* 6. La *ley* 21. *tít.* 6. *P.* 6. adoptó la division de herederos en suyos, necesarios y estraños, establecida en las leyes romanas (1). Pero por cuanto los esclavos, que eran los necesarios, apénas les tenemos, y los rigores de la suidad solo pueden considerarse en tutelas y sustituciones, es mejor division decir, que unos son necesarios, esto es, que deben necesariamente ser instituidos ó desheredados, cuales son los descendientes que ocupan el primer lugar, y en su defecto los ascendientes; y en voluntarios, que son todos los otros. A los descendientes para poder ser herederos, les basta que tengan capacidad de serlo al tiempo en que muere el testador, aunque no la tuviesen cuando se hizo el testamento; pero los demas la deben tener en tres tiempos, que son, cuando les establecen ó se hace el testamento, el de la muerte del testador, y cuando aden ó admiten la herencia, *l.* 22 *d. tít.* 6. Por los dos mismos modos que puede el heredero admitir la herencia, puede desecharla, esto es, en voz, ó por hechos que manifiesten su voluntad de no querer ser heredero, *l.* 18. *d. tít.* 6. (2). Desechando un descendiente la herencia de su ascendiente, puede entrar en ella dentro de tres años, si las cosas pertenecientes á la misma no hubiesen sido enajenadas, en cuyo caso solo podria entrar siendo menor de 25 años, *l.* 20. *d. tít.* 6.

21 Hasta aquí hemos hablado de la institucion de heredero, beneficios que este tiene para entrar con seguridad

(1) Princ. Inst. de hered. qual. (2) § 6. eod.

en la herencia, y modos de admitirla: debemos ahora hablar de la desheredacion. Desheredar es *Escluir de la herencia á aquel que por derecho le pertenecia, l. 1. tít. 1. P. 6.* Los ascendientes pueden desheredar á sus descendientes, que estén en el primer lugar para heredarles abintestato (cuya circunstancia debe entenderse en todos los que desheredan) si dieren justa causa, y fueren de edad de 10 años y medio á lo ménos; y tambien lo pueden hacer los descendientes respecto de sus ascendientes, *l. 2. tít. 7. d. P. 6.*, la cual añade lo mismo de los parientes de travieso, respecto de sus colaterales: bien que dice, que lo pueden hacer sin razon ó con ella, y que omitiéndolos á ellos, pueden instituir á un estraño. La desheredacion debe hacerse nombrando al desheredado por su nombre, ó por otra señal cierta, sea varon ó hembra, esté ó no en poder de quien deshereda, de manera que pueda saberse ciertamente quién es el desheredado. Y no quita la fuerza á la desheredacion el que hable mal de su hijo el padre que le deshereda, como si teniendo un solo hijo dijera: *Deshereda á mi hijo ladron, que no merece llamarse mi hijo* (1). Debe ser la desheredacion sin condicion (2), y de toda la herencia, y no de una cosa solamente; si no se hiciese así, no valdria, *l. 3. d. tít. 3.* (3).

22 La desheredacion hecha por justa causa, priva al desheredado de la herencia de quien le desheredó, que le pertenecia por parentesco. Y si este alegare varias causas, basta que el heredero pruebe una para que produzca su efecto la desheredacion, *l. 8. d. tít. 7.* Las *leyes 4. 5. 6. y 7. de d. tít. 7.* refieren catorce de dichas justas causas que puede tener el padre para desheredar á su hijo, previniendo la citada *ley 8.*, que por ninguna otra le puede desheredar, adoptando en todo esto lo que Justiniano estableció en las leyes romanas (4). Pero debemos advertir haber otras dos causas de desheredacion mas recientes que las *leyes de las Partidas*, las que hemos notado de paso en el *lib. 1. tít. 4. nn. 16. y 30.*, y son el haber contraido matrimonio clandestino, *l. 5. tít. 20. lib. 10. de la Nov. Rec.* y el casarse los hijos sin el consentimiento de sus padres, ú otros en su defecto, segun el tenor *de la pragmática del*

(1) L. 5. de liber. et posth. (2) L. 5. § 1. de inoffic. testam.
(3) L. 19. de liber. et posth. (4) Nov. 134. cap. 5.

año 1776, que hemos referido en el *lib. 1. tít. 4. nn. 3 y 4.*, que contiene otras penas que pueden verse en ella, como tambien hay contra los que contraen matrimonio clandestino en *d. l. 5. tít. 20. lib. 10. de la Nov. Rec.*

23 Las justas causas para desheredar los hijos á los padres, son ocho espresadas en la *ley 11. d. tít. 7.* (1). Son ménos porque á los padres les son permitidas muchas cosas para con los hijos, que les están prohibidas á estos para con sus padres. Si los padres ó los hijos no espresan en la desheredacion alguna de las justas causas, son nulos sus testamentos, *l. 10. l. 11. d. tít. 7.* Y en cuanto á las desheredaciones de los hermanos, establece la *ley 12. d. tít. 7.* que puede desheredar ó preterir un hermano á otro con razon ó sin ella, con sola la limitacion de que no instituya heredero á hombre que fuese de mala vida ó infamado: en cuyo caso podria el hermano quebrantar su testamento, y haber la herencia, si no es que el hermano testador le hubiese desheredado por una de las tres causas que espresa la *misma ley 12.* (2), y la probare el heredero escrito.

[Ademas de los casos en que los herederos forzosos pierden el derecho á la herencia, por ser justamente desheredados, hay otros, en los que, aunque no medie desheredacion, pierden la herencia por hacerse indignos de ella los herederos, bien sean forzosos ó voluntarios. La *ley 13. tít. 7. Part. 6.* refiere seis de estos casos, y dice que en todos ellos pierden tambien los legatarios sus legados; á saber: 1.° Cuando el señor de los bienes fuere muerto por algunos de su compañía, si el heredero aceptase la herencia, ántes de querellarse al juez de la muerte de aquel, cuyos bienes quiere heredar, ó si siendo el matador estraño, no lo acusase en el término de cinco años, despues de aceptada la herencia. Mas no puede privarse de la herencia por esta razon á los ascendientes ni descendientes del homicida, ni á sus hermanos, ni á su cónyuge, porque la *ley 2. tít. 1. Part. 7.* y las *leyes 3. 4. y 5. tít. 2. Part. 3.*, prohiben á estas personas el acusarse unas á otras. Tampoco perderá la herencia por esta razon el heredero, si fuese menor de veinte y cinco años, ó si no se supiese quién era el matador, ó si este no se hallase en la tierra,

(1) Nov. 115. cap. 3. (2) D. Nov. 115. cap. 4. § 1. et seqq.

ley 15. *tít.* 7. *Part.* 6., y *ley* 11. *tít.* 20. *lib.* 10. *Nov. Rec.* 2° Cuando el heredero abre el testamento del que le instituyó, ántes de hacer la acusacion de sus matadores, sabiendo quiénes son; mas no si lo ignorase, ó fuese aldeano necio. Gregorio López opina que no bastará la apertura del testamento, sino la adicion de la herencia; sobre todo si ignoraba el que abrió el testamento, que se le habia instituido heredero. 3° Si fuese sabido en verdad que el testador fué muerto por obra ó por consejo, ó por culpa del heredero. 4° Cuando el heredero yaciese con la mujer del que lo instituyó. 5° Cuando uno acusare de falso, y sostuviere su acusacion hasta sentencia, aunque fuese como procurador ó abogado, el testamento en que fué instituido heredero, y que por fin se declara legítimo, á no haberlo acusado por mandato ó en beneficio del rey, ó en favor de algun huérfano, de quien fuese tutor ó curador. 6° Cuando uno prestare su nombre al testador para que le instituya heredero, con el objeto de recibir la herencia y pasarla despues al que por derecho es incapaz de heredar. Ademas de estos seis casos contenidos en la citada ley, hay los siguientes: 7° Si un mayor de diez y ocho años, sabiendo que su padre ú otro ascendiente se halla en estado de demencia ó imbecilidad, le deja abandonado y permite que le recoja y cuide un estraño; quien si le tuviere en su casa hasta su fallecimiento, habrá derecho, en premio, á los bienes de la sucesion, con esclusion de los herederos, así en el caso de que el difunto hubiese hecho testamento ántes de su imbecilidad ó locura, como en el de que muriese intestado, *leyes* 5. 6. *y* 17. *tít.* 7. *Part.* 6. 8.° Si el mayor de diez y ocho años teniendo derecho por testamento ó abintestato á la sucesion de alguno que se halla cautivo, no quiere redimirle, pudiendo hacerlo, y le deja morir en poder de los enemigos; en cuyo caso se destinarán los bienes hereditarios á la redencion de cautivos, *leyes* 6. 11. *y* 17. *tít.* 7. *Part.* 6. 9.° Si el heredero hubiese impedido al difunto hacer testamento ó mudar el ya hecho; ó le hubiese obligado á testar en su favor, usando de violencias ó amenazas, ó intimidando al escribano ó á los testigos, *leyes* 26. *y* 27. *tít.* 1. *Part.* 6. 10.° Si el padre ó la madre espusieren ó permitieren que sea espuesto el hijo legítimo ó natural; por cuyo hecho pierden la patria potestad y todos los derechos que en vida ó muerte tuviesen sobre el hijo y sus bienes, *ley* 1. *tít.* 22. *lib.* 4. *del Fuero real*, *ley* 4. *tít.* 20. *Part.* 4. y *ley* 5. *art.* 25. *tít.* 37. *lib.* 7. *Nov. Rec.* Pero en este caso podrán heredar al hijo ex-testamento, pues al nombrarles herederos parece como que perdonó la injuria. 11° Si la madre ó los demas parientes del huérfano menor de catorce años, viéndole sin tutor testamentario, y no queriendo serlo legítimo ninguno de ellos, dejaren de pedir oportunamente al juez el nombramiento de tutor dativo, que tenga probidad y facultades para responder de la administracion de la tutela, *ley* 12. *tít.* 16. *Part.* 6. En la mayor parte de estos casos la herencia debia ingresar en el fisco, segun las leyes de *Partida* citadas, en lo que copiaron las disposiciones del Derecho romano; pero abolida entre nosotros la pena de confiscacion, y siendo notoriamente injusto privar á los parientes del testador del derecho de sucederle abintestato, cuando el nombrado heredero sea indigno de ello, parece que en cualquiera de los casos referidos los bienes deben pasar á los sustitutos ó coherederos (si tienen derecho de acrescer) ó á los herederos abintestato.]

24 Si el testador que tuviere descendientes, ó en su defecto ascendientes, no instituyese herederos, ni desheredase á los que están en primer lugar, sino que los omitiese sin hacer mencion de ellos, instituyendo heredero á otro, en cuanto á su herencia seria nulo el testamento, *l.* 10. *d. tít.* 7. *l.* 1. *tít.* 8. *P.* 6. Pero si les preteriera sin nombrar heredero alguno, juzgamos seria válido despues de la *ley* 1. *tít.* 18. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.*, por la cual para que el testamento valga, no es necesario que contenga institucion de heredero, como tenemos dicho arriba *tít.* 4. *n.* 3. Así lo sienten entre otros muchos Matien. en *d. l.* 1. *glosa* 10. *n.* 49. Ayllon *ad Góm.* 1. *var. cap.* 11. *n.* 2. y Pichar. *in* § *igitur quartam de inof. test. n.* 24. Y es la razon de la diferencia, que en este último caso se entiende el hijo instituido con la obligacion de pagar las mandas que dejó el testador, en cuanto no le mengüen su legítima, y en ello no recibe agravio, como le recibiria en el primero, si en su lugar se nombrase heredero á un estraño.

25 El testamento bien hecho puede romperse ó perder su fuerza de varias maneras. Se rompe en primer lugar, si

al testador despues de haberlo otorgado, le naciese algun hijo que estuviese preterido, el cual naciendo lo romperia. A este hijo llaman las leyes *póstumo*, aunque con rigor solo se llaman así los que nacen despues de muerto su padre, *l.* 20. *tít.* 1. *P.* 6. (1). Se rompe tambien por otro testamento cumplido ó perfecto que otorgare despues el testador, *l.* 21. *d. tít.* 1. (2), porque su voluntad es tan libre en este particular, que la puede mudar siempre que le parezca, sin que hombre alguno pueda hacer testamento tan firme, que no lo pueda mudar despues cuando quisiere hasta el dia de su muerte, *l.* 25. *d. tít.* 1. (3). Pero si el segundo testamento no fuese acabado ó perfecto, no romperá al primero, *l.* 23. *de d. tít.* 1. (4). Tampoco lo romperá aunque acabado fuese, en el caso que la *ley* 21. *tít.* 1. pone por escepcion de la regla establecida en la misma, á saber, cuando el testador instituyó á alguno heredero en su primer testamento, y habiendo oido nuevas que habia muerto, y creyéndolo así, otorga segundo en que diga, que por cuanto no puede ser su heredero el que tiene nombrado, á causa de ser muerto, segun se ha dicho, nombra á otro; y despues fué hallado ser vivo el instituido en el primero; pues entónces valdrá este, y tendrá la herencia el que fué instituido en él, por haber sido falsa la razon en que se fundó el testador para hacer el segundo testamento; pero valdrán las mandas que hizo el testador en ambos testamentos (5).

26 Otros tres casos propone la siguiente *l.* 22. *d. tít.* 1. *P.* 6., de los cuales omitiremos el tercero, por considerarlo derogado por las *leyes* 1. *y* 2. *tít.* 18. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* Es el primero, cuando el padre habiendo hecho testamento en que instituyó herederos á sus hijos, hace otro segundo, el cual no romperá el primero, si no hiciere mencion de él (6). Y el segundo, cuando el primero contiene cláusula derogatoria, porque entónces para romperse por el segundo, es preciso se haga en este mencion del primero, diciendo el testador señaladamente que le revocaba, y que no hiciesen daño á aquel testamento que entónces hacia, las palabras que hubiese dicho en el primero. Pero

(1) L. 3. § 4. de injur. rup. et irr. fac. test. (2) § 2. Inst. quib. mod. test. inf. (3) L. 22. de legat. 3. (4) § 7. Inst. eod. (5) L. ult. de her. Inst.
(6) Nov. 107. cap. 2.

como esto pende de la voluntad del testador, dice el señor Covarrúb. *de testam. part.* 2. *rubr.* á *n.* 57., y Greg. Lóp. en la *glosa* 2. *de d. l.* 22. citando á otros, que derogará el segundo al primero, siempre que se conozca por las conjeturas quererlo así el testador. Otro modo hay de romperse el testamento sin que el testador haga otro, y solo tiene lugar en el cerrado ó escrito. Sucederia si el testador á sabiendas quebrantase el sello del escribano, rayase las firmas ó lo rompiese; pero si esto aconteciese por casualidad, no perderia su valor, *l.* 24. *d. tít.* 1. (1). Debiendo ser tan libre la voluntad de testar, y estando tan aprobada por las leyes esta libertad, es justo sufran penas los que la embarazan. Cualquiera pues que impidiese á otro poder testar, pierde el derecho que debia haber en los bienes de aquel á quien impidió, en qualquier manera que los debiese haber, y lo que perdiere, debe ser de la Cámara del rey, *l.* 26. *d. tít.* 1. *P.* 6. Y si teniendo Pedro voluntad de nombrar heredero á Juan ó legarle alguna cosa, se lo impidiese otro por fuerza ó con engaño, probado esto tendria obligacion de pagar á Juan el doble de lo que le hizo perder, *l.* 29. *d. tít.* 1. Los modos reprobados de impedir los refiere la *ley* 27. *del mismo título* 1.

27 Tambien pueden rescindirse ó perder la fuerza los testamentos á instancia de los desheredados que acusan de inoficioso, esto es, hecho contra la piedad ó merced que debian guardar los testadores, el testamento en que fueron desheredados, cuya acusacion llamaron *querella inofficiosi testamenti* las leyes romanas. Tiene lugar esta querella ó acusacion, cuando pretende el desheredado ser falsa la causa de desheredacion que espresó el testador, y obtendrá victoria, y se rescindirá el testamento, si no probare ser cierta el heredero instituido á quien toca probarlo, *l.* 8. *l.* 10. *l.* 12. *tít.* 7. *d. P.* 6. (2), como insinuamos arriba *n.* 22., y en el 24 dijimos tambien ser nulos los testamentos en que los ascendientes, instituyendo heredero á otro, pretieren á sus descendientes, ó estos á aquellos, sin hacer mencion de ellos; y por lo mismo de no valer ó ser nada, dice la *ley* 1. *tít.* 8. *P.* 6. que no se quebrantan, pues no puede quebrantarse lo que no vale. Y asimismo dijimos en

(1) L. 2. de his quæ in test. del. (2) Nov. 115. cap. 1.

el *n.* 23. al *vers. Si los padres*, ser nulos los testamentos en que los ascendientes ó descendientes desheredan sin espresar causa alguna, fundados en las *leyes* 10. *y* 11. *de d. tít.* 7., que lo prueban bastantemente; y hablando de lo mismo *d. l.* 1. dice tambien que no valen; pero si se repara con cuidado todo su contesto, parece quiere significar que no valen, previa la rescision, esto es, que deben ántes rescindirse: de modo que la cuestion de si eran nulos, ó necesitaban rescindirse tales testamentos, tan reñida, atendido el Derecho romano, entre sus intérpretes, queda á nuestro entender tambien dudosa en las leyes de las Partidas, é inclinamos mas á que necesitan de rescision. Si el desheredado callase dejando pasar cinco años desde que el heredero nombrado entró en la herencia, no podrá intentar la querella de inoficioso testamento (1), salvo si fuese menor de 25 años, que puede hacerlo durante su menor edad, y cuatro años despues, *l.* 4. *d. tít.* 8. Y si el mismo desheredado aprueba el testamento, recibiendo para sí ó para otro algun legado que en él se dejaba, ó defendiendo el testamento, como abogado ó procurador de otro, ó le consintiese de cualquiera otra manera semejante, no podrá querellarse contra él, *l.* 6. *d. tít.* 8. (2). Si el padre instituye heredero á su hijo en porcion menor de la que se le debe por legítima, queda válido el testamento, y el hijo con derecho de pedir el suplemento de su legítima; porque ni está preterido, ni desheredado, *l.* 5. *d. tít.* 8. (3). Quebrantado el testamento, va la herencia á los herederos abintestato; pero se conservan los legados que en él se dejan, *l.* 7. *d. tít.* 8. (4), y las mejoras de tercio y quinto, *l.* 8. *tít.* 6. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* (24. *de Toro*) como tenemos dicho.

(1) L. 8. § últ. l. seq. de inof. test. (2) L. 23. § 1. de inof. test.
(3) Nov. 115. cap. 1. (4) D. Nov. cap. unde, auth. Ex causa de lib. præter.

TÍTULO VI.

DE LAS MEJORAS DE TERCIO Y QUINTO, LEGADOS, FIDEICOMISOS, LEY FALCIDIA, Y DE LOS CODICILOS.

Tít. 6. lib. 10. de la Nov. Rec. tít. 9. P. 6.

1. *De las legítimas de los hijos y de los padres, y cómo pueden disponer unos y otros de sus bienes.*
2. *Qué mejora se saca primero, la del tercio ó la del quinto.*
3. *Dónde pueden hacerse las mejoras, y cuándo son revocables ó irrevocables: y de las promesas de mejorar ó no mejorar.*
4. *De qué bienes se sacan las mejoras y los legados.*
5. *Sobre el señalamiento de bienes en que han de satisfacerse las mejoras.*
6. 7. *Cómo deben imputarse las donaciones que hacen los padres á sus hijos, y la diferencia que hay en ello entre varones y hembras.*
8. 9. *Tres ejemplos que esplican la doctrina antecedente.*
10. 11. 12. *Cosas que no se llevan á colacion, y ni aun se imputan en mejoras en las divisiones de las herencias.*
13. *Qué sea legado, quiénes pueden legar y á quiénes.*
14. 15. *Del legado de las cosas ajenas y de las empeñadas; y qué deba decirse cuando el testador legare la escritura y cosas no existentes.*
16. *Del legado de las cosas que están fuera del comercio, y de las incorporales.*
17. *Del legado general.*
18. *Qué deba decirse cuando el testador erró en el nombre de la persona ó de la cosa.*
19. 20. *Del legado que se hace con causa ó con modo; cuándo pasa al legatario el dominio de la cosa legada, y se le deben sus frutos: y qué ha de decirse cuando se lega á dos una misma cosa.*
21. 22. *Cuándo se estinguen los legados.*
23. *Cuándo se lega dos veces una cosa.*

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

el *n.* 23. al *vers. Si los padres*, ser nulos los testamentos en que los ascendientes ó descendientes desheredan sin espresar causa alguna, fundados en las *leyes* 10. *y* 11. *de d. tít.* 7., que lo prueban bastantemente; y hablando de lo mismo *d. l.* 1. dice tambien que no valen; pero si se repara con cuidado todo su contesto, parece quiere significar que no valen, previa la rescision, esto es, que deben ántes rescindirse: de modo que la cuestion de si eran nulos, ó necesitaban rescindirse tales testamentos, tan reñida, atendido el Derecho romano, entre sus intérpretes, queda á nuestro entender tambien dudosa en las leyes de las Partidas, é inclinamos mas á que necesitan de rescision. Si el desheredado callase dejando pasar cinco años desde que el heredero nombrado entró en la herencia, no podrá intentar la querella de inoficioso testamento (1), salvo si fuese menor de 25 años, que puede hacerlo durante su menor edad, y cuatro años despues, *l.* 4. *d. tít.* 8. Y si el mismo desheredado aprueba el testamento, recibiendo para sí ó para otro algun legado que en él se dejaba, ó defendiendo el testamento, como abogado ó procurador de otro, ó le consintiese de cualquiera otra manera semejante, no podrá querellarse contra él, *l.* 6. *d. tít.* 8. (2). Si el padre instituye heredero á su hijo en porcion menor de la que se le debe por legítima, queda válido el testamento, y el hijo con derecho de pedir el suplemento de su legítima; porque ni está preterido, ni desheredado, *l.* 5. *d. tít.* 8. (3). Quebrantado el testamento, va la herencia á los herederos abintestato; pero se conservan los legados que en él se dejan, *l.* 7. *d. tít.* 8. (4), y las mejoras de tercio y quinto, *l.* 8. *tít.* 6. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* (24. *de Toro*) como tenemos dicho.

(1) L. 8. § últ. l. seq. de inof. test. (2) L. 23. § 1. de inof. test.
(3) Nov. 115. cap. 1. (4) D. Nov. cap. unde, auth. Ex causa de lib. præter.

TÍTULO VI.

DE LAS MEJORAS DE TERCIO Y QUINTO, LEGADOS, FIDEICOMISOS, LEY FALCIDIA, Y DE LOS CODICILOS.

Tít. 6. lib. 10. de la Nov. Rec. tít. 9. P. 6.

1. *De las legítimas de los hijos y de los padres, y cómo pueden disponer unos y otros de sus bienes.*
2. *Qué mejora se saca primero, la del tercio ó la del quinto.*
3. *Dónde pueden hacerse las mejoras, y cuándo son revocables ó irrevocables: y de las promesas de mejorar ó no mejorar.*
4. *De qué bienes se sacan las mejoras y los legados.*
5. *Sobre el señalamiento de bienes en que han de satisfacerse las mejoras.*
6. 7. *Cómo deben imputarse las donaciones que hacen los padres á sus hijos, y la diferencia que hay en ello entre varones y hembras.*
8. 9. *Tres ejemplos que esplican la doctrina antecedente.*
10. 11. 12. *Cosas que no se llevan á colacion, y ni aun se imputan en mejoras en las divisiones de las herencias.*
13. *Qué sea legado, quiénes pueden legar y á quiénes.*
14. 15. *Del legado de las cosas ajenas y de las empeñadas; y qué deba decirse cuando el testador legare la escritura y cosas no existentes.*
16. *Del legado de las cosas que están fuera del comercio, y de las incorporales.*
17. *Del legado general.*
18. *Qué deba decirse cuando el testador erró en el nombre de la persona ó de la cosa.*
19. 20. *Del legado que se hace con causa ó con modo; cuándo pasa al legatario el dominio de la cosa legada, y se le deben sus frutos: y qué ha de decirse cuando se lega á dos una misma cosa.*
21. 22. *Cuándo se estinguen los legados.*
23. *Cuándo se lega dos veces una cosa.*

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

24. *Dónde se puede pedir la cosa legada.*
25. 26. *De la ley Falcidia.*
27. 28. *De los fideicomisos.*
29. *De los codicilos.*

1 Es digno de tenerse muy presente en España el asunto de mejoras de tercio y quinto, porque, apénas hay testamento de padres entre hijos que no las contenga. En él conviene saber ante todas cosas, que todos los bienes de los padres son legítima de sus hijos, á escepcion de su quinta parte, que hablando sustantivadamente solemos llamar el *quinto*, el cual, y no mas, pueden dejar por su alma, y á quien les parezca, *l.* 8. *tit.* 20. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* (28. de *Toro*). Y de los padres son legítima todos los bienes de su hijo que no tiene descendientes, á escepcion del *tercio*, del cual, y no de mas, tiene este libertad de disponer como quisiere, *l.* 1. *tit.* 20. *d. lib.* 10. (6. *de Toro*). Pero aunque el padre (entiéndase siempre lo mismo de la madre) solo pueda dejar el quinto á estraños, tiene libertad para dejar el tercio á uno ó muchos de sus hijos, segun quisiere, y aun á sus nietos, aunque á estos les viva su padre, *l.* 2. *tit.* 6. *d. l.* 10. (18. *de Toro*) Y aun añaden Molina *de Hispan. primog. lib.* 2. *cap.* 11. *n.* 5. y Covarr. *lib.* 1. *var. cap.* 19. *n.* 4. *vers. Obiter*, que en el caso de tener un padre solamente un hijo, y de él uno ó muchos nietos, podrá dar el tercio al nieto que le pareciere: cuya opinion nos parece bien, sin embargo de tener la contraria Antonio Gómez en *d. l.* 18. *de Toro*, por la razon en que la funda el mismo Covarr., que el tercio no es legítima de ningun descendiente en particular, sino de todos en comun respecto de los estraños, en cuanto no puede darse á estos, habiendo descendientes, que es la única prohibicion que tiene el padre testador.

2 Cuando el padre deja á alguno de sus hijos el tercio ó el quinto de sus bienes, se dice, que les mejora, y de ahí viene, que el *tit.* 6. *del libro* 10. *de la Nov. Rec.* tiene la inscripcion: *De las mejorías de Tercio y Quinto;* porque con efecto los hace de mejor condicion que á los otros en cuanto á la sucesion. Si hiciere ambas mejoras, se sacará primero la del quinto, *l.* 214. *del Estilo*, que está en observancia, y parece haberse esto introducido á favor del

alma del testador, como dice Gómez en la *l.* 17. *de Toro*, *n.* 2. Pero esceptúa bien Angulo *de meliorat.* en la *ley* 9. *glosa* 2. *n.* 45. el caso en que el testador tuviese hecha de antemano irrevocablemente la mejora del tercio, porque entónces la del quinto habria de sacarse del patrimonio que le restaba al testador despues de estraida la del tercio. Y la misma antelacion de sacarse ántes la mejora del tercio, tendrá generalmente lugar, como advierte Cifuéntes en la *ley* 25. *de Toro, cerca del fin*, siempre que el testador lo quiere así; porque estando instituido por favor del alma del mismo testador, que se saque ántes el quinto que el tercio, por ser de este modo mayor, puede renunciar este favor.

3 Los padres pueden hacer estas mejoras en testamento, ó por contrato entre vivos. Si las hicieren del modo primero, las pueden variar hasta que mueran; porque hasta entónces pueden variar el testamento, como hemos visto. Y lo mismo debe decirse si las hubiesen hecho por contrato entre vivos, si no es que hubieren entregado la posesion de las cosas que abrazan las mejoras, al mismo mejorado ó á su procurador, ó á lo ménos en lugar de la posesion la escritura que contiene la mejora delante de escribano; ó finalmente si no es que la mejora se hubiese hecho por causa onerosa con otro tercero, como de matrimonio ú otra semejante. Porque en estos casos solo podrá revocarse, cuando el padre se hubiese reservado derecho para ello, ó sucediere alguna de aquellas causas en que, segun nuestras leyes, pueden revocarse las donaciones perfectas, hechas con arreglo á derecho, *l.* 1. *tit.* 6. (17. *de Toro*). Y en cuanto á promesas de mejorar ó no mejorar, establece la *ley* 6. *del mismo título* 6. (22. *de Toro*) estar obligado á cumplir la promesa el padre, que con escritura pública prometió á alguno de sus descendientes que á ninguno mejoraria, y que si mejorara á alguno no valdria: como asimismo que tambien habrá de cumplir la promesa el que la hizo á alguno de sus descendientes, de que le mejoraria por casamiento ú otra causa onerosa; y si no hiciere la mejora, se dará por hecha pasados los dias de su vida. Se esceptúa de esto último la promesa que el padre hizo á la hija por causa de dote ó matrimonio, como luego veremos.

4 Estas mejoras se regulan por lo que valen los bienes

del padre al tiempo de su muerte, y no al en que se hicieron, *l.* 7. *d. tít.* 6. (23. *de Toro*). Y de ahí se toma la razon de no sacarse las mejoras de las dotes y donaciones *propter nuptias*, ni de las otras donaciones que los hijos trajeren á colacion y particion, segun lo previene la *ley* 9. *d. tít.* 6. (25. *de Toro*); porque estas salieron ya del patrimonio del padre cuando se otorgaron. Y en la misma razon se funda la *ley* 5. *d. tít.* 6. (21. *de Toro*) en cuanto dice, que los mejorados sufran prorata la obligacion de pagar las deudas del difunto, por la bien sabida regla de no decirse bienes, sino lo que sobrare despues de haberse pagado las deudas (1). La razon de los legados y gastos del entierro es muy diferente, porque no siendo deuda que debia el difunto, no disminuye sus bienes, y como á carga que impone el mismo testador, se han de satisfacer de solo el quinto, *l.* 9. *tít.* 20. *l.* 10. (30. *de Toro*). Ni puede dejar de ser así, porque no pudiendo el padre imponer gravámen á la legítima de sus hijos, *l.* 11. *tít.* 4. *P.* 6. (2), y siéndolo todos sus bienes, á escepcion del quinto, como hemos dicho, es preciso se saquen de él estos gastos. Pero debemos advertir aquí la especial doctrina de la *ley* 11. *d. tít.* 6. (27. *de Toro*), que permite á los padres imponer gravámen de restitucion al tercio que dejaren á sus hijos en el siguiente órden: I. A favor de sus descendientes legítimos. II. De los ilegítimos que tengan derecho de suceder. III. De los ascendientes. IV. De los parientes. V. y último. De los estraños. Cuya imposicion de gravámen perpetuo cesa en el dia por la *cédula del año* 1789, que esplicamos mas abajo en *el tít. sig. n.* 2. Por la misma razon de no ser legítima de los padres el tercio de los bienes de los hijos, nos parece bien la opinion de Covarr. en el *cap. Reynaldus*, § 3. *n.* 4. y Angulo *de meliorat. l.* 3. *glosa* 3. *n.* 7. citando á otros, de que no teniendo el testador descendientes, sino solo ascendientes, se sacarán del tercio de sus bienes estas cargas de gastos de entierro y legados.

5 Está permitido á los padres señalar las mejoras que hicieren en la cosa cierta ó parte de su herencia que quisieren; pero no el poder cometer á otra persona alguna esta facultad, *l.* 3. *d. tít.* 6. (19. *de Toro*) que no admite, á

(1) L. 39. § 1. de verb. sign. (2) L. 32. C. de inof. testam.

nuestro dictámen, la restriccion de Azev. en *d. l.* 3. *n.* 32. y Angulo *de meliorat. l.* 3. *glosa* 4. *n.* 1., de que debe entenderse de la comision general, pretendiendo poder tener lugar la especial; porque debieron haber observado, que dicha *ley* 3. tuvo los mismos autores, y fué establecida en el mismo tiempo y ciudad de Toro, que la 1. *tít.* 19. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* (31. *de Toro*); y de consiguiente, que si la intencion de sus autores hubiese sido, que se pudiese conceder facultad especial para señalar los bienes de las mejoras, lo habrian espresado así, como lo hicieron en la citada *ley* 1. hablando de la facultad de mejorar, desheredar, y otras. Pero juzgamos no alcanzar esta prohibicion á impedir al padre que pueda cometer al mismo hijo que mejora, el que pueda señalar ó escoger los bienes en que haya de consistir la mejora; y así vemos practicarse. Fundamos esta opinion en dos razones: I. Dicha *ley* 3. cuando prohibe poderse cometer la facultad de señalar, usa de las palabras generales: *A otra persona alguna*, sin hacer la menor mencion del hijo mejorado, en quien podia haber mayor dificultad; y por ello no es creible quisiese incluirle en la prohibicion general, puesto que en la obligacion general no se comprenden las cosas, que por no ser verosímil pensase en ellas el que se obligó, necesitan de mencion especial, *l.* 5. *tít.* 13. *P.* 5. (1), lo que con algunos símiles prueba Barbosa en el *axioma* 206. II. Porque la facultad de señalar bienes en que consista la mejora, versa en utilidad de los mismos hijos, y de consiguiente se debe ampliar en beneficio de ellos. Y cuando hubiere señalamiento de bienes, en ellos deberán pagarse las mejoras, ó en parte de la herencia del difunto, si no hubiere señalamiento, sin que les sea permitido á los demas descendientes del testador pagarlas en dinero efectivo, si no es que la cosa no tuviere cómoda division, *l.* 4. *d. tít.* 6. (20. *de Toro*). Y podrá el mejorado admitir las mejoras, aunque renunciare la herencia, pagando prorata las deudas del difunto, *l.* 15. *d. tít.* 6. (21. *de Toro*); pues deben sufrir esta carga, como dijimos arriba *n.* 4., y tambien quedan válidas cuando se rompe ó anula el testamento por preterition ó exheredacion, como insinuamos en el *n. últ. al fin del título antecedente.*

(1) L. 6. de pignor.

6 Si el padre hiciere donacion simple á alguno de sus hijos, se entiende que les mejora, aunque no lo esprese, y se imputa y aplica la donacion primeramente al tercio, despues al quinto, y lo que sobrare á la legítima, *l.* 10 *d. tít.* 6. (26. *de Toro*). Pero si la donacion fuere por causa, se cuenta primero por legítima, despues se aplica al tercio, y últimamente al quinto. Y cualquiera donacion que esceda estos cotos de legítima y mejoras de tercio y quinto, es en cuanto al esceso inoficiosa, y debe restituirse á los demas interesados, porque ningun hijo puede recibir mas de la herencia de su padre, *l.* 5. *tít.* 3. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* (29. *de Toro*). Puede verse á Azev. en *d. l.* 10. *n.* 26. y á Covarr. *in cap. Reynaldus* § 2. *n.* 16. *et seq.*, que concilian de esta manera las citadas *leyes* 26. *y* 29. *de Toro*, que á algunos han parecido contrarias. Y adviértase, como muy digno de saberse en este particular, que ningun padre puede dar ni prometer por via de dote ni casamiento á su hija tercio ni quinto de sus bienes, ni puede esta entenderse tácita ni espresamente mejorada por ninguna manera de contrato entre vivos, so pena que lo que mas diere ó prometiere, lo haya perdido ó pierda, *l.* 6. *tít.* 3. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.*, que suele llamarse la *Pragmática de Madrid*, por haberse establecido allí en el año 1534.

7 No prohibe esta ley á los padres que mejoren á sus hijas en testamento, como no lo hagan con respecto á la dote en fraude de ella, como lo prueba Azevedo comentándola latamente, y esplicando las dudas que sobre ella pueden ocurrir. *En el n.* 6. *y siguientes* examina con fervor la cuestion muy probable por ambas partes, de si vale ó no la promesa que el padre dotante hace á su hija y marido de ella, que no mejorará á ninguno de sus otros hijos. Apoya con muchas razones la opinion afirmativa que defiende, y refiere estar por la contraria su amigo y conciudadano Gutiérrez, fundado en otras varias. Inclinamos á la de este autor principalmente por la poderosa razon de que siendo el vivo espíritu de dicha *ley* 1. en todas sus partes, el coartar los escesos en las dotes, deben interpretarse todas las dudas sobre su inteligencia, ántes con estrechez, que con amplitud. La ventaja que tienen los varones sobre las hembras, de que las donaciones *propter nuptias* les pueden aprovechar para mejoras, cuando á las

mujeres no les pueden servir á este fin sus dotes; las compensan estas muy bien en que las dotes que se les dieren ó prometieren, quedan preservadas del vicio de inoficiosas, con tal que quepan en los bienes del padre, segun la estimacion que tenian en el tiempo en que las dió ó prometió, ó en el de su muerte, segun escogieren las mismas hijas dotadas; y en las demas donaciones se ha de atender precisamente al tiempo de la muerte, *d. l.* 5. *tít.* 3. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* (29. *de Toro*).

8 Pongamos tres ejemplos, que abrazando casi toda la doctrina que hemos sentado, den mas cómoda instruccion: I. Un padre dejó tres hijos, Pedro, Juan y Diego, mejorando en el tercio á Pedro, y á Juan en el quinto. Tenia 1700 pesos: debia 200: legó 100, y en su entierro se gastaron 50. Ante todo se pagarán las deudas, y con esta baja quedarán 1500, de los cuales tocarán á Juan 300 por su quinto, y de los restantes 1200 pertenecerán á Pedro 400 por el tercio, y los 800 sobrantes se dividirán en tres partes iguales entre los tres. Y solo Juan pagará los legados y gastos del entierro por razon del quinto; de suerte que de este solo le quedarán 150. Si en este ejemplo tuviere el testador un nieto, podrá dejarle las mejoras, y dejándole la del quinto, habria de pagar los legados y gastos del entierro. II. ejemplo: El mismo padre ademas de lo referido en el primer ejemplo, tuvo una hija, á la que dió en dote 400. El quinto y el tercio serán el mismo, porque no se pueden sacar de los 400 dotales. Se acumularán pues ó unirán estos 400 pesos á los 800 que quedan despues de estraidos el quinto y el tercio, y saldrá un cúmulo de 1200, que debiendo dividirse en cuatro partes iguales, tocarán á cada uno 300. Y por cuanto la hija tenia ya recibidos 400, habrá de restituir 100, por ser la dote en este esceso inoficiosa; si no es que escogiere elegir el tiempo en que se dió ó prometió la dote, en el cual era tan cuantioso el patrimonio del dotante, que podia bastar para dicha dote: en cuyo caso retendria los 400 dotales, y los restantes 800 se dividirian igualmente entre sus hermanos.

9 III. ejemplo. El mismo padre no habiendo dejado mas hijos que los tres referidos en el I. ejemplo, habia hecho á Pedro una donacion simple de 1000, y á Juan otra por causa de 300. Pedro se entenderá mejorado en los

1000, de modo que los imputará en el tercio, quinto y legítima. Y en atencion á que las mejoras dicen solamente respecto al patrimonio del difunto al tiempo de su muerte, que segun hemos visto solo importaba 1500, será el tercio y quinto el mismo que en los dos anteriores ejemplos. Se ejecutará pues la division en la manera siguiente: de los 1500, patrimonio del difunto, tocan á Pedro 700 por su quinto y tercio; y á los 800 restantes se acumularán 1300, importe de las dos donaciones, y saldrá el cúmulo de 2100, y dividido este en partes iguales, importará 700 la legítima de cada uno de los tres hijos. Segun esto, de los 1500, importe del patrimonio del padre, se darán 400 á Pedro, que juntos con los 1000 que tenia por su donacion, forman su total haber de 1400, esto es, 700 por mejoras, y otros tantos por legítima. A Juan se le darán otros 400, que unidos á los 300 que tiene por su donacion, le forman la legítima de 700 que le corresponde. Y á Diego se le darán los 700, resto del patrimonio del difunto, que son su legítima.

10 Con lo que hemos dicho hasta aquí está á la vista casi todo lo que debe tenerse presente para dividir entre hijos una herencia paterna. Solo falta examinar las dudas que puede haber sobre si los hijos deben llevar á colacion para ejecutarse, ciertos bienes que tienen, ó gastos que por ellos han hecho sus padres; lo que vamos á manifestar. Es constante no deberse llevar á colacion por los hijos, los bienes que hubieren recibido de sus padres en razon de mejoras; porque la colacion está instituida para guardarse la igualdad entre los hijos, y las mejoras la destruyen. Pero las dotes, donaciones *propter nuptias*, ú otra cosa que los hijos han recibido de sus padres, y no pertenecen á mejoras, es preciso las lleven á colacion, para que aumentando con ellas el patrimonio del padre, se pueda dividir con igualdad entre ellos; bien que si los hijos que las recibieron se quisiesen apartar de la herencia, lo podrán hacer, salvo que si fueren inoficiosas, habrán de tornar á los demas herederos el esceso en que lo fueren, *d. l.* 5. *tit.* 3. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* (29. *de Toro*). Y asimismo ha de llevar el hijo á colacion y particion el peculio profecticio que tuviere, *l.* 3. *tit.* 15. *P.* 6.; pero no el castrense, ni cuasi castrense, ni el adventicio; porque estos le quedan

libres para sí, sin derecho alguno de sus hermanos á ellos, *l.* 5. *d. tit.* 15.

11 Tambien queda para solo el hijo, sin obligacion de llevarlo á colacion, lo que el padre hubiere gastado en darle estudios, ó armarle caballero, y los libros que le dió para aprender alguna ciencia, *l.* 3. *tit.* 4. *P.* 5. *d. l.* 5. Pero quieren nuestros intérpretes, que lo haya de imputar y tener á cuenta de mejoras, á ejemplo de lo que hemos dicho de la donacion simple: lo que nos parece no ser conforme al contesto de *d. l.* 5.; porque ademas de no permitirlo aquellas palabras: *No gelas pueden contar los otros hermanos en su parte en la particion*, esclusivas de toda imputacion, vemos compararse en ella estos gastos al peculio castrense ó cuasi castrense, exento en un todo de imputarse. Y aunque pudiera admitirse esta opinion en cuanto á los libros, en el caso de que los mismos ó su equivalente existieren en poder del hijo, porque aumentan su patrimonio, y puede considerarse que los tiene el hijo por donacion simple; no tiene esto lugar en los gastos del estudio, que deben reputarse alimentos ya consumidos, que no aumentan el patrimonio; y de los alimentos no hay imputacion.

12 Y por la misma razon de no aumentar el patrimonio los Doctorados ú otros grados de las universidades, ú otras cualesquiera dignidades que no tienen salario, ni otros frutos civiles, sí que por lo contrario son una especie de carga de honor; somos tambien de dictámen, que lo gastado por el padre en la consecucion de estos grados ú oficios, no lo debe imputar el hijo, ni aun en cuenta de mejoras, sí que ántes bien, lo que se deba por esta razon, se deberá pagar de la comun herencia del padre, como lo pensó el celebérrimo jurisconsulto Papiniano (1). Y en verdad si la cosa se mira á fondo, ¿qué otra cosa es el grado de la Universidad, que *Premio y testimonio de idoneidad en asunto de ciencias, que uno se ha adquirido con sus propios sudores y vigilias, en beneficio de la república?* ¿Y quién no juzgará ser una cosa incivil y vergonzosa, pretender los demas hijos, que su hermano así condecorado impute en parte suya el dinero espendido por este testimonio que ya se consumió? Diremos pues, que si

(1) L. 1. § 16. de col'at.

un hijo condecorado así, fuese mejorado en tercio y quinto, sacaria sus mejoras enteras, sin que las disminuyera en parte alguna lo gastado en su grado. Así lo dispusimos en la division de la herencia de Don José Perez Mesía, corregidor que habia sido de Salamanca, que tuvimos el honor de ordenar: en la cual era uno de los herederos su hijo, el señor Don Francisco Perez Mesía, doctor del derecho civil en la Universidad de dicha ciudad, que murió despues consejero del supremo Consejo de Castilla. Y aunque uno de los coherederos manifestó disentir al principio, cedió despues á la fuerza de las razones que hemos referido, que conoció muy bien, por su notoria pericia; y no deja de hacer al caso lo que espresa *d. l.* 5. *tit.* 15. *P.* 6. *al fin.*

13 El nombre general de *mandas*, de las que trata el *título* 9. *de la Partida* 6., comprende en nuestras leyes á lo que hablando con separacion llamamos legados y fideicomisos particulares ó singulares, que fueron ya igualados en los efectos en las leyes romanas por Justiniano (1). Dejó sin embargo alguna muy leve diferencia, y siempre quedó que una cosa fuese legado, y otra fideicomiso. Hablaremos nosotros con esta separacion, llamando *legados* á las mandas, que deja el testador con palabras directas; porque con efecto está mucho mas recibido en el uso el nombre *legado*, que el de *manda;* y decimos, que legado es *Una manera de donacion que deja el testador en su testamento ó en codicilo á alguno.* Puede hacerlo todo hombre que puede hacer testamento ó codicilo, porque en ellos deben hacerse; y pueden dejarse á todos aquellos que pueden ser instituidos herederos, bastándoles para coger el legado el tener capacidad de adquirirle al tiempo en que muriese el testador, *l.* 1. *d. tit.* 9. *P.* 6. Y para que valga el legado deberá constar ciertamente de la persona del legatario, en los mismos términos en que lo dijimos del heredero al *n.* 3. *del título antecedente, l.* 9. *d. tit.* 9. (2).

14 Puede el testador legar las cosas suyas y las de su heredero, y tambien las ajenas, esto es, que son de algun otro. Pero para que el legado de estas valga, es menester sepa el testador cuando las lega, que no son suyas, si no

(1) § 3. Inst. de legat. (2) L. 9. § 8. de her. inst.

es que las legara á persona que tuviese alleganza con él, así como á su mujer ó á algun pariente, en cuyo caso valdria aunque lo ignorase, por presumirse ser esta su voluntad. Si hubiere duda si el testador lo sabia ó lo ignoraba, toca al legatario probar que lo sabia. Y cuando vale este legado, debe el heredero comprar la cosa legada para darla al legatario, ó no queriéndola vender su dueño, ó pidiendo mas de lo que vale, dar su estimacion á juicio de dos peritos al mismo legatario, *l.* 10. *d. tit.* 9. (1). La razon de haber de probar la ciencia el legatario, es por ser el actor á quien toca la prueba, *l.* 1. *tit.* 14. *P.* 3. (2). A que se añade tener el derecho á su favor la presuncion (3). Si el testador legare una cosa empeñada, que lo estaba por tanto ó por mas de lo que ella valia, débela luir ó redimir el heredero, y darla franca al legatario, tanto en el caso de saber que está empeñada, como si lo ignorara. Pero si estaba dada á peños ó en prenda por ménos de lo que valia, solo en el caso de que supiere el testador que estaba empeñada, tendrá esta obligacion, porque si lo ignoraba, será del mismo legatario la obligacion de redimirla, *l.* 11. *d. tit.* 9. (4). Y si teniendo el mismo testador en su poder alguna cosa empeñada á su favor por dinero que hubiese dado sobre ella, la legara al que la empeñó, vale el legado para el efecto de haberse de entregar la tal cosa á aquel á quien se lega: pero queda este con la obligacion de haber de pagar á los herederos del difunto el dinero que sobre ella le habia prestado el testador, *l.* 10. *d. tit.* 9.; y de consiguiente solo se entiende legado el derecho de prenda, y no la deuda. Pero si el testador tenia en su poder alguna carta ó escritura probatoria de lo que se le debia, y la legase al deudor, se entiende que le lega ó condona la deuda, *l.* 17. *d. tit.* 9. (5).

15 No solo pueden legarse las cosas ya existentes, sino tambien las que están por venir, como los frutos que han de nacer de tal campo, *l.* 12. *tit.* 9. (6). Si dijere el testador, que legaba cien pesos que tenia en el arca, los deberá dar el heredero al legatario, si con efecto se encontrasen allí; pero si se encontrare ménos, cumplirá dando lo que se hallare. Y si se encuentra mas, solo debe dar los cien pesos, *l.* 18. *d. tit.* 9., la que con esta decision da mucha

(1) § 4. Inst. de legat. (2) D. §. 4. (3) D. § 4. (4) § 5. Inst. de legat.
(5) L. 3. § 1. de liber. leg. (6) § 7. Inst. de legat.

prueba de que en caso de duda siempre está la presuncion á favor del heredero.

16 Las cosas que están fuera del comercio de los hombres absolutamente por todo respecto, como son las sagradas, no se pueden legar; y á esta clase pertenecen de alguna manera las cosas que señaladamente son de los reyes, como los palacios, que no pueden enajenarse sin mandato de los mismos reyes. Ni tampoco las que son del pro comunal de alguna ciudad ó villa, como las plazas y los ejidos. Lo mismo sucede cuando la cosa está fuera del comercio solamente por cierto respecto que está en ella misma. No valdrá pues el legado de los mármoles, pilares ó maderas que están puestas como parte integrante de los edificios; de suerte que ni aun su estimacion deberá dar el heredero, *l.* 13. *d. tít.* 9. (1). Se ha prohibido este último legado para conservar la hermosura de la ciudad, y precaver la fealdad de los edificios, *d. l.* 13. *l.* 16. *tít.* 2. *P.* 3. (2). Si la cosa legada mudase de condicion sin culpa del heredero, de manera que estando en el comercio cuando se legó, dejase de estarlo despues al tiempo de la muerte del testador, como si siendo profana fué consagrada; no valdria el legado, quedando el heredero sin obligacion de pagar la estimacion que ántes tenia, *d. l.* 13. (3). No solo puede legar el testador las cosas corporales, sino tambien las incorporales, como los derechos, deudas que se le debieren, y servidumbres en cosas suyas. Y si despues pidiere y cobrare la deuda que habia legado, se acaba el legado, pues se entiende que le revocó (4). Otra cosa seria si el deudor la pagare de su grado ó voluntad sin habérsele pedido; porque entónces deberia el heredero dar al legatario la cosa ó estimacion que hubiese cobrado el testador, por entenderse ser la intencion de este tenerla guardada á este fin, *l.* 15. *d. tít.* 9.

17 Cuando el testador legare una cosa generalmente sin señalar ninguna determinadamente, como por ejemplo, un caballo, será del legatario el derecho de escogerle, si el testador tenia caballos; pero no podrá escoger el mejor. Mas si no tenia, será en escogencia del heredero, comprar

(1) § 4. Inst. de legat. l. 41. § 1. cum duab. seqq. de legat. 1.
(2) L. 42. C. de ædif. privat. (3) § 2. Inst. de inut. stipul.
(4) § 21. Inst. de legat.

uno comunalmente bueno, esto es, mediano ó regular, para darlo al legatario, *l.* 23. *d. tít.* 9., que pone en un siervo el ejemplo que acabamos de poner en un caballo; y añade, que debe tener lugar esta doctrina en las bestias ú otras cosas semejantes, esto es, segun entendemos, que tengan sus límites por la misma naturaleza. Porque hablando en seguida en el *vers. Pero* de casas que no los tienen por naturaleza, sino por obra ó disposicion de los hombres, establece otra regla, á saber: Que si el testador lega unas casas sin señalarlas, debe dar el heredero unas de las del testador, cualesquiera que sean; y si solo tuviere algunas (usa del número plural por el singular), aquellas mismas: y que si por ventura el testador no tuviese casas ningunas, no vale el legado (1). Si lega el testador á alguno la escogencia ú opcion de dos cosas, para que escoja la que le pareciere, no podrá el legatario arrepentirse, despues de haber escogido una (2). Y si la escogencia fuese puesta en el arbitrio ó mano de un tercero, y este no escogiere dentro de un año por no poder ó no querer, pasa al legatario el derecho de escoger, *l.* 25. *d. tít.* 9. (3).

18 Para que valga el legado, basta que el testador señale la persona del legatario, y la cosa legada, si el legado no es general, de manera que conste ciertamente de uno y otro, sin que lo embarace el haber errado en el nombre, si es de aquellos que ponen los hombres en particular por su voluntad, como si dijese Pedro al que se llama Juan, ó campo Tusculano al que se dice Ticiano, con tal siempre que conste de la persona y cosa por otras señales ó demostraciones seguras. Pero si el error fuese en nombre general, en que acuerdan todos los hombres en todas las tierras, sin imposicion particular, como son pan, paños, laton, oro y otras semejantes, no valdria el legado, aunque quisiese probar el legatario ser la voluntad del testador que valiese en lo que era la cosa, en cuyo nombre erró, como si queriendo legar oro, le apellidase laton, *l.* 28. *d. tít.* 9. (4).

19 A las veces añade el testador en los legados algunas espresiones que forman condicion, causa ó modo. De las condiciones hablamos ya latamente en el *título antecedente*, sin que haya necesidad de añadir cosa alguna.

(1) L. 45. l. 71 de legat. 1. (2) L. 5. de legat. 1. (3) L. ult. § 1. C. commun. de legat. (4) § 29. Inst. de legat. l. 4. de legat. 1.

Causa es *Motivo de cosa pasada, que espresa el testador tener para legar*, como si dijera: *Lego á Pedro cien pesos, porque cuidó de mis negocios, ó me hizo este ó el otro servicio.* Y cuando así sucede, no impide el valor del legado el que sea falsa la causa, *l.* 20. *l.* 21. *d. tít.* 9. *P.* 6. (1). Modo es *Espresion del fin para que se hace el legado*, por ejemplo, si el testador dijere: *A Juan lego cincuenta pesos, para que me haga un sepulcro.* Y entónces debe entregarse desde luego á Juan el legado, dando fiador de que cumplirá lo que mandó el difunto, y gana su dominio luego que lo cumpliere, ó hizo cuanto estuvo de su parte para cumplirlo, *d. l.* 21. Y en todo legado de cosa cierta, que se deja puramente ó sin condicion, pasa el dominio de la cosa al legatario luego que muere el testador, de manera que aunque él falleciese ántes de entrar el heredero en la herencia, ó él en la posesion de la cosa, perteneceria esta á su heredero. Pero en los legados condicionales, si muere el legatario ántes de la existencia de la condicion, no vale el legado, y queda el dominio de la cosa legada en el heredero del testador, *l.* 34. *d. tít.* 9. (2). De cuya doctrina hay una escepcion al fin de *d. l.* 34., de que no tiene lugar cuando el legatario tuviere compañero, al que tambien se le hubiese legado juntamente la misma cosa, ó sustituto; en cuyos casos, verificada la condicion, perteneceria la cosa al compañero, ó al sustituto (3). Si se legase el usufructo de alguna cosa, se deberá al legatario desde que el heredero entrare en la herencia, y no ántes, *l.* 35. *vers. El cuarto, d. tít.* 9. (4).

20 Si viviendo el testador tuviese la cosa algun aumento por haberse construido una casa en el lugar legado, ó añadido por aluvion al campo, ó de otra manera, será del legatario la cosa con su aumento, *l.* 37. *d. tít.* 9. (5). Los frutos de la cosa legada se le deberán desde el dia en que el heredero entró en la herencia, *d. l.* 37.; en cuya *glos.* 4. juzga Greg. Lóp. ser muy probable, que despues de la *l.* 1. *tít.* 18. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.*, se le deben desde la muerte del testador. Si el testador lega á dos una misma cosa, ó bien ayuntadamente en una misma oracion, ó á

(1) § 31. Inst. de legat. (2) L. un. §§ 1. 3. et 7. C. de cad. tol. l. 3. quan. dies leg. v. fideic. cedat. (3) L. un. § 7. C. de cad. tol. (4) § 19. Inst. de legatis. (5) L. un. § 6. C. de cad. tol.

cada uno de por sí, esto es, separadamente en dos oraciones, la partirán igualmente entre sí; y si uno de ellos, ó por haber muerto, ó haber renunciado su parte, no lo tomare, acrescerá al otro, *l.* 33. *d. tít.* 9. (1). Es libre el legatario en admitir ó no lo que se le deja; pero no podrá admitir una parte de alguna cosa que se le lega, y desechar la otra, aunque sea un cuerpo que contiene en sí muchas cosas, como una manada de ganado, que tiene muchas cabezas (2); mas de sus herederos podrá uno admitir la que le toca, y el otro desechar la suya, como tambien el legatario á quien dejan muchas cosas, podrá tomar la que quisiere, y dejar las otras, si no es que le dejaren una cosa con carga, y la otra sin ella, en cuyo caso no podria tomar esta, y dejar aquella, *l.* 36. *d. tít.* 9.

21. Veamos ahora los modos por los que desfallecen ó pierden el valer los legados que lo tuvieron en su principio. Se estingue en primer lugar el legado por la revocacion del testador, aunque la haga en codicilo, conservando el testamento en que le dejó, ó borrando la escritura en que estaba escrito, *l.* 39. *d. tít.* 9. (3). Tambien se estingue si la cosa legada se perdió, ó murió sin culpa del heredero, *l.* 41. *d. tít.* 9., y si de la cosa legada hiciese el mismo testador una nueva especie, que no pudiese reducirse al prístino estado de la materia, como de lana paños, de madera una casa, ó una nave, *l.* 42. *d. tít.* 9. (4). Y añade *esta misma ley*, que si lega el testador un carro ó carreta, se le debe dar al legatario con la bestia que la traia; y que si esta muere, se estingue el legado, si no es que el testador en su vida metiese otra en lugar de la muerta. No pone la razon, que creemos no poder ser otra, que la de considerarse la bestia lo principal, y el carro lo accesorio; pues es bien sabida la regla, de que no subsistiendo lo principal, no tiene lugar lo accesorio (5). Si diere el testador la cosa que tenia legada, se entiende ó presume que lo hizo con intencion de revocar el legado, y quedará estinto. Lo contrario se presume si la vendió ó empeñó, y por ello en este caso tendrá el heredero la obligacion de dar al legatario el precio por que fué vendida ó empeñada; bien que en uno y

(1) § 8. Inst. de legat. (2) L. 6. de legat. 2. (3) L. 16. de adim. vel transf. leg. (4) L. 88. de legat. 3. (5) L. 129. § 1. de div. reg. jur. l. 2. de pecul. leg.

otro podrá probar lo contrario de la presuncion el que interesase en ello, *l.* 17. *l.* 40. *d. tít. P.* 6. (1).

22 Se estinguirá tambien el legado, si despues de hecho el testamento adquiere el legatario el dominio de la cosa, por donacion ú otro título lucrativo, pero no si la adquiere por oneroso, como compra ó cambio: porque entónces puede pedir al heredero la estimacion de ella, *l.* 43. *d. tít.* 9. (2). Es título lucrativo el que nada cuesta, como donacion, legado; y oneroso el que cuesta algo, como compra, permuta. La razon de estinguirse en el primero de los dos casos que acabamos de referir, es el axioma, que *dos causas lucrativas no pueden concurrir en una persona acerca de una misma cosa* (3). En conformidad de esto, si dos testadores legasen á Pedro una misma cosa, cada uno en su testamento, y consiguiera en fuerza de uno de ellos su posesion y propiedad en términos de que no se pudiese quitar, nada podia pedir en su razon por el otro testamento. Pero si primeramente lograra por uno de ellos la estimacion de dicha cosa, bien podia pedir despues la cosa en virtud del otro, *l.* 44. *d. tít.* 9. (4).

23 Si legase el testador dos veces una misma cosa determinada, como una viña á uno mismo, no está el heredero obligado á darla mas de una vez; y lo mismo seria si le legara muchas veces cierta cantidad de dinero, ú otra cosa de las que se pueden contar, pesar ó medir, si no es que probare el legatario haber sido la voluntad del difunto, que se le dieran cuantas veces las espresó (5). Pero si habiéndole legado en el testamento cierta cuantía, se la legara otra vez en el codicilo, se la deberá dar dos veces el heredero, salvo si probare haber sido la voluntad del testador, que solo se le diere una vez, *l.* 45. *d. tít.* 9., de suerte que en el primero de estos dos últimos casos, está la presuncion á favor del heredero, y en el otro del legatario.

24 Cuando la cosa legada es cierta ó determinada, puede pedirla el legatario, ó donde morare el heredero, ó en el lugar donde existiere la mayor parte de los bienes del testador, ó en cualquiera otro en que se hallare la cosa legada: y si el heredero mudase engañosamente la cosa de un lugar

(1) § 12. Inst. de legat. l. 8. l. 24. § 5. de adim. v. transf. leg.
(2) § 6. Inst. de leg. (3) L. 47. de oblig. et act. (4) D. § 6. Inst.
(5) L. 54. § 5. de legat.

á otro para hacer perjuicio al legatario, la debe llevar á su costa al lugar de donde la traspasó, y darla al legatario. Pero si el legado fuese en general, como si el testador dijese: *Lego á Pedro un caballo*, sin espresar cuál, ó legare cierta cantidad de cosa que se puede contar, medir ó pesar; podrá pedir Pedro el legado en el lugar de la morada del heredero, ó en donde estuviere la mayor parte de los bienes del difunto, ó en cualquier otro en que el heredero empezare á pagar los legados; á no ser que el testador señalase lugar y tiempo, en cuyo caso así se ha de cumplir, *l.* 48. *d. tít.* 9.

25 Es muy famosa en el Derecho romano la *ley Falcidia*, establecida para menguar los legados á fin de asegurar la adicion de la herencia, sin la cual no podrá, segun aquel, subsistir testamento alguno (1). De ella se trata tambien con bastante estension en el *título* 11. *de la P.* 6. Pero como por Derecho mas nuevo contenido en la célebre *l.* 1. *tít.* 18. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.*, que tantas veces hemos citado, no es hoy necesaria en España la adicion de heredero para que el testamento valga, opinó Antonio Gómez, *lib.* 1. *var. cap.* 12. *n.* 11. y otros, que en el dia no tiene lugar entre nosotros dicha ley Falcidia. Pero tenemos por mucho mas probable la opinion contraria, que latamente defienden, soltando las objeciones Pichard. *in Inst. pr. de lege Falcidia, n.* 33. *et seqq.* Matienz. *in d. l.* 1. *glos.* 19. *nn.* 18. *et* 19. Molina *de hispan. primog. lib.* 1. *cap.* 17. *nn.* 10. *et* 11. Castillo *de usuf. cap.* 60., y otros muchos. Sentada esta sentencia, decimos, que por esta ley debe quedar al heredero la cuarta parte de la herencia, la cual tomando el nombre de la misma ley, se llama tambien la *cuarta falcidia*. Si el testador pues consumiera todos sus bienes en legados, de modo que nada quedase para el heredero, quitará á cada legatario la cuarta parte de lo que se le deja, para formar su falcidia; y si le quedare algo, quitará á cada uno á proporcion lo que le falte para completarla. Y si el heredero fuese descendiente ó ascendiente del testador, á quienes se debe su legítima en los términos que hemos esplicado hablando de las mejoras de tercio y quinto, deberá siempre sacar dicha su legítima; pero no

(1) Pr. Inst. de leg. Falcid.

podrá sacar ademas la falcidia, como lo prueba bien Greg. Lóp. en la *glos.* 3. *de la ley* 1. *de d. tit.* 11., cuya *ley* establece lo que llevamos dicho; y añade, que tambien se saca la cuarta de las donaciones que se hacen por razon de la muerte (1).

26 Antes de sacar el heredero su cuarta, se deben bajar y pagar las deudas que debia el difunto, las despensas de su muerte, y las que se hicieren por razon del testamento, ú otros escritos pertenecientes á los bienes del mismo difunto, *l.* 2. *d. tit.* 11. (2): así lo dispone *esta l.* 2.; pero en cuanto á gastos de entierro, téngase presente lo que dijimos en el *tit. preced. n.* 18., que solo son carga de la herencia que bajan su valor cuando á ninguno se deja el quinto, porque si se dejare á alguno, de este y no de la herencia son cargo, *l.* 9. *tit.* 20. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* (30. *de Toro*). El valor de los bienes del difunto para sacar la falcidia, debe considerarse atendido el tiempo de la muerte del difunto; de manera que el aumento ó diminucion de su patrimonio sucedido despues de ella, es en beneficio ó perjuicio del heredero; porque á los legatarios siempre les quedaria la misma porcion que si no se hubiese aumentado ó disminuido, *l.* 3. *d. tit.* 11. que pone ejemplos (3). No están sujetos á la detraccion de la falcidia los legados siguientes: I. Los que deja el testador á la Iglesia, hospital de pobres, lugar religioso ú otra obra de piedad. II. Los que fueren dejados en testamento militar, *l.* 4. *d. tit.* 11. (4). III. Los de cosa cierta que hiciere el testador, prohibiendo al legatario que la venda ó enajene, *l.* 6. *d. tit.* 11. (5). Si el heredero hubiese pagado algunos legados sin sacar su cuarta, creyendo ser bastante la herencia para pagarlos así todos, deberá pagar todos los otros cumplidamente; si no es que despues que comenzó á pagar así se descubriese alguna deuda grande del difunto, que no se supiese ántes; porque entónces bien la podria sacar de aquellos legados que todavía no hubiese pagado, *d. l.* 6. Pierde el derecho de sacar la falcidia aquel heredero que maliciosamente cancelase el testamento ó los legados para que no valiesen, y aquel que hubiese hurtado alguna de las

(1) L. 2. C. de don. mort. caus. (2) § 2. Inst. de leg. Falc. (3) § 2. Instit. de leg. Falc. (4) Aut. similiter C. de leg. Falc. l. 12. C. de test. milit.
(5) Nov. 119. cap. 11.

cosas que legaba el testador, ó las negase maliciosamente, diciendo ser suyas propias; si fuere vencido en juicio por cualquiera de estas razones. Ni se saca tampoco la falcidia, cuando lo prohibe el testador, *d. l.* (1). Ni cuando el heredero no hubiese hecho inventario, *l.* 7. *d. tit.* 11. (2).

27 Espuesto lo perteneciente á legados, pasamos á hablar brevemente de los fideicomisos, comprendidos tambien, como dijimos, en nuestras leyes bajo el nombre general de *mandas*, y con efecto, lo mismo manda ú ordena el testador unos que otros. Se dividen los fideicomisos en universales y singulares ó particulares. De los primeros hablan la *ley* 14. *tit.* 5. y la 8. *tit.* 11. *P.* 6., y de los segundos, la 3. y *algunas siguientes del tit.* 9. *de la misma P.* 6. Fideicomiso en general es *Todo aquello que con palabras oblicuas dispuso el difunto que se diese á alguno.* Universal ó hereditario es aquel en que el testador manda ó ruega al que establece heredero, que restituya la herencia á otro. Cuando esto suceda, tiene el heredero derecho de retener la cuarta parte de la herencia, que habiendo adoptado tambien el nombre latino, llamamos *trebeliánica*, y es muy semejante á la falcidia. Debe imputar en ella el heredero las cosas que el testador le hubiere mandado, si las hubo. Y si los frutos que tomó de la herencia miéntras la tuvo, montaren tanto como la cuarta, no debe tomar cosa ninguna de la herencia, sí que la debe dar libre y entera; y si importaren ménos, los tendrá á cuenta de la cuarta, y tomará de la herencia lo que le faltare para completarla. Si los frutos montaren mas que la cuarta, se quedará con todos ellos en lugar de la cuarta, si el testador señaló dia en que hubiese de restituir la herencia, y él cumplió el plazo. Pero si el testador no señaló dia cierto, y aquel á quien debia restituirse la herencia, fué negligente en pedirla sabiéndolo, tendrá el heredero los frutos sin contarles en la cuarta. Y si el heredero fué rebelde, difiriendo maliciosamente la restitucion, cuanto quiera que valgan mas los frutos que la cuarta que debe haber, será obligado á darlos con la herencia. Toda esta doctrina es literal en *d. l.* 8. *tit.* 11. *P.* 6., la cual ademas espresa no deber entenderse en el caso de ser hijo del testador el que debe restituir la

(1) Nov. 1. cap. 2. (2) L. últ. C. de jur. delib.

herencia; porque este retendrá todos los frutos que hubiere percibido de la herencia sin hacer en su razon imputacion alguna en la legítima que se le debe: y lo mismo creemos deberá decirse cuando el heredero fuere ascendiente del testador, por persuadirnos concurrir la propia razon de debérsele la legítima, independiente de la voluntad del testador. Pero acordamos con Gregor. Lóp. en la *glosa* 9. *de d. l.* 8., en conformidad de lo que dijimos de la cuarta falcidia *arriba n.* 25., que el hijo no podrá sacar á un mismo tiempo la legítima y cuarta trebeliánica.

28 La diferencia que añade en seguida la misma *ley.* 8. entre el heredero que admite la herencia por su voluntad, y el que la ade por premia; de que solo aquel y no este puede sacar la cuarta y tomar frutos, no tiene entrada en el dia en que cesa la precision de apremiar al heredero á que admita la herencia, por poderla admitir por sí el sustituto, cuando él la desecha, *l.* 1. *tít.* 18. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* Y advertimos últimamente en este particular de fideicomisos universales, que el heredero que restituye, debe pagar por razon de su cuarta á proporcion las deudas del difunto, *d. l.* 8. *al fin.* Fideicomiso singular es aquel en que el testador ruega al heredero ó á aquel á quien lega algo, dé á otro alguna ó algunas cosas singulares: en cuyo caso debe cumplir el heredero lo que se le manda, y lo mismo el legatario hasta aquella cuantía que montare lo que se le legó (1). Y adviértase que puede uno gravar con fideicomisos no solo en su testamento, sino tambien en codicilo, y tanto á los herederos abintestato como á los testamentarios, *l.* 3. *tít.* 9. *P.* 6. (2).

29 Falta para concluir este título, que digamos algo de los codicilos. La *ley* 1. *tít.* 12. *P.* 6. dice ser codicilo *Escritura breve que hacen algunos omes, despues que son fechos sus testamentos, ó ántes;* y que esta escritura tiene gran pro, porque pueden los hombres crecer ó menguar las mandas que hubiesen hecho en el testamento: y que la puede hacer el que no tiene prohibicion de hacer testamento (3): y que tambien son dos sus especies, nuncupativo y escrito. Las solemnidades que en uno y otro deben observarse, las hemos notado en el *n.* 4. *del tít.* 4. Solo

(1) § 1. Inst. de sing. reb. per. fideic. rel. (2) § 10. Inst. de fideic. her. (3) L. 6. § 3. de codic.

pues añadiremos ahora, que en el codicilo no se puede instituir heredero directamente, ni poner condicion á la institucion hecha en el testamento (1), ni tampoco desheredar (2); pero sí que podrá darse y quitarse oblicuamente la herencia, como si alguno mandase ó rogase en él, sin haber hecho testamento, que su heredero abintestato diese la herencia á Pedro; y lo mismo sucederia, si habiéndolo otorgado lo mandara ó rogare al heredero que instituyó; en cuyo caso deberá sacar este la cuarta parte de la herencia, llamada *trebeliánica* en latin, *l.* 2. *d. tít.* 12. *l. últ. tít.* 11. *P.* 6., cuyo nombre ha adoptado nuestro uso. En el *n.* 27. hemos dicho lo que en ella se imputa. No se rompe por otro posterior, como no aparezca querer quien lo hizo, que no valga el primero (3); ni por haberle nacido despues un hijo al que le otorgó, á diferencia del testamento, en que sucede todo lo contrario, *l.* 3. *d. tít.* 12., como hemos visto.

TÍTULO VII.

DE LOS MAYORAZGOS.

Tít. 17. lib. 10. de la Nov. Rec.

1. *Los mayorazgos se semejan mucho á los fideicomisos familiares, y su definicion.*
2. *Ántes se podian fundar sin licencia del rey, pero no en el dia; y cómo subsisten los fundados ántes de la prohibicion, viviendo despues de ella el que los fundó.*
3. *Orígen de los mayorazgos.*
4. 5. 6. 7. 8. *Division de los mayorazgos en varias especies, con esplicacion de estas.*
9. *Varias cosas que deben observarse en los mayorazgos. I regla: Que todos se deben gobernar en caso de duda, al tenor del regular, cual lo es el reino de España.*
10. *II regla: Los mayorazgos son indivisibles.*

(1) § 2. Inst. de cod. (2) L. 5. C. de testam. (3) L. 5. C. de codic.

herencia; porque este retendrá todos los frutos que hubiere percibido de la herencia sin hacer en su razon imputacion alguna en la legítima que se le debe: y lo mismo creemos deberá decirse cuando el heredero fuere ascendiente del testador, por persuadirnos concurrir la propia razon de debérsele la legítima, independiente de la voluntad del testador. Pero acordamos con Gregor. Lóp. en la *glosa* 9. *de d. l.* 8., en conformidad de lo que dijimos de la cuarta falcidia *arriba n.* 25., que el hijo no podrá sacar á un mismo tiempo la legítima y cuarta trebeliánica.

28 La diferencia que añade en seguida la misma *ley.* 8. entre el heredero que admite la herencia por su voluntad, y el que la ade por premia; de que solo aquel y no este puede sacar la cuarta y tomar frutos, no tiene entrada en el dia en que cesa la precision de apremiar al heredero á que admita la herencia, por poderla admitir por sí el sustituto, cuando él la desecha, *l.* 1. *tít.* 18. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* Y advertimos últimamente en este particular de fideicomisos universales, que el heredero que restituye, debe pagar por razon de su cuarta á proporcion las deudas del difunto, *d. l.* 8. *al fin.* Fideicomiso singular es aquel en que el testador ruega al heredero ó á aquel á quien lega algo, dé á otro alguna ó algunas cosas singulares: en cuyo caso debe cumplir el heredero lo que se le manda, y lo mismo el legatario hasta aquella cuantía que montare lo que se le legó (1). Y adviértase que puede uno gravar con fideicomisos no solo en su testamento, sino tambien en codicilo, y tanto á los herederos abintestato como á los testamentarios, *l.* 3. *tít.* 9. *P.* 6. (2).

29 Falta para concluir este título, que digamos algo de los codicilos. La *ley* 1. *tít.* 12. *P.* 6. dice ser codicilo *Escritura breve que hacen algunos omes, despues que son fechos sus testamentos, ó ántes;* y que esta escritura tiene gran pro, porque pueden los hombres crecer ó menguar las mandas que hubiesen hecho en el testamento: y que la puede hacer el que no tiene prohibicion de hacer testamento (3): y que tambien son dos sus especies, nuncupativo y escrito. Las solemnidades que en uno y otro deben observarse, las hemos notado en el *n.* 4. *del tít.* 4. Solo

(1) § 1. Inst. de sing. reb. per. fideic. rel. (2) § 10. Inst. de fideic. her. (3) L. 6. § 3. de codic.

pues añadiremos ahora, que en el codicilo no se puede instituir heredero directamente, ni poner condicion á la institucion hecha en el testamento (1), ni tampoco desheredar (2); pero sí que podrá darse y quitarse oblicuamente la herencia, como si alguno mandase ó rogase en él, sin haber hecho testamento, que su heredero abintestato diese la herencia á Pedro; y lo mismo sucederia, si habiéndolo otorgado lo mandara ó rogare al heredero que instituyó; en cuyo caso deberá sacar este la cuarta parte de la herencia, llamada *trebeliánica* en latin, *l.* 2. *d. tít.* 12. *l. últ. tít.* 11. *P.* 6., cuyo nombre ha adoptado nuestro uso. En el *n.* 27. hemos dicho lo que en ella se imputa. No se rompe por otro posterior, como no aparezca querer quien lo hizo, que no valga el primero (3); ni por haberle nacido despues un hijo al que le otorgó, á diferencia del testamento, en que sucede todo lo contrario, *l.* 3. *d. tít.* 12., como hemos visto.

TÍTULO VII.

DE LOS MAYORAZGOS.

Tít. 17. lib. 10. de la Nov. Rec.

1. *Los mayorazgos se semejan mucho á los fideicomisos familiares, y su definicion.*
2. *Ántes se podian fundar sin licencia del rey, pero no en el dia; y cómo subsisten los fundados ántes de la prohibicion, viviendo despues de ella el que los fundó.*
3. *Orígen de los mayorazgos.*
4. 5. 6. 7. 8. *Division de los mayorazgos en varias especies, con esplicacion de estas.*
9. *Varias cosas que deben observarse en los mayorazgos. I regla: Que todos se deben gobernar en caso de duda, al tenor del regular, cual lo es el reino de España.*
10. *II regla: Los mayorazgos son indivisibles.*

(1) § 2. Inst. de cod. (2) L. 5. C. de testam. (3) L. 5. C. de codic.

11. *III regla*: *La sucesion en los mayorazgos es perpetua, y los bienes que comprende no se pueden enajenar.*
12. *IV regla: En los mayorazgos deben tenerse presentes cuatro cosas, línea, grado, sexo y mayor edad.*
13. *V regla: Concluida una línea se pasa á la otra con esclusion de los ilegítimos.*
14. *VI regla: El hijo legitimado por subsiguiente matrimonio se entiende llamado desde su legitimacion. Y se dice lo que debe observarse en los legitimados por rescripto del príncipe, y en el hijo arrogado.*
15. *Otras líneas que han inventado los intérpretes.*
16. *VII regla: La proximidad del parentesco se debe considerar respecto del último poseedor.*
17. *VIII regla: En los mayorazgos no se sucede al último poseedor por derecho hereditario, sino de sangre.*
18. *IX regla: Muerto el poseedor del mayorazgo, pasa la posesion civil y natural de todos los bienes que comprende, al inmediato sucesor, por solo el ministerio de la ley, sin ser necesaria la voluntad en este.*
19. *X regla: Todas las mejoras hechas en cosa de mayorazgo ceden al mayorazgo.*
20. *XI regla: Modos de probarse el mayorazgo.*
21. *XII regla: Todas las leyes ceden á la voluntad del testador, que puede poner las condiciones que quisiere, como sean posibles y honestas.*
22. 23. 24. 25. *Qué sea mayorazgo incompatible, y se esplican todas su especies.*

1 Es celebérrimo en España el asunto de mayorazgos, por los muchos que hay, y las gravísimas cuestiones que sobre ellos se suscitan, y ocupan tanto á los tribunales, aunque en el dia está coartada la libertad de fundarlos, como luego veremos. Los romanos no los conocieron, pero tuvieron fideicomisos familiares que se les asemejan lo bastante, aunque no dejan de diferenciarse en algo; y por esta semejanza, cuando nuestros autores mayorazguistas se ven apurados en las cuestiones que tratan, sin poder apoyar sus proposiciones en nuestras leyes patrias; se acogen á las

romanas que hablan de los fideicomisos. No lo reprobamos, porque faltando las leyes que nos deben gobernar, no puede negarse que tienen mas fuerza para la persuasion las sabias de los romanos, que el modo de pensar de los autores particulares. ¿Quién no se embelesa de ver la moralidad, justicia y finura de las sentencias de Papiniano, Ulpiano y otros, de que estas se formaron, recibidas con tanto aplauso en todas las naciones, y adoptadas en la mayor parte con respeto en las nuestras sapientísimas de las Partidas? De suerte que su insigne glosador Greg. Lóp. no tuvo reparo de decir en la *glosa* 10. *de la ley* 10. *tit.* 5. *P.* 6. no ser la intencion de estas leyes corregir las romanas cuando no lo espresan; sí que ántes bien deben por ellas suplirse, entenderse y limitarse. Nuestro célebre mayorazguista Luis de Molina en su famoso tratado *de primog. Hispan., lib.* 1. *cap.* 1. *n.* 22. define el mayorazgo, diciendo ser *Derecho de suceder en los bienes dejados, con la obligacion que se han de quedar en la familia enteros perpetuamente, y pertenecer al próximo primogénito por órden sucesivo.* Y añade, que no debe abandonarse esta definicion por el motivo de haber algunos mayorazgos en que no sucede el primogénito, sino el segundogénito; y otros que no son perpetuos, sino temporales; porque estos modos de suceder, ó no son mayorazgos, ó cuando mas lo son impropios. Y por otra parte las definiciones en el Derecho todas son peligrosas (1); pues no pudiéndose formar con la exactitud y escrupulosidad que las de filosofía, basta que espliquen la esencia y naturaleza ordinaria de la cosa.

2 Antes no era necesaria la licencia del rey para fundar mayorazgos, como lo prueba Molina en *d. cap.* 1. *n.* 25. Pero por *real cédula de* 14 *de mayo de* 1789, *que es la ley* 12. *tit.* 17. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* se manda, que en adelante no se puedan fundar mayorazgos, aunque sea por via de agregacion ó de mejora de tercio y quinto, ó por los que no tengan herederos forzosos, ni prohibir perpetuamente la enajenacion de bienes raíces ó estables, por medios directos ó indirectos, sin preceder licencia del rey, la cual se ha de conceder á consulta de la Cámara, precediendo conocimiento de si el mayorazgo ó mejora llega ó

(1) L. 202. de div. reg. jur.

escede, como deberá ser, á tres mil ducados de renta; si la familia del fundador por su situacion puede aspirar á esta distincion, para emplearse en las carreras militar ó política con utilidad del Estado; y si el todo ó la mayor parte de los bienes consiste en raíces, lo que se deberá moderar disponiendo que las dotaciones perpetuas se hagan y sitúen principalmente sobre efectos de rédito fijo, como censos, juros, efectos de Villa, acciones de Banco, ú otros semejantes, de modo que quede libre la circulacion de bienes estables, para evitar su pérdida ó deterioracion, y solo se permita lo contrario en alguna parte muy necesaria, ó de mucha utilidad pública. Y se declaran nulas las vinculaciones que en adelante se hicieren en contrario, con derecho á los parientes inmediatos del fundador para reclamarlas y suceder libremente. Posteriormente se espidió *otra cédula de 3 de julio de 1795*, que es la *ley 13. d. tit.*, en que se declaran válidas las vinculaciones hechas con anterioridad á la otra citada del año 1789, aunque los fundadores murieren despues. Y en 24 de agosto del mismo año 1795, *que es la ley 14. d. tit.*, se mandó en *otra cédula*, que las referidas vinculaciones anteriores á la prohibicion del año de 1789, deben estar sujetas al pago de 15 por 100, para aumentar el fondo de amortizacion de vales reales; como tambien las nuevas que se hicieren con real licencia en los términos que las permite la espresada de 14 de mayo de 1789.

3 El citado Molina en dicho *lib. 1. cap. 2.* deriva el orígen de los mayorazgos de la ley divina; porque ya en el *cap. 25. del Génesis* se hace mencion de la venta del derecho de primogenitura que Esaú hizo á su hermano Jacob, y en el 17. se lee, que Isaac concedió su bendicion y derecho de primogenitura á su hijo Jacob: cuyo orígen comprueba la *ley 2. tit. 15. P. 2.*, refiriendo varias cosas en honor de los primogénitos. Pero esto lo entiende rectamente de los mayorazgos ó primogenituras tomados generalmente; porque segun el mismo prueba en *d. lib. 1. cap. 1.* no puede dudarse de que nuestros mayorazgos se diferencian mucho de aquellas primogenituras. Por lo cual contraidos á los mayorazgos de España, diremos con el mismo Molina en *d. lib. 1. cap. 2.* desde el *n. 7.*, que se derivan del mismo reino de España, y esplicaremos el modo

de suceder en él, establecido en la citada *ley 2. tit. 15. P. 2.*

4 Los mayorazgos considerados latamente, en cuanto comprenden tambien á los impropios, se dividen en regulares é irregulares. Regulares son aquellos *En que se sucede segun el órden prescrito para la sucesion de este reino en d. l. 2. tit. 15. P. 2.* Y por lo contrario irregulares aquellos *Cuya sucesion se desvia poco ó mucho del modo de suceder señalado en la misma ley 2.* De estos refiere nueve especies principales Rójas de Almansa *de incompatibil. disp. 1. quæst. 1. n. 3.* á saber: I. De agnacion verdadera. II. De agnacion fingida ó artificiosa. III. De masculinidad nuda. IV. De femineidad. V. De eleccion. VI. Alternativos. VII. Saltuarios. VIII. De segundogenitura. IX. Incompatibles. De todos los cuales vamos á dar alguna nocion.

5 El de agnacion verdadera ó rigurosa es aquel, *Á cuya sucesion son admitidos únicamente los varones descendientes de varon en varon del fundador, sin mediar hembra alguna.* La *ley de las XII. Tablas*, tan famosa en el Derecho romano, hizo tal distincion entre la agnacion y cognacion, que llamaba á la legítima sucesion y tutela á los agnados, y escluia totalmente á los cognados, aun en el caso de no haber agnados, de suerte que ni aun á los hijos admitia á la sucesion de sus madres. Este rigor se fué templando poco á poco por varios senados-consultos; y despues los pretores llamaron tambien á la sucesion á los cognados, aunque en órden posterior, hasta que desagradado Justiniano de esta diferencia, la abolió enteramente, haciendo una masa de agnados y cognados, llamándolos indiferentemente (1). Esta abolicion ha sido adoptada por nuestras leyes, que llaman tambien con indiferencia á agnados, esto es, parientes de parte de padre, que son de la misma familia y apellido; y á los cognados que lo son de parte de madre, y de consiguiente de familia distinta. Pero sin embargo de esta indiferencia en nuestras leyes, nos manifiesta la esperiencia, que animados muchos hombres, y con especialidad los de superior gerarquía, del espíritu de un amor preferente hácia sus agnados, les anteponen en todo

(1) Nov. 118. capp. 4. et 5.

á sus cognados; y aun otros llamando á aquellos, escluyen del todo á estos, respirando el mismo humor que la *ley de las XII. Tablas*, que solo atendia á la conservacion del honor y riquezas de la familia, sin hacer caso de la cognacion. Y como nuestras mismas leyes se han esmerado tanto en sostener la voluntad de los testadores, con notable esceso á las romanas, como lo hace ver á todas luces, entre otras, la 1. *titulo* 18. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.*, que tantas veces hemos alabado, no es de estrañar que se observen entre nosotros tantos mayorazgos de rigurosa agnacion en que estén escluidas del todo las hembras y sus descendientes, aunque lo sean tambien del mismo fundador; y estos son los que llamamos de agnacion rigurosa ó verdadera.

6 De agnacion fingida ó artificial se llama aquel mayorazgo, *A cuya sucesion llama en primer lugar el fundador á un cognado suyo, ó algun estraño, ó tal vez á una hembra, previniendo que despues sucedan al primer llamado sus hijos y descendientes varones de varones.* Se dice así, porque el fundador que no tiene agnacion propia en que perpetuar su mayorazgo, la finge y la llama. Pues por lo regular los que los fundan exigen, que los poseedores lleven siempre su apellido y armas: flaqueza humana, de que adolecen algunos hombres. Rójas de Almansa, en *d. quæst.* 1. § 4. *n.* 103., lo ilustra con los ejemplos de la legitimacion por oblacion á la Curia, y de la adopcion. Y añade, que á las veces fundan tambien estos mayorazgos algunos que teniendo agnados verdaderos, lo disponen así, faltando estos; y lleva en ejemplo de esto *la ley* 5. *tit.* 1. *lib.* 3. *de la Nov. Rec.*, que varió de esta suerte la sucesion de nuestra monarquía. Mayorazgo de pura ó simple masculinidad es aquel, *A cuya sucesion se admiten solamente los varones, sin distincion de si vienen por varon ó por hembra.* Y de femineidad aquel, *En que solamente suceden las hembras, ó por lo ménos son preferidas á los varones.* Tres de sus especies refiere Rójas en *d.* § 4. *n.* 150. Convendria tal vez reformar todos los de esta clase, reduciéndolos á la de regulares, porque léjos de contribuir á mantener el lustre de honor y riquezas en una familia, que debe ser el fin de todos los mayorazgos; hacen necesariamente saltuario este lustre de familia en familia, con las malas consecuencias que es fácil considerar.

7 Mayorazgo de eleccion ó electivo se llama aquel *En que su poseedor tiene facultad concedida por el fundador, de elegir en sucesor al hijo ó pariente suyo que le pareciere, con tal que existiendo parientes del fundador sea uno de ellos.* La facultad, aunque esté indefinidamente concedida, no es tan libre que pueda el poseedor elegir á un estraño, habiendo parientes del fundador, como lo resuelve Rójas de Almansa en *d. cuestion* 1. §. 6. *n.* 159., citando á muchos, y entre ellos á Aguila, que refiere haberse decidido así en un mayorazgo *de los Ibarras.* Mayorazgo alternativo, ó de alternativa naturaleza es aquel, *A cuya sucesion llama el fundador á uno de una línea durante su vida, y despues de su muerte á otro de otra línea, mandando que así siga en adelante la sucesion, alternando las líneas.* Saltuario llaman los autores á aquel mayorazgo, *En el cual no se atiende á la primogenitura, sino solo á la prerogativa de mayor edad entre todos los parientes del fundador, de manera que muriendo el poseedor, sucede el mas viejo de los parientes, aunque no sea hijo ó descendiente del último poseedor, que haya muerto con ellos.* Se dice saltuario, porque en él la sucesion no sigue por líneas como los otros, sino que salta de una en otra, esto es, busca siempre la mayor edad, sin atenderse á líneas, y por ello se suele tambien llamar *de hecho.* La irregularidad de estos dos últimos mayorazgos participa algo del defecto que hemos notado en el de femineidad. Mayorazgo de segundogenitura propia se llama aquel, *A cuya sucesion son siempre llamados los segundogénitos, por órden sucesivo,* cuyo uso es muy raro. Cuando el fundador llama al segundogénito por primera vez, y despues á los descendientes de este por órden de primogenitura, solo puede decirse impropiamente de segundogenitura; porque el órden perpetuo de suceder, en que consiste la esencia del mayorazgo, es de primogenitura. El uso de estos ya no es tan raro, porque ocurren á las veces muchas razones que lo persuaden. Y finalmente, mayorazgo incompatible es aquel, *Que no puede estar juntamente con otro en una misma persona:* de los cuales hay varias especies como luego veremos. La irregularidad de estos consiste solamente en la incompatibilidad; porque nada impide que en lo demas sean regulares.

8 Las especies de mayorazgos irregulares que hemos referido hasta aquí, son las principales, conocidas por los tutores por sus propios nombres que hemos notado. Hay otras muchas mas que no lo tienen, y tantas cuantas se antojen á los fundadores, que pueden poner los llamamientos y condiciones que les pareciere, con tal que sean posibles y honestas. A qué especie pertenezca el mayorazgo, es tratado largo, que contiene muchos y difíciles casos; y por ello escede los límites de un institutista. Los mas frecuentes se pueden ver en Rójas de Almansa, que los examina latamente en toda *d. cuestion* 1. *disp.* 1., en Molina, Torre y otros, que han escrito largamente de mayorazgos. Solo pues espondremos las reglas principales de los mayorazgos regulares, tocando muy poco de los irregulares.

9 Sea pues la primera regla: El reino de España es un verdadero mayorazgo, cabeza de todos los demas mayorazgos, que como á miembros se derivan y toman de él la razon ó modo de suceder, de manera que en caso de duda, el mayorazgo se reputa regular, *l.* 8. *tít.* 17. *l.* 10. *de la Nov. Rec.* Y si se disputa sobre el órden de suceder, se debe decidir la causa segun las leyes de suceder establecidas para la sucesion del reino, como enseñan Molina *lib.* 1. *de primog. cap.* 2. *n.* 16. *y siguientes*, y otros. Pero debemos advertir, no entenderse por estas leyes *la* 5. *tít.* 1. *lib.* 3. *de la Nov. Rec.*, que hemos citado en el *n.* 6.; porque esta solo dice respecto á la sucesion de la monarquía, sin que sirva de ejemplo á los mayorazgos regulares, que siempre se gobiernan por lo establecido en la referida *ley* 2. *tít.* 15. *P.* 2.

10 II regla: Los mayorazgos por su propia naturaleza son indivisibles: no solo porque tambien lo es el reino, cabeza de todos los mayorazgos, *d. l.* 2., sino tambien porque el fin principal de los mayorazgos es para conservar la memoria y lustre de la familia, el cual, como tambien lo pingüe de los patrimonios, se destruyen por la division. Cuya regla debe tambien entenderse en cuanto al ejercicio, administracion ó comodidad del mayorazgo; porque como en él se sucede por derecho de primogenitura, repugna cualquiera division, como lo enseña Molina en *d. lib.* 1. *cap.* 11. Solo un caso rarísimo esceptúa el mismo en el *lib.* 3. *cap.* 1. *n.* 19., de que naciesen dos varones, ó no

estando varones, dos hembras en un parto, y en tales circunstancias, que no se pudiere saber quién nació primero: en el cual el mayorazgo y demas derechos de primogenitura se habrian de dividir entre los dos, *l.* 12. *tít.* 33. *P.* 7.

11 III regla: La sucesion en el mayorazgo es perpetua en todos aquellos que vienen de la familia del fundador. Por ello si este solamente hubiese llamado á su hijo primogénito y á sus descendientes, sin hacer mencion de sus otros hijos, no deberá creerse ser su voluntad, que faltando la descendencia del primogénito, quedasen sus bienes libres, si dejara otros descendientes suyos; sí que por lo contrario se entenderá que tambien llamó á estos. De suerte, que de sola la palabra *mayorazgo* se infieren todas las sucesiones que son necesarias para su perpetuidad en la familia del fundador. Las razones son las mismas que las de la regla antecedente, Molina *d. lib.* 1. *cap.* 4. Gómez en la *ley* 40. *de Toro. n.* 64. y otros. De ahí viene, que los bienes mayorazgados son por naturaleza inajenables. Solo el rey puede conceder facultad para enajenarles; y lo suele hacer cuando lo exige la pública causa, ó la necesidad ó utilidad del mismo mayorazgo. Causa pública es aquella, que directamente mira á la utilidad pública; y necesidad ó utilidad del mayorazgo la hay, cuando las cosas en que consiste el mayorazgo han de perecer ó arruinarse si no se reparan; ó se ofrece ocasion de permutarlas con evidente utilidad del mismo mayorazgo. Y esta facultad no se concede sino con conocimiento de causa, y citado primero el inmediato sucesor, Molina *lib.* 4. *cap.* 3. y en el *cap.* 7. *n.* 4. *y siguiente* añade, que esta facultad no se pone en ejecucion, sino faltando bienes libres, aun cuando no se esprese esta circunstancia en la concesion. Y de esta regla nace, que los bienes de mayorazgo no pueden usucapirse ó prescribirse por la prescripcion de 10 ó 20 años; y lo mismo nos parece debe decirse de la prescripcion de 30 ó 40 años, por las buenas razones con que funda esta opinion Antonio Gómez en *d. l.* 40. *de Toro. n.* 90. Pero añade allí mismo, tener lugar la prescripcion inmemorial; y en esto todos convienen, por el motivo que el haber pasado tanto tiempo, hace presumir que concurrió la licencia del rey, y todo lo necesario para la enajenacion, Molina *lib.* 4. *cap.* 10. Greg. Lóp. en la *glosa* 3. *al fin de la ley* 10. *tít.* 26. *P.*

4., en donde da tambien la razon que suele darse, que esta prescripcion tiene fuerza de privilegio (1).

12 IV regla: En los mayorazgos deben tenerse presentes cuatro cosas, que recomienda mucho Molina en el *lib.* 3. *cap.* 4. *nn.* 13. *y* 14., diciendo deben conservarse en la memoria. La primera, la línea para que los de la línea del último poseedor sean primero que los de las otras líneas. La segunda, el grado, esto es, que el mas próximo pariente de dicho poseedor escluye al mas remoto. La tercera, el sexo, porque siempre el varon escluye á la hembra siendo de la misma línea y grado. Pero si la hembra fuese de mejor línea y grado, no se entenderá escluida por los varones mas remotos, ántes se preferirá á ellos, y se juzgará llamada, especialmente despues de la *ley* 8. *tit.* 17. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.*, que en los mayorazgos que despues de ella se fundaren, esto es, despues del dia 5 de abril de 1615, que es el de su fecha, no quiere sean escluidas las hembras, si no fuere en caso que el fundador las escluyere, y mandare que no sucedan, espresándolo clara y literalmente, sin que para ello basten presunciones, argumentos ó conjeturas, por precisas, claras y evidentes que sean. Y la cuarta, la mayor edad en los que son iguales en línea, grado y sexo. Y adviértase por lo tocante á la proximidad, que en la sucesion de los mayorazgos siempre tiene lugar la representacion, no solo en la línea, sino tambien en la trasversal; y de ahí es, que los hijos ocupan siempre el grado y lugar de sus padres, aunque estos hubiesen muerto ántes de fundarse el mayorazgo, si no es que el fundador previniera lo contrario con palabras claras y literalmente, sin bastar argumentos ni conjeturas por mas claras y evidentes que fueren: lo que manda observarse así la *ley últ. d. tit.* 7 en los mayorazgos que en adelante se fundaren. Dicha ley tiene la misma antigüedad del dia 5 de abril de 1615.

13 V regla: Acabada la línea del primogénito, se pasa á la del segundogénito, y así en adelante á la del tercero ó cuarto, Molina, *lib.* 3. *cap.* 6. *nn.* 30. *y* 31.; y los que están en la línea recta del fundador, se prefieren á los demas. Pero debe advertirse, que para tener lugar esta prelacion, es menester que los de dicha línea sean legítimos, aun en el caso que el fundador hubiese llamado simplemente á sus descendientes, sin añadir *legítimos;* porque cuando se trata de honor de la familia, como en los mayorazgos, bajo la apelacion de hijos, no se entienden los ilegítimos, Greg. Lóp. en la *glosa* 10. *quæst* 8. *v. Et. quod de d. l.* 2. *tit.* 15. *P.* 2. Mol. *d. lib.* 3. *cap.* 3. *n.* 45. Y adviértase, que por hijos legítimos se entienden no solo los nacidos de legítimo matrimonio, sino tambien los que nacieron de putativo, contraido segun los ritos de la santa Iglesia, ignorando los contrayentes, ó alguno de ellos, el impedimento que tenia para contraerle, *l.* 1. *tit.* 13. *P.* 4.; lo que dice Molina, *d. lib.* 3. *cap.* 1. *n.* 15. deberse ampliar al caso en que hubiese dicho el fundador, que solo debian suceder los nacidos de legítimo matrimonio.

14 VI regla: El hijo legitimado por subsiguiente matrimonio, se entiende llamado á la sucesion desde el tiempo de su legitimacion, esto es, en que sus padres contrajeron el matrimonio. Y de consiguiente, si su padre ántes de este matrimonio, nacido ya el ilegítimo, hubiese contraido otro, y tenido de él un hijo legítimo, este se considerará el primogénito, y será preferido al legitimado. Y es la razon, porque habiéndose ya radicado en el legítimo por su nacimiento el derecho de primogenitura, seria cosa inicua privarle de este derecho adquirido tan justamente con esperanza tan considerable. Ni debe retrotraerse la legitimacion en perjuicio del hijo legítimo, Molina *d. lib.* 3. *cap.* 1. *n.* 7. Antonio Gómez latamente en la *ley* 9. *de Toro n.* 63. *y siguientes*, citando á otros. Si el hijo fuere legitimado por rescripcion del príncipe, le escluirán de la sucesion todos los parientes de la familia del fundador, ó que desciendan de él, como puede verse en Hermenegildo de Rójas *de incompatibilit. part.* 1. *cap.* 6. § 6. Molin. *lib.* 1. *cap.* 4. *n.* 14. *y lib.* 3. *cap.* 3., que examinan con estension este asunto. Y el hijo arrogado ó adoptivo está enteramente escluido, el mismo Rójas *d. part.* 1. § 10.

15. Ademas de las líneas recta y trasversal de parentesco, que á todos son notorias, han inventado otras los intérpretes, dándoles nombres, como son la actual ó efectiva, habitual, paterna, materna, contentiva, de sustancia, cualidad, simple masculinidad, femineidad y eleccion. Las

(1) *l.* 5. § 4 de aq. quot. et æst.

esplica dicho Rójas en el citado *cap.* 6. latísimamente. Todas pertenecen á la recta, ó á la trasversal; y las omitimos aquí porque contienen mas confusion que provecho; y con dificultad se decidirá por ellas algun caso, que no pueda resolverse por las claras reglas que ponemos.

16 VII regla: La proximidad de parentesco, por cuya razon se sucede en los mayorazgos, se ha de considerar respecto del último poseedor, y no del fundador, *d. l.* 2. *tit.* 15. *P.* 2., y en ella Greg. Lóp. *glosa* 18. *al fin*, y mas claramente en la *ley* 9. *tit.* 1. *P.* 2. allí: *O alguno de los otros que son mas propincuos parientes de los reyes al tiempo de su finamiento.* Y tiene lugar esta regla tambien en los laterales; pero solo en el caso, que el mas próximo del poseedor fuese de los parientes del fundador; porque á estos solo pertenece la sucesion de los mayorazgos, Mol. *d. lib.* 3. *cap.* 9. *n.* 2.

17 VIII regla: En los mayorazgos no se sucede al último poseedor por derecho hereditario, sino de sangre, *d. l.* 2. allí: *Do quier que el señorío hubieron por linaje, é mayormente en España, l.* 9. *tit.* 7. *P.* 2. allí: *Por razon de linaje.* Y de ahí es, que el mayorazgo pertenece al primogénito del poseedor, aunque este le hubiese desheredado. Pero respecto del fundador, todos suceden por derecho hereditario; porque le consigue por su voluntad, Molin. *d. lib.* 1. *cap.* 8. *n.* 10. De esto se infiere, que el poseedor deberá pagar todas las deudas á que está tenido el fundador, si no es que las hubiese contraido despues de fundado irrevocablemente el mayorazgo; y por lo contrario no estará obligado á satisfacer las que contrajo su antecesor, como no estén contraidas por necesidad precisa para conservar los bienes del mayorazgo, Mol. *d. l.* 1. *cap.* 10., que todo lo emplea en tratar de este asunto, resolviendo muchos casos que se propone, y Antonio Gómez en la *ley* 40. *de Toro*, *n.* 72. en donde habla tambien latamente. Allí lo podrá ver quien lo necesite, porque nuestro instituto no nos permite tanta discusion de casos.

18 IX regla: Muerto el poseedor del mayorazgo, pasa por virtud del mismo derecho ó ministerio de la ley la posesion civil y natural de todos los bienes pertenecientes á él al sucesor, sin ningun acto de aprension, aunque algun otro haya tomado la posesion de ellos, en vida del tenedor

del mayorazgo, ó el muerto, ó el mismo tenedor le haya dado la posesion de ellos, *l.* 1. *tit.* 24. *lib.* 11. *de la Nov. Rec.* (15. *de Toro*). Y por cuanto esta posesion se adquiere por el solo ministerio de la ley, sin ser necesaria cosa alguna del sucesor, la llaman los autores *civilísima*, y dicen unánimes tener lugar aunque el sucesor lo ignore, ó sea infante, furioso, mentecato ó póstumo, Mol. *d. lib.* 3. *cap.* 12. *n.* 24. Góm. en *d. l.* 15. *de Toro*, *n.* 112. Miéres, *de majorat. part.* 3. *quæst.* 2. Y tambien en los mayorazgos fundados sin licencia del rey, como lo prueban Mol. *lib.* 1. *cap.* 1. *desde el n.* 25. y Covar. *lib.* 3. *var. cap.* 5. *n.* 5., contra Anton. Góm. en *d. ley.* 45. n. 116. Y tiene estension á la cuasi posesion de las cosas incorporales ó derechos, Mol. *d. cap.* 12. *n.* 23.; y así lo prueban las mismas palabras de la ley, allí: *O de otra cualquier calidad que sean.*

19 X regla: Todas las fortalezas, cercas y edificios que se hicieren en las casas de mayorazgos, labrando, reparando, reedificando en ellas, son del mismo mayorazgo, cuyo sucesor sucede tambien en ellas, sin que sea obligado á dar parte alguna de la estimacion de dichos edificios á las mujeres de los que los hicieron por razon de gananciales, ni á sus hijos, ni á sus herederos, *l.* 6. *tit.* 17. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* (16. *de Toro*). Solo habla esta ley de las mejoras y gastos hechos en los edificios, en los términos que acabamos de referir. Pero sin embargo es mas probable la opinion de los que juzgan debe entenderse generalmente en todos los bienes del mayorazgo, y que habla de los edificios por ejemplo, como que es lo mas regular; por no poderse señalar razon de diferencia entre bienes y bienes, Mol. *d. lib.* 1. *cap.* 26. *n.* 15. *y siguientes.* Azev. en *d. l.* 6. *n.* 2. Algunos han querido notar sin razon de injusta esta ley, que segun prueban bien dichos autores, Antonio Góm. en *d. ley* 46, *n.* 1., y otros, tiene justicia.

20 XI regla: El mayorazgo, segun la *ley* 1. *tit.* 17. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* (11. *de Toro*), se puede probar por tres modos: I. Por la escritura de la institucion de él con la escritura de la licencia del rey que la dió. II. Por testigos que depongan del tenor de dichas escrituras. III. Por costumbre inmemorial probada con las calidades que incluyan haber tenido y poseido los pasados aquellos bienes por mayorazgo, esto es, segun las reglas de mayorazgo; y

que los testigos sean de buena fama, y digan, que así lo vieron ellos pasar por tiempo de 40 años, y así lo oyeron decir á sus mayores y ancianos, y que ellos siempre así lo vieron y oyeron, y nunca vieron ni oyeron decir lo contrario, y que así es la pública voz y fama y comun opinion de los vecinos y moradores de aquella tierra. Este es el tenor de *d. l.* 1., sobre el cual advertimos con Molina y otros, que el I. de dichos tres modos habla solamente de los mayorazgos fundados con licencia del rey, en los cuales es absolutamente necesaria la escritura en prueba de dicha licencia; pero en los fundados sin esta licencia, como ántes se podia hacer y hacia, no es precisa, Mol. *lib.* 2. *cap.* 8.; bien que añade en el *n.* 9. ser muy raro que se funden sin escritura, y que no le consta haber sucedido: que el modo II. se entiende cuando habiéndose perdido la escritura, deponen de su tenor los testigos, que la vieron, y que constaba de todas las partes y circunstancias necesarias, y que no estaba cancelada ni viciada en parte alguna, Azev. en *d. l.* 1. *n.* 6. *y siguientes:* que la escritura con que quiera probarse el mayorazgo, no es menester que sea pública, porque la ley solo requiere que haga fe, allí: *Siendo tales las dichas escrituras, que hagan fe;* y es bien sabido que algunas escrituras privadas la hacen, Mol. *d. cap.* 8. *n.* 10.: que dichos tres modos están puestos por via de ejemplo, y no taxativamente, pues podrá probarse por otros, de los cuales refiere varios Molina, *d. cap.* 8. *n.* 5.: que el modo de probar la prescripcion inmemorial que refiere esta ley, dice Azevedo en su comentario *n.* 27. citando á Búrgos de Paz y Covarrúbias, ser peculiar en este asunto; porque en los otros no es menester, que digan los testigos, que así lo oyeron á sus mayores y ancianos; y con efecto dice Covar. en el *cap. Possessor. part.* 2. §. 3. *n.* 7., que así está admitido en la práctica. Y convendria tal vez mucho se mandara omitir esta circunstancia; porque incluyéndola los litigantes en sus preguntas, la contestan los testigos ignorándola ó no advirtiéndola, como varias veces nos lo ha hecho ver la esperiencia.

21 XII y última regla: En los mayorazgos todas las reglas ceden á la voluntad del fundador, *l.* 5. 17. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* Es pues permitido á los fundadores poner las condiciones que les parecieren, posibles y honestas, obligando de tal modo á su cumplimiento, que no cumpliéndolas pierda el mayorazgo aquel á quien tocaba por derecho de sangre: lo que dicen ser indubitable Molina, *d. lib.* 2. *cap.* 12. *n.* 34., en donde examina tambien cuándo son condiciones las leyes ó adyecciones que pone, y cuándo son modos. Y de ahí viene ser inumerables las especies de mayorazgos irregulares, que suelen llamarse de cláusula. Las 12 reglas que aquí van puestas, y hemos formado con el posible cuidado, entresacándolas de las mismas leyes y nuestros autores mas célebres, están acomodadas á los mayorazgos regulares, y son como sus primeros elementos, y sirven tambien para los irregulares, á escepcion de la circunstancia por la cual lo son; porque en las demas siguen la naturaleza de los regulares, pues, por ejemplo, en la femineidad, cesa sola la regla de preferir el varon á la hembra, y las demas se observan.

22 En conclusion del asunto de mayorazgos, pasemos á examinar algunas cosas dignas de saberse, que ocurren en los incompatibles. Mayorazgo incompatible dijimos arriba *n.* 7. ser aquel que no puede estar juntamente con otro en una misma persona. Son varias sus especies. En primer lugar es la incompatibilidad, ó por la ley ó por el hombre: en segundo es espresa ó tácita: en tercero es personal, ó real ó lineal: en cuarto es absoluta ó respectiva: y en quinto y último es, ó para adquirir ó para retener. Incompatibilidad por la ley es la que establece la *ley* 7. *tít.* 17. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* mandando, que si por causa de matrimonio se unen dos mayorazgos, de los cuales el uno tenga al año la renta de dos cuentos, esto es, 58823 reales, ó 5347 ducados, 6 reales y 18 maravedises, como lo esplica Herm. de Rójas *de incomp. part.* 8. *cap.* 1., se deben dividir entre los hijos, dando al primogénito la eleccion para que elija el que quisiere, y pasando el otro al segundogénito, y faltando él á la hija. Y si de dicho matrimonio hubiese un solo hijo, tendrá los dos, difiriéndose la division para sus hijos. Si tiene ó no lugar esta incompatibilidad en el caso de juntarse dos mayorazgos no por matrimonio sino por derecho de sucesion, es cuestion harto difícil, que tiene por una y otra parte muchos patronos, examinada latamente por Herm. de Rójas en *d. part.* 8. *cap.* 1. *n.* 26. *y sig.*, y por el otro Rójas, *disp.* 3. *quæst.* 2. *desde el n.* 5., en donde

juzga mas verdadera la opinion negativa; y desde *el n.* 10. esplica, que sí que alcanza á aquellos mayorazgos, que despues de contraido el matrimonio se difieren al marido ó á la mujer. Pero añade el mismo Rójas de Almansa en *d. disp.* 3. *quæst.* 9. *n.* 14. no estar en uso esta incompatibilidad. Incompatibilidad por el hombre es *La que viene por voluntad del fundador.*

23 Incompatibilidad espresa es. *La que con palabras de la ley ó del fundador se espresa*, cual es la legal que hemos esplicado. Tácita *La que no espresándose con palabras, se infiere de las condiciones ó gravámenes puestos en la fundacion.* Sucede esto cuando el fundador pone la condicion, que el poseedor haya de llevar sus armas solas, sin mezcla de otras: en cuyo caso será incompatible con otro que deba llevar las de su fundador; porque es imposible llevar las solas armas de uno, y al mismo tiempo las de otro, Herm. de Rój. *part.* 1. *cap.* 1. *n.* 32.

24 Personal incompatibilidad es *La que impide á una sola persona que tiene un mayorazgo, que pueda tener otro, pasando su derecho en cuanto al que no quiere, á su primogénito ó inmediato sucesor.* Real ó lineal es *La que impide, que el poseedor de un mayorazgo, y toda su línea, pueda obtener otro, que deberá por lo mismo pasar á su hermano segundogénito ó á su línea.* Averiguar si la incompatibilidad es personal ó real, es cuestion de las mas difíciles en este asunto en varios casos que se ofrecen, que deben resolverse interpretando bien la mente del fundador. La trata latísimamente Rójas de Almansa *disp.* 1. *quæst.* 4. *y* 5., é inclina á que cuando no se pueda salir de la duda, se ha de reputar ántes real que personal; y en el *n.* 32. *y sigg. de d. cuest.* 4. señala la diferencia, porque las incompatibilidades de oficios de la república, beneficios y dignidades, son personales y no reales. Absoluta incompatibilidad es *La que impide, que el poseedor de un mayorazgo tenga otro, sea el que fuere.* Respectiva *La que solamente impide al que posee un mayorazgo, que obtenga otros ciertos y determinados, de esta ó las otras calidades, salva la facultad de obtener los demas.*

25 Incompatibilidad para adquirir es *La que impide al poseedor de un mayorazgo que pueda adquirir otro de cualquier manera que sea.* De ahí es, que si vacare otro, que por derecho de sucesion tocaba al tal poseedor, saltándole á él, se diferiria al otro mas próximo que le seguia. Incompatibilidad para retener es *La que solo impide al que posee un mayorazgo, que pueda retener juntamente con él otro que le viene despues.* En este caso se le difiere con efecto el segundo, y pasan á él el dominio y posesion de sus bienes por ministerio de la *ley* 1. *tít.* 24. *lib.* 11. *de la Nov. Rec.*, en los términos que hemos esplicado al *n.* 18., y solo está obligado á dejar uno de los dos dentro de dos meses, de cuya clase es la legal de la *referida l.* 7. Rójas de Almansa *d. disp.* 1. *quæst.* 3. *n.* 54. y *disp.* 2. *quæst.* 10. *n.* 29. Los modos de fundar los mayorazgos, son los mismos que hemos notado *n.* 3. *tít. antec.* ser los de hacer las mejoras de tercio y quinto, *l.* 4. *d. tít.* 17. *lib.* 10.

[A las dificultades que siempre ha ofrecido en el foro español la materia de mayorazgos, añádese hoy dia las que resultan de las continuas variaciones que en el presente siglo ha sufrido su legislacion, á medida que cambiaban las ideas y sistemas políticos dominantes. Como al resolver los casos que en la práctica se ofrezcan, se habrá de atender á la legislacion vigente en la época en que ocurrieron, es necesario estudiar estas leyes por su órden cronológico, que es el siguiente.

Decreto de las Cortes de 27 de setiembre de 1820, publicado como ley en 11 de octubre siguiente.

ARTICULO. 1.° Quedan suprimidos todos los mayorazgos, fideicomisos, patronatos y cualquiera otra especie de vinculaciones de bienes raíces, muebles, semovientes, censos, juros, foros ó de cualquiera otra naturaleza, los cuales se restituyen desde ahora á la clase de absolutamente libres.

ART. 2.° Los poseedores actuales de las vinculaciones suprimidas en el artículo anterior podrán desde luego disponer como propios de la mitad de los bienes en que aquellas consistieren; y despues de su muerte pasará la otra mitad al que debia suceder inmediatamente en el mayorazgo, si subsistiese, para que pueda tambien disponer de ella libremente como dueño. Esta mitad que se reserva al sucesor inmediato no será nunca responsable á las deudas contrai-

das ó que se contraigan por el poseedor actual. ART. 3.° Para que pueda tener efecto lo dispuesto en el artículo precedente, siempre que el poseedor actual quiera enajenar el todo ó parte de su mitad de bienes vinculados hasta ahora, se hará formal tasacion y division de todos ellos con rigurosa igualdad, y con intervencion del sucesor inmediato; y si este fuere desconocido, ó se hallare bajo la patria potestad del poseedor actual, intervendrá en su nombre el procurador síndico del pueblo donde resida el poseedor, sin exigir por esto derechos ni emolumento alguno. Si faltasen los requisitos espresados será nulo el contrato de enajenacion que se celebre. ART. 4.° En los fideicomisos familiares, cuyas rentas se distribuyen entre los parientes del fundador, aunque sean de líneas diferentes, se hará desde luego la tasacion y repartimiento de los bienes del fideicomiso entre los actuales perceptores de las rentas á proporcion de lo que perciban, y con intervencion de todos ellos; y cada uno en la parte de bienes que le toque podrá disponer libremente de la mitad, reservando la otra al sucesor inmediato, para que haga lo mismo, con entero arreglo á lo prescrito en el artículo 3.° ART. 5.° En los mayorazgos, fideicomisos ó patronatos electivos, cuando la eleccion es absolutamente libre, podrán los poseedores actuales disponer desde luego como dueños del todo de los bienes; pero si la eleccion debiese recaer precisamente entre personas de una familia ó comunidad, dispondrán los poseedores de sola la mitad, y reservarán la otra para que haga lo propio el sucesor que sea elegido, haciéndose con intervencion del procurador síndico la tasacion y division prescrita en el artículo 3.° ART. 6.° Así en el caso de los dos precedentes artículos como en el del 2.°, se declara, que en las provincias ó pueblos en que por fueros particulares se halla establecida la comunicacion en plena propiedad de los bienes libres entre los cónyuges, quedan sujetos á ella de la propia forma los bienes hasta ahora vinculados, de que como libres puedan disponer los poseedores actuales, y que existan bajo su dominio cuando fallezcan. ART. 7.° Las cargas así temporales como perpetuas, á que estén obligados en general todos los bienes de la vinculacion, sin hipoteca especial, se asignarán con igualdad proporcionada sobre las fincas que se repartan y dividan, conforme á lo que queda

prevenido, si los interesados, de comun acuerdo, no prefiriesen otro medio. ART. 8.° Lo dispuesto en los artículos 2.°, 3.°, 4.° y 5.° no se entiende con respecto á los bienes hasta ahora vinculados, acerca de los cuales pendan en la actualidad juicios de incorporacion ó reversion á la nacion, tenuta, administracion, posesion, propiedad, incompatibilidad, incapacidad de poseer, nulidad de la fundacion ó cualquiera otro que ponga en duda el derecho de los poseedores actuales. Estos, en tales casos, ni los que les sucedan no podrán disponer de los bienes hasta que en última instancia se determinen á su favor en propiedad los juicios pendientes, los cuales deben arreglarse á las leyes dadas hasta este dia, ó que se dieren en adelante. Pero se declara para evitar dilaciones maliciosas, que si el que perdiese el pleito de posesion ó tenuta no entablase el de propiedad dentro de cuatro meses precisos, contados desde el dia en que se le notificó la sentencia, no tendrá despues derecho para reclamar, y aquel en cuyo favor se hubiese declarado la tenuta ó posesion será considerado como poseedor en propiedad, y podrá usar de las facultades concedidas por el artículo 2.° ART. 9.° Tambien se declara que las disposiciones precedentes no perjudican á las demandas de incorporacion y reversion que en lo sucesivo deban instaurarse, aunque los bienes vinculados hasta ahora hayan pasado como libres á otros dueños. ART. 10. Entiéndase del mismo modo que lo que queda dispuesto es sin perjuicio de los alimentos ó pensiones que los poseedores actuales deban pagar á sus madres viudas, hermanos, sucesor inmediato ú otras personas, con arreglo á las fundaciones, ó á convenios particulares, ó á determinaciones en justicia. Los bienes hasta ahora vinculados, aunque pasen como libres á otros dueños, quedan sujetos al pago de estos alimentos y pensiones miéntras vivan los que en el dia los perciben, ó miéntras conserven el derecho de percibirlos, escepto si los alimentistas son sucesores inmediatos, en cuyo caso dejarán de disfrutarlos luego que mueran los poseedores actuales. Despues cesarán las obligaciones que existan ahora de pagar tales pensiones y alimentos; pero se declara que si los poseedores actuales no invierten en los espresados alimentos y pensiones la sesta parte líquida de las rentas del mayorazgo, están obligados á contribuir con lo que quepa en ella

para dotar á sus hermanas y ausiliar á sus hermanos, con proporcion á su número y necesidades; é igual obligacion tendrán los sucesores inmediatos por lo respectivo á la mitad de bienes que se les reservan. ART. 11. La parte de renta de las vinculaciones que los poseedores actuales tengan consignada legítimamente á sus mujeres para cuando queden viudas, se pagará á estas miéntras deban percibirla, segun la estipulacion, satisfaciéndose la mitad á costa de los bienes libres que deje su marido, y la otra mitad por la que se reserva al sucesor inmediato. ART. 12. Tambien se debe entender que las disposiciones precedentes no obstan para que en las provincias ó pueblos en que por fuero particular se suceden los cónyuges uno á otro en el usufructo de las vinculaciones por via de viudedad, lo ejecuten así los que en el dia se hallan casados, por lo relativo á los bienes de la vinculacion que no hayan sido enajenados cuando muera el cónyuge poseedor; pasando despues al sucesor inmediato la mitad íntegra que le corresponde, segun queda prevenido. ART. 13. Los títulos, prerogativas de honor, y cualesquiera otras preeminencias de esta clase que los poseedores actuales de vinculaciones disfrutan como anejas á ellas, subsistirán en el mismo pié, y seguirán el órden de sucesion prescrito en las concesiones, escrituras de fundacion, ú otros documentos de su procedencia. Lo propio se entenderá por ahora con respecto á los derechos de presentar para piezas eclesiásticas ó para otros destinos, hasta que se determine otra cosa. Pero si los poseedores actuales disfrutasen dos ó mas grandezas de España, ó títulos de Castilla, y tuviesen mas de un hijo, podrán distribuir entre estos las espresadas dignidades, reservando la principal para el sucesor inmediato. ART. 14. Nadie podrá en lo sucesivo, aunque sea por via de mejora, ni por otro título ni pretesto, fundar mayorazgo, fideicomiso, patronato, capellanía, obra pia, ni vinculacion alguna sobre ninguna clase de bienes ó derechos, ni prohibir directa ni indirectamente su enajenacion. Tampoco podrá nadie vincular acciones sobre bancos ú otros fondos estranjeros. ART. 15. Las iglesias, monasterios, conventos, y cualesquiera comunidades eclesiásticas, así seculares como regulares, los hospitales, hospicios, casas de misericordia y de enseñanza, las cofradías, hermandades, encomiendas y cualesquiera otros establecimientos permanentes, sean eclesiásticos ó laicales, conocidos con el nombre de *manos muertas*, no puedan desde ahora en adelante adquirir bienes algunos raíces ó inmuebles en provincia alguna de la monarquía, ni por testamento, ni por donacion, compra, permuta, decomiso en los censos enfitéuticos, adjudicacion en prenda pretoria ó en pago de réditos vencidos, ni por otro título alguno sea lucrativo ú oneroso. ART. 16. Tampoco puedan en adelante las *manos muertas* imponer ni adquirir por título alguno capitales de censo de cualquiera clase impuestos sobre bienes raíces, ni impongan ni adquieran tributos, ni otra especie de gravámen sobre los mismos bienes, ya consista en la prestacion de alguna cantidad de dinero, ó de cierta parte de frutos, ó de algun servicio á favor de la *mano muerta*, y ya en otras responsiones anuales.

El decreto de 15 de mayo de 1821 dice: El capitan de navío retirado D. Andres Fernández de Viedma, vecino de Jaen, ocurrió á las Cortes pidiendo permiso para disponer del total de las vinculaciones que posee, mediante á no tener sucesor conocido dentro del cuarto ni quinto grado; y en atencion á que si llegase á verificarse su fallecimiento ántes de averiguarse quién hubiese de serlo en cada una de dichas vinculaciones, resultarian tantos pleitos cuanto es el número de estas: y en vista de dicha esposicion, se han servido conceder al citado D. Andres Fernández de Viedma el permiso que solicita, con la calidad de suplir la dificultad que presenta la prueba negativa de no tener sucesores legítimos, por medio de una informacion de testigos que aseguren quedar por muerte de dicho Viedma reducidos sus bienes á la clase de mostrencos; fijándose edictos por el término de dos años, de ocho en ocho meses, tanto en el pueblo de dicho poseedor, como en los lugares donde se hallen sitos los bienes amayorazgados, y en la capital del reino, con el fin de que se publiquen en la gaceta ministerial y otros papeles públicos que el juez de primera instancia, ante quien deba seguirse esta causa, gradúe por convenientes, y citándose y emplazándose á los que se juzguen con derecho á suceder para que comparezcan por sí ó por sus apoderados dentro del citado término, con apercibimiento de que pasado este, se procederá á la declaracion de ser libres los referidos bienes, y que el actual

poseedor podrá disponer de ellos como mejor fuere su voluntad, segun se ha practicado y practica en las causas de mostrencos, vacantes y abintestatos. Cuya resolucion quieren las Cortes sea general para todos los poseedores de vinculaciones que se hallen en iguales circunstancias.

El decreto de 19 *de mayo de* 1821 dice: Habiendo acudido á las Cortes el duque de San Lorenzo en solicitud de que en atencion á lo prolija y costosa que le seria la tasacion y division de todos sus bienes vinculados, para separar la mitad vendible con intervencion del inmediato sucesor, conforme al artículo 3º de la *ley de* 11 *de octubre del año próximo pasado*, se le autorice por medio de una declaracion general, ó de una dispensa particular, para vender algunas fincas, conocidamente inferiores en su valor al de la mitad disponible; las Cortes se han servido declarar, que el duque de San Lorenzo, conforme el espíritu de la *ley de* 11 *de octubre* citada, está habilitado para enajenar una parte de sus mayorazgos que sea notoriamente inferior á la mitad del valor de ellos; haciéndose designacion de las fincas y la tasacion de las que se proponga vender, con intervencion del sucesor inmediato, para que á su tiempo pueda lo vendido imputarse en la mitad que queda disponible al poseedor.

Para facilitar la ejecucion y cumplimiento de la *ley de* 27 *de setiembre* (publicada en 11 de octubre) *de* 1820, se dió el siguiente *decreto en* 19 *de junio de* 1821: ART. 1.º El poseedor actual de bienes que estuvieron vinculados, podrá enajenar los que equivalgan á la mitad ó ménos de su valor sin previa tasacion de todos ellos, obteniendo el consentimiento del siguiente llamado en órden. Prestado el consentimiento por el inmediato, no tendrá accion alguna cualquiera otro que pueda sucederle legalmente, para reclamar lo hecho y ejecutado por virtud del convenio de su predecesor. ART. 2.º Si el inmediato fuere desconocido, ó se hallare bajo la patria potestad del poseedor actual, deberá prestar el consentimiento el síndico procurador del lugar donde resida el poseedor, con arreglo al *art.* 3.º *del decreto de* 27 *de setiembre*, cuyo consentimiento prestarán igualmente por sus pupilos y menores los tutores y curadores, quienes para el valor de este acto y salvar su responsabilidad, cumplirán con las formalidades prescritas

por las leyes generales del reino, cuando se trata de un negocio de huérfanos y menores. ART. 3.º En el caso de que se opongan al consentimiento para la venta el siguiente llamado en órden, y los tutores ó síndicos, tratándose de la enajenacion íntegra de la mitad de los bienes, se cumplirá con la tasacion general que prescribe la *ley de* 27 *de setiembre*, pero si solo se pretendiere vender una ó mas fincas, cuyo valor no alcance á la mitad, y hubiere igualmente oposicion, podrá el poseedor ocurrir á la autoridad local, y comprobado que en el valor de otra ú otras queda mas de la mitad que le es permitido enajenar, se autorice la venta por el juez, y se proceda desde luego á ella.

La real cédula espedida en 11 *de marzo de* 1824 á consulta del Consejo de 19 de diciembre anterior, declarando la nulidad de las desmembraciones de vínculos hechas en virtud de las leyes anteriores y el modo de reintegrar á los compradores de dichos bienes vinculados, estableció lo siguiente: ART. 1.º A consecuencia de la declaracion de nulidad de todos los actos del gobierno llamado constitucional, se reponen los mayorazgos y demas vinculaciones al ser y estado que tenian en 7 de marzo de 1820; y los bienes que se les desmembraron en virtud de las órdenes y decretos de aquel gobierno, se restituyan inmediatamente al poseedor actual de dichos mayorazgos ó vinculaciones. ART. 2.º La restitucion se hará sin incluir los frutos percibidos hasta el dia en que se publique esta real cédula, pero comprenderá el resarcimiento de los daños y perjuicios causados en los bienes por culpa de los tenedores. ART. 3.º Los que lo son por compra ó cualquiera otro título oneroso serán reintegrados del precio á costa del poseedor del vínculo que enajenó los bienes, y en defecto á la del inmediato sucesor, si intervino en la enajenacion, ó prestó su consentimiento para que aquel enajenase los equivalentes á la mitad ó ménos de los vinculados, sin previa tasacion de todos. ART. 4.º Si el poseedor del vínculo que enajenó ó el inmediato sucesor que intervino en la enajenacion, ó la consintió para escusar el justiprecio, no pudiesen hacer el reintegro, durante la vida de estos retendrá los bienes el tenedor, para reintegrarse por los frutos ó rentas que produzcan. ART. 5.º No estará sujeto á esta responsabilidad el inmediato sucesor que solo concurrió á la

tasacion y division de todos los bienes. ART. 6.° En los separados del vínculo por herencia testamentaria ó intestada, ó por cualquiera otra causa meramente lucrativa, el tenedor solo podrá reclamar las mejoras necesarias que haya hecho, tomando en cuenta lo que por razon de ellas hubiese percibido; y si no se le abonan, retendrá la finca hasta cubrirse ó reintegrarse por sus frutos, cualquiera que sea el poseedor de la vinculacion. ART. 7.° El reintegro de las mejoras necesarias se hará del mismo modo y con igual retencion de la finca al tenedor por título oneroso. En cuanto á las mejoras útiles y voluntarias que hubiese hecho el tenedor por título oneroso y lucrativo, se estará á las leyes comunes. ART. 8.° Las transacciones que se hayan celebrado entre el poseedor de la vinculacion y el tenedor de sus bienes sobre el reintegro del precio, ó sobre los frutos percibidos, tendrán valor y efecto, como no sean en perjuicio de la restitucion de dichos bienes. ART. 9.° Quedan subsistentes las enajenaciones hechas durante el llamado gobierno constitucional en virtud de cédula ó reales facultades anteriores, á consulta de la Cámara, con tal que se hayan realizado conforme á su tenor. ART. 10. Las que se hubiesen hecho con autorizaciones de dicho gobierno anteriores á los *decretos y órdenes de* 27 *de setiembre de* 1820, *de* 15 *y* 19 *de mayo y de* 16 *de junio de* 1821, aunque hubiesen precedido las formalidades y precauciones que tiene adoptadas la Cámara, se someterán á su censura y aprobacion.

La injusticia de esta ley era tan notoria, que por *real decreto de* 23 *de octubre de* 1833 se dejó sin efecto, en lo que toca á las enajenaciones por título oneroso, y se mandó propusiese el Consejo los medios de reducir á términos de conciliacion, de justicia y de equidad, las restituciones que en virtud de ella se habian efectuado hasta entónces, con daño de los compradores y lucro de los vendedores, ó de los que habian sucedido en los mayorazgos. Para alcanzar este objeto se propuso á las Cortes, y estas aprobaron la siguiente *ley de* 9 *de junio de* 1835: ART. 1.° Los compradores de bienes vinculados que se enajenaron en virtud del *decreto de las Cortes de* 27 *de setiembre de* 1820, si no hubiesen sido ya reintegrados, lo serán en el modo que espresan los artículos siguientes. ART. 2.° Los compradores de bienes vinculados que no han llegado á desprenderse de ellos quedan asegurados en su pleno dominio. ART. 3°. Los compradores de dichos bienes que los hubiesen devuelto á virtud de la *real cédula de* 11 *de marzo de* 1824, tienen derecho á percibir íntegro el precio por el que los habian adquirido, con el rédito de un 3 por 100 á contar del dia de la devolucion. ART. 4.° Están en el caso de los artículos anteriores los compradores de bienes que, habiendo pertenecido á vinculaciones, pasaron por testamento ú otro título lucrativo á manos de los vendedores. ART. 5.° El poseedor actual del vínculo, al que fueron devueltos los bienes, puede conservarlos entregando al comprador el precio de la venta y los réditos que le correspondan dentro del término de un año, contado desde la promulgacion de la presente ley, agregando los intereses del período que trascurra hasta que la entrega sea efectiva. Pero dentro de sesenta dias de como sea requerido el poseedor por el comprador ó sus herederos á que elija entre quedarse con la finca ó reintegrar su importe, deberá hacer esta eleccion; y no haciéndola en dicho tiempo, podrán ejercer aquellos los derechos que les concede el artículo 3°. Si el poseedor de la finca eligiese entregarla, pasará desde luego á manos del comprador para que la disfrute como dueño; abonando empero los adelantos que aquel hubiese hecho por razon del cultivo. ART. 6.° Los réditos de que hablan los artículos anteriores se reclamarán del poseedor actual de la finca por el tiempo que la hubiese disfrutado, quedando á salvo el derecho del comprador para repetir el completo de aquellos contra los que la hubiesen poseido ó sus herederos. ART. 7.° El poseedor actual, ya sea el vendedor ó el inmediato sucesor, ya sea un tercero que en uso del artículo 5.° reintegrase al comprador con fondos propios el precio de los bienes, como igualmente aquel que no siendo vendedor ni sucesor inmediato que intervino en la venta lo hubiese ya verificado, quedan autorizados para considerar como libres dichos bienes. ART. 8.° No entregando dentro del término de un año el poseedor del vínculo las cantidades que corresponden al comprador, se trasmite á este el pleno dominio de los bienes, y ademas podrá entablar contra las personas que espresa el artículo 6.° las reclamaciones relativas á réditos, hasta el percibo de los que le correspondan.

ART. 9.° En las permutas de bienes vinculados en que hubo sobreprecio de parte de aquellos que los recibieron, tendrán los contratantes los mismos derechos que se conceden por esta ley á los compradores. ART. 10. Las mejoras y los deterioros deben abonarse recíprocamente por compradores y vendedores, con arreglo á derecho. ART. 11. Si el comprador de los bienes hubiese celebrado alguna avenencia con el vendedor, ó con el sucesor inmediato que intervino en la venta, sobre el reintegro del capital, no tendrá mas derecho que el de exigir su cumplimiento, á no ser que justifique haber intervenido lesion en mas de la mitad, lo cual podrá reclamar, como tambien los réditos que le hayan correspondido, y de que no estuviere reintegrado al tiempo de tener cumplido efecto la avenencia. ART. 12. Para el cobro de los intereses de que habla el artículo anterior, servirá siempre de base la cantidad en que consistió el precio de la venta. ART. 13. Quedan en su fuerza y vigor las ejecutorias sobre abono de mejoras y de deterioros. ART. 14. Quedan asimismo vigentes las sentencias ó fallos judiciales en que se haya declarado que el comprador recobró su capital por medio de la retencion. ART. 15. Sin embargo, tendrá derecho el dicho comprador á reclamar de los respectivos poseedores de los bienes los intereses devengados hasta el dia de la devolucion, rebatiendo el importe de los prorateos de cada uno. ART. 16. El comprador que hubiese devuelto los bienes, en concepto de haberse reintegrado ya del precio de la venta por medio de la retencion de ellos, y aprovechamiento de sus productos, tiene derecho á reclamar los intereses de su capital por los años trascurridos para su total realizacion, hecha en cada uno la deduccion correspondiente por la parte de capital ya percibida. Son responsables á este abono el poseedor ó poseedores que han disfrutado los bienes despues de la devolucion, y tambien sus herederos. ART. 17. Si los bienes hubiesen pasado á terceros poseedores en concepto de libres con la competente real facultad, la reclamacion del comprador se dirigirá contra la finca ó bienes subrogados, si los hubiese, ó contra los del vínculo que fueron reparados ó mejorados con el producto de los que se enajenaron: en defecto de uno y otro, contra los bienes libres del que los desmembró y sus herederos, ó contra los restantes bienes de la vinculacion, que

se considerarán libres para este efecto. ART. 18. En el caso de que la finca ó bienes hayan recobrado su libertad por caducidad del vínculo, la reclamacion del comprador quedará espedita, no solo contra los bienes libres del último poseedor ó sus herederos, sino tambien contra los demas bienes que eran del vínculo, aun cuando hubiesen pasado al fondo de mostrencos. ART. 19. A los actuales poseedores de fincas ó de bienes de los vínculos, contra quienes se dirijan las reclamaciones á que dieren lugar los artículos anteriores, les queda á salvo su derecho para repetir contra los bienes libres del poseedor que vendió, si este consumió el precio, ó lo invirtió en su provecho y no en beneficio de la vinculacion. ART. 20. Las disposiciones de esta ley serán aplicables á los que en la misma época redimieron censos, cuyos capitales pertenecian á vinculaciones, para que sean reintegrados, si ya no lo hubiesen sido, del capital con que redimieron, y de los réditos desde que por haberse reputado insubsistentes las redenciones, se les volvieron á exigir los de los censos. ART. 21. En las obligaciones con hipoteca especial y en las demas enajenaciones hechas en la citada época por título oneroso, se observarán para el resarcimiento las mismas reglas que con respecto á los compradores quedan establecidas en los precedentes artículos.

Con arreglo á esta ley debieron verificarse los reintegros de las enajenaciones que en ella se comprenden, pero nada se dispuso sobre nueva facultad de enajenar, hasta que en 30 de agosto de 1836 se decretó lo que sigue: ART. 1.° Se restablece en toda su fuerza y vigor el *decreto de las Cortes de 27 de setiembre de 1820*, publicado en las mismas como *ley en 11 de octubre del mismo año*, por el que quedaron suprimidas las vinculaciones de toda especie, y restituidos á la clase de absolutamente libres los bienes de cualquiera naturaleza que las compongan. ART. 2.° Quedan asimismo restablecidas las *aclaraciones* relativas á la desvinculacion *hechas por las Cortes en 15 y 19 de mayo de 1821, y en 19 de junio del mismo año*. ART. 3.° La ley restablecida por este decreto principiará á regir desde la fecha del mismo. ART. 4.° Se reserva á las próximas Cortes determinar lo conveniente sobre las desmembraciones que tuvieron los mayorazgos miéntras estuvo vigente la *ley de*

27 *de setiembre de* 1820 por donaciones graciosas ó remuneratorias, ó por cualquiera otro título traslativo de dominio legítimamente adquirido. ART. 5.º Los convenios y transacciones celebrados entre los interesados á consecuencia de lo dispuesto en la *ley de* 9 *de junio de* 1835, tendrán cumplido efecto.

Las continuas dudas suscitadas en el foro para la aplicacion de estas leyes, sobre todo en lo relativo á la validez de antiguas enajenaciones, hacian indispensable la formacion de una nueva ley que hermanase las anteriores y decidiese la aplicacion que en cada caso deba hacerse de ellas, con arreglo á la época en que hubieren ocurrido las trasmisiones de los bienes reputados unas veces como vinculados y otras como libres. Tal ha sido el fin de la *ley de* 19 *de agosto de* 1841, que copiamos á continuacion: ART. 1.º Las leyes y declaraciones de la anterior época constitucional, sobre supresion de mayorazgos y otras vinculaciones, que están válidamente en observancia desde 30 de agosto de 1836 en que fueron restablecidas, continuarán en vigor solo en la Península é islas adyacentes. ART. 2.º Es válido y tendrá cumplido efecto todo lo que se hizo en virtud y conformidad de dichas leyes y declaraciones desde que se espidieron, hasta 1.º de octubre de 1823. Serán respetados y se harán efectivos los derechos que en aquel período se adquirieron por lo establecido en las mismas, del modo que se espresará en los artículos siguientes. ART. 3.º Los bienes vinculados, correspondientes á la mitad de que pudieron disponer los poseedores, y cuyo dominio trasfirieron á otros por cualquier título legítimo, ya oneroso, ya lucrativo, se devolverán á los que los adquirieron, ó á sus herederos en su caso, si la traslacion se hizo con los requisitos y formalidades prevenidas en las citadas leyes y declaraciones, y los adquirentes no han recibido ya su valor ó equivalencia. ART. 4.º Si los que á virtud de esta ley deben recobrar bienes amayorazgados, que por título lucrativo adquirieron desde 11 de octubre de 1820 hasta 1.º del mismo mes de 1823, ó entrar en posesion de ellos, hubiesen recibido con posterioridad á este último dia algunas cantidades por via de dote ú otra causa cualquiera con arreglo á las respectivas fundaciones, ó en virtud de pactos celebrados entre los poseedores anteriores y sus inmediatos, quedan obligados al abono de la mitad de la suma en que consistan, debiendo recibirla en cuenta de lo que les corresponda. — Las pensiones alimenticias dadas al inmediato sucesor y á los hermanos del poseedor en virtud de la fundacion, no están comprendidas en la disposicion de este artículo. ART. 5.º Recobrarán su fuerza y se harán tambien efectivos los contratos que celebraron los respectivos poseedores desde 11 de octubre de 1820 hasta 1.º de igual mes de 1823, con respecto á la enajenacion, hipoteca ú obligacion de la mitad de los bienes de que podian disponer. ART. 6.º Se entregarán á los herederos testamentarios ó legítimos de los mismos poseedores y á los legatarios los bienes que respectivamente les correspondieran de la mencionada mitad, si dichos poseedores fallecieron ántes del 1.º de octubre de 1823. ART. 7.º Las disposiciones de los artículos que anteceden, son aplicables á la otra mitad de los bienes vinculados reservada á los inmediatos sucesores, si adquirieron el derecho á disponer de ella por fallecimiento del anterior poseedor ocurrido ántes de 1.º de octubre de 1823. ART. 8.º Los que en virtud de esta ley deben recobrar bienes, de que fueron privados por lo dispuesto en el *real decreto de* 1.º *de octubre de* 1823 *y cédula de* 11 *de marzo de* 1824, ó entrar en posesion de los que con arreglo á la *ley de* 11 *de octubre de* 1820 les correspondieron, no tienen accion para reclamar los frutos y rentas de los mismos bienes producidos desde 1.º de octubre de 1823 hasta la publicacion de esta ley. ART. 9.º Los poseedores en 11 de octubre de 1820, que fallecieron desde 1.º de octubre de 1823 hasta 30 de agosto de 1836, no trasfirieron derecho alguno para suceder en los bienes que se reputaban durante este último período como vinculados. ART. 10. Los que desde 11 de octubre de 1820 hasta el 1.º del mismo mes de 1823 sucedieron en bienes que habian sido vinculados, y fallecieron desde este último dia hasta el 30 de agosto de 1836, no trasmitieron por sucesion testada ni intestada derecho de suceder en los bienes que á su fallecimiento estaban considerados como vinculados. Esto no se entiende con los herederos de los que habian adquirido bienes vinculados por compra ó cualquiera otro contrato, durante el citado período desde 11 de octubre de 1820 á 1.º del mismo mes de 1823. ART. 11. Se declaran

válidas y subsistentes las enajenaciones de bienes vinculados que se hayan hecho desde 1º de octubre de 1823 hasta 30 de agosto de 1836 en virtud de facultad real y con las formalidades prescritas por Derecho. El producto de las ventas que no se haya empleado en mejora ó beneficio de la vinculacion, se imputará al vendedor en la parte de esta que le corresponda como libre. ART. 12. Se esceptúan de lo dispuesto en el artículo anterior las enajenaciones de aquellos bienes que especifica y determinadamente pueden recobrar otros interesados en virtud de esta ley. Si estos los hubiesen adquirido por título oneroso, los recobrarán, indemnizándose al comprador posterior de los otros bienes existentes en las vinculaciones; y si el título hubiese sido lucrativo, los retendrán los que con facultad real los hayan adquirido, indemnizándose al que debiera recobrarlos, de los demas bienes de las vinculaciones. ART. 13. Tambien se declaran válidas y subsistentes las adquisiciones que hayan hecho las vinculaciones por permuta, subrogacion ú otro título, y los bienes así adquiridos se considerarán en el mismo caso que los demas que las componian. ART. 14. Los contratos y transacciones que se hayan celebrado en consecuencia de la *ley de 9 de junio de 1835*, las ejecutorias dictadas en su virtud, y lo que se haya practicado en cumplimiento de la misma, se guardará y cumplirá en todas sus partes. ART. 15. Los poseedores de las fincas vinculadas y los dueños de las que deban entregarse en cumplimiento de esta ley, podrán reclamarse mutuamente con arreglo á Derecho los desperfectos ó mejoras de las mismas desde 1.º de octubre de 1823 hasta la promulgacion de esta ley. ART. 16. Los viudos y viudas de poseedores de vínculos ó mayorazgos, sea la que quiera la época en que se hubieren casado, no tendrán derecho á otras consignaciones alimenticias, que las que resulten de promesas y convenios celebrados con arreglo á Derecho en capitulaciones matrimoniales, ó en otros instrumentos legalmente otorgados, y esto con la disminucion que se espresará en el art. 18. ART. 17. Los dichos poseedores, y en su caso los sucesores inmediatos, aun teniendo herederos forzosos, podrán consignar á sus mujeres ó maridos por escritura pública ó por testamento, y en concepto de viudedad, hasta la cuarta parte de la renta de la mitad de los bienes, cuya libre disposicion han

adquirido. ART. 18. Las consignaciones de viudedad en virtud de facultad competente concedida desde 1.º de octubre de 1823 y ántes del 30 de agosto de 1836, tendrán su debido cumplimiento, siendo responsables á él los bienes que existian en las vinculaciones al tiempo de concederse la facultad, ménos los que deban entregarse á otros interesados en virtud de esta ley; pero cuando haya esta disminucion, se disminuirá proporcionalmente la cantidad consignada. ART. 19. Lo mismo se entenderá con respecto á las consignaciones de alimentos que los actuales poseedores deben pagar á los sucesores inmediatos ú otras personas, con arreglo á las fundaciones, pactos ó fallos de los tribunales. ART. 20. Quedan derogadas en cuanto sean contrarias á esta ley, *la de 9 de junio de 1835*, y cualesquiera otras órdenes ó decretos.

Puede referirse tambien á esta materia de vinculaciones la *ley sobre capellanías colativas de 19 de agosto de 1841*, que dispone lo que sigue: ART. 1.º Los bienes de las capellanías colativas, á cuyo goze estén llamadas ciertas y determinadas familias, se adjudicarán como de libre disposicion á los individuos de ellas en quienes concurra la circunstancia de preferente parentesco segun los llamamientos; pero sin diferencia de sexo, edad, condicion ni estado. ART. 2.º En consecuencia de la anterior disposicion serán preferidos los parientes que con arreglo á la fundacion sean de mejor línea, y entre los de esta aquel ó aquellos que fuesen de grado preferente. Cuando se hiciesen los llamamientos en general á los parientes, sin distinguir de líneas ni grados, serán preferidos los mas próximos á los fundadores ó á los que estos señalasen como tronco. ART. 3.º En los casos en que las fundaciones dispongan que alternen las líneas, se dividirán los bienes entre estas con entera igualdad, y la porcion que á cada una corresponda, se adjudicará á los individuos existentes de ella en los términos que dispone el artículo antecedente. ART. 4.º Cuando solo el patronato activo fuese familiar, se adjudicarán tambien los bienes en concepto de libres á los parientes llamados á ejercerlo. ART. 5.º Si en alguna fundacion se dispusiere de los bienes para el caso en que dejare de existir la capellanía, se cumplirá lo determinado en aquella. ART. 6.º Las disposiciones que preceden, tendrán toda su

aplicacion á las capellanías vacantes en la actualidad, y á las demas, segun fueren vacando. ART. 7.° Los poseedores actuales continuarán gozando las capellanías en el mismo concepto en que las obtuvieron, y con entera sujecion á las reglas de las fundaciones respectivas. Pero podrán en su caso usar del derecho que les corresponda en virtud de los anteriores artículos. ART. 8.° Los pleitos que sobre capellanías colativas se hallen pendientes, podrán continuar, y estas proveerse como tales, quedando los que lleguen á obtenerlas, en el mismo caso que los actuales poseedores. ART. 9.° Los parientes que conforme á los cuatro primeros artículos de esta ley, ó las personas que con arreglo al 5.° tuviesen derecho á los bienes de capellanías que no se hallen vacantes, ó sobre las que penda litigio, podrán desde luego pedir que se les declare la propiedad de dichos bienes, sin perjuicio del usufructo que á los poseedores corresponde. ART. 10.° A los tribunales civiles ordinarios de los partidos en que radique la mayor parte de los bienes, corresponde hacer la aplicacion de los derechos que se declaran en esta ley. ART. 11.° La adjudicacion de los bienes se entenderá con la obligacion de cumplir, pero sin mancomunidad, las cargas civiles y eclesiásticas á que estaban afectos.]

TÍTULO VIII.

DE LAS SUCESIONES INTESTADAS.

Tít. 13. *P.* 6. y tít. 20. lib. 10. de la Nov. Rec. (1).

1. *Quién se dice intestado.*
2. 3. *El primer órden de suceder á los intestados comprende á sus descendientes, y de estos son preferidos los legítimos ó legitimados por subsiguiente matrimonio: y qué sea suceder en estirpes y en cabezas, y cuándo el hijo se considera abortivo.*
4. *Cuándo suceden los hijos naturales, no legitimados, y cuándo los adoptivos; y quiénes son naturales.*

(1) Tit. 1. lib. 3 Inst.

5. *De la cuarta marital que se debe á la mujer en la sucesion de su marido.*
6. *El segundo órden de suceder es el de los ascendientes.*
7. *El tercer órden de suceder es el de los laterales, y cómo se regula en los legítimos.*
8. 9. 10. *Cómo suceden en este tercer órden los legítimos á los naturales, ó al contrario.*
11. *Término de este tercer órden de suceder.*
12. *Los religiosos profesos, y los conventos en su representacion, están enteramente escluidos de la sucesion intestada.*
13. *A quiénes y cómo se han de entregar los bienes de los intestados.*
14. 15. 16. *De la obligacion que tiene el cónyuge sobreviviente de reservar á favor de sus hijos los bienes que adquiere trayendo causa del difunto ó sus mismos hijos, en el caso de contraer segundo matrimonio.*

1 Intestado se llama el que no hizo testamento, y aquel que lo hizo nulo, ó aunque le hubiese hecho válido, se rompió ó rescindió en los términos que hemos referido, *l.* 1. *tít.* 13. *P.* 6. (1), la cual cuenta tambien por intestado al que habiendo otorgado testamento, no quiere ó desecha la herencia el heredero que él instituyó: lo que está espresamente derogado por la *ley* 1. *tít.* 18. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.*, como ya hemos notado. Las leyes romanas variaron mucho en las sucesiones intestadas, hasta que enfadado Justiniano de sus ridiculeces y rodeos en este particular, estableció un método muy sencillo y equitativo, fundado en el afecto que la misma naturaleza inspira á los hombres, que primero aman á sus descendientes, despues á sus ascendientes, y en tercer lugar á sus parientes laterales ó de travieso (2).

2 Nuestras leyes han adoptado este método de Justiniano con pocas y levísimas diferencias, estableciendo los tres órdenes de descendientes, ascendientes y laterales, *l.* 2. *y siguientes d. tít.* 13. Es pues en España el primer órden

(1) Tit. 1. pr. lib. 3. Inst. (2) Nov. 118.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

aplicacion á las capellanías vacantes en la actualidad, y á las demas, segun fueren vacando. ART. 7.° Los poseedores actuales continuarán gozando las capellanías en el mismo concepto en que las obtuvieron, y con entera sujecion á las reglas de las fundaciones respectivas. Pero podrán en su caso usar del derecho que les corresponda en virtud de los anteriores artículos. ART. 8.° Los pleitos que sobre capellanías colativas se hallen pendientes, podrán continuar, y estas proveerse como tales, quedando los que lleguen á obtenerlas, en el mismo caso que los actuales poseedores. ART. 9.° Los parientes que conforme á los cuatro primeros artículos de esta ley, ó las personas que con arreglo al 5.° tuviesen derecho á los bienes de capellanías que no se hallen vacantes, ó sobre las que penda litigio, podrán desde luego pedir que se les declare la propiedad de dichos bienes, sin perjuicio del usufructo que á los poseedores corresponde. ART. 10.° A los tribunales civiles ordinarios de los partidos en que radique la mayor parte de los bienes, corresponde hacer la aplicacion de los derechos que se declaran en esta ley. ART. 11.° La adjudicacion de los bienes se entenderá con la obligacion de cumplir, pero sin mancomunidad, las cargas civiles y eclesiásticas á que estaban afectos.]

TÍTULO VIII.

DE LAS SUCESIONES INTESTADAS.

Tít. 13. *P.* 6. y tít. 20. lib. 10. de la Nov. Rec. (1).

1. *Quién se dice intestado.*
2. 3. *El primer órden de suceder á los intestados comprende á sus descendientes, y de estos son preferidos los legítimos ó legitimados por subsiguiente matrimonio: y qué sea suceder en estirpes y en cabezas, y cuándo el hijo se considera abortivo.*
4. *Cuándo suceden los hijos naturales, no legitimados, y cuándo los adoptivos; y quiénes son naturales.*

(1) Tit. 1. lib. 3 Inst.

5. *De la cuarta marital que se debe á la mujer en la sucesion de su marido.*
6. *El segundo órden de suceder es el de los ascendientes.*
7. *El tercer órden de suceder es el de los laterales, y cómo se regula en los legítimos.*
8. 9. 10. *Cómo suceden en este tercer órden los legítimos á los naturales, ó al contrario.*
11. *Término de este tercer órden de suceder.*
12. *Los religiosos profesos, y los conventos en su representacion, están enteramente escluidos de la sucesion intestada.*
13. *A quiénes y cómo se han de entregar los bienes de los intestados.*
14. 15. 16. *De la obligacion que tiene el cónyuge sobreviviente de reservar á favor de sus hijos los bienes que adquiere trayendo causa del difunto ó sus mismos hijos, en el caso de contraer segundo matrimonio.*

1 Intestado se llama el que no hizo testamento, y aquel que lo hizo nulo, ó aunque le hubiese hecho válido, se rompió ó rescindió en los términos que hemos referido, *l.* 1. *tít.* 13. *P.* 6. (1), la cual cuenta tambien por intestado al que habiendo otorgado testamento, no quiere ó desecha la herencia el heredero que él instituyó: lo que está espresamente derogado por la *ley* 1. *tít.* 18. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.*, como ya hemos notado. Las leyes romanas variaron mucho en las sucesiones intestadas, hasta que enfadado Justiniano de sus ridiculeces y rodeos en este particular, estableció un método muy sencillo y equitativo, fundado en el afecto que la misma naturaleza inspira á los hombres, que primero aman á sus descendientes, despues á sus ascendientes, y en tercer lugar á sus parientes laterales ó de travieso (2).

2 Nuestras leyes han adoptado este método de Justiniano con pocas y levísimas diferencias, estableciendo los tres órdenes de descendientes, ascendientes y laterales, *l.* 2. *y siguientes d. tít.* 13. Es pues en España el primer órden

(1) Tit. 1. pr. lib. 3. Inst. (2) Nov. 118.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

de suceder abintestato el de los descendientes del difunto, sin distincion de varones ó hembras, retenidos en la patria potestad, ó salidos de ella, *l.* 3. *d. tit.* 13. Comprende á todos los descendientes, que ocupan el primer grado en la línea del difunto, esto es, entre quienes y el mismo difunto no media ninguno, como son los hijos y los nietos, cuyo padre haya ya fallecido. Estos entónces entran ocupando el lugar de su padre, y ello mediante, se consideran tan próximos del difunto, como los hijos de este en el primer grado. Y por lo mismo de ser admitidos en lugar y representacion de su padre, no sacan mas porcion que la que sacaria su padre si viviera, *d. l.* 3., y esta se la dividirán entre sí en partes iguales. Los intérpretes para esplicar esto con claridad y generalidad, han formado una regla fundada en las mismas leyes, diciendo que las sucesiones, ó son en estirpes ó en cabezas. Estirpe no es otra cosa, que orígen de generacion, y así el padre es estirpe de los hijos, el hijo de los nietos. Suceder pues en estirpe, es suceder representando su estirpe, y por ello este modo de suceder se llama por derecho de representacion; y suceder en cabezas, es suceder por su propia persona, sin representacion de otra. Cuando se sucede en estirpes, se hacen tantas partes ó porciones, cuantas son las estirpes; y cuando en cabezas, cuantas son las personas. Declarémoslo mas con un ejemplo: Muere uno dejando á Pedro, hijo, dos nietos nacidos de otro hijo Juan ya difunto, y tres de otro hijo Diego tambien difunto. Pedro sucederá en cabeza, y los nietos, hijos de Juan y Diego, en estirpes ó en representacion de sus padres, y por ella se consideran en el primer grado en que está Pedro; y la herencia se dividirá entre partes iguales, una para Pedro, otra para los hijos de Juan, y otra para los tres hijos de Diego, *d. l.* 3. (1).

3. Y adviértase, que en esta línea de descendientes la representacion es infinita, esto es, no tiene término señalado; y de ahí es, que si falleciese un padre dejando á un hijo, y de otro hijo un biznieto, cuyo padre y abuelo fuesen ya muertos, sucederian igualmente al difunto su hijo y el biznieto, aquel por la sucesion en cabezas, y este por la de en estirpes, *d. l.* 3 (2). El hijo que muere recien nacido,

(1) § ult. Inst. de her. quæ ab int. def. (2) D. §. ult.

no hereda á sus padres cuando se considera abortivo. Para que no lo sea es menester que haya nacido vivo todo, y que á lo ménos despues de nacido haya vivido 24 horas naturales, y sido bautizado. Y de la misma suerte se considerará parto abortivo y no natural, cuando naciese el hijo en tiempo que no pudiese vivir naturalmente, aunque faltaran las tres circunstancias referidas, *l.* 2. *tit.* 5. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.*, en cuyo comentario examina latamente Azevedo desde el *n.* 90., con relacion á la *ley* 4. *tit.* 23. *P.* 4., si es tal el que nació al octavo mes de la preñez de su madre, inclinando á la afirmativa. Los hijos legitimados por subsiguiente matrimonio suceden juntamente con los legítimos; y ceden á ellos los legitimados para heredar á sus padres por rescripto del príncipe, aunque este fuere anterior al nacimiento ó legitimacion de aquellos, tanto en la sucesion del padre como en la de la madre. Pero para suceder en los bienes de los otros parientes, y en las honras y preeminencias, son iguales á los hijos legítimos, *l.* 7. *tit.* 20. *lib.* 10. *Nov. Rec.* (12. *de Toro*), que corrige á la *ley* 11. *d. tit.* 13. *P.* 6., en cuanto llamaba á los hijos naturales juntamente con los legítimos á la sucesion de la madre.

4 Si el padre difunto no dejó hijos legítimos ni legitimados, sino solo naturales, le sucederán en dos partes de las 12, en que regularmente se divide la herencia, que partirán con su madre, *l.* 8. *d. tit.* 13., sin que lo embarace la viuda de dicho difunto, *l.* 9. *dicho tit.* 13. De los espurios no hallamos que estén llamados á la sucesion de su padre; ántes persuade no estarlo la *ley* 5. *de dicho tit.* 20. (9. *de Toro*) que solo los llama para suceder á su madre como vamos á ver. Suceden pues á su madre los hijos naturales y los espurios, aunque le sobrevivan ascendientes por su órden y grado, segun espresa *d. l.* 7, esto es, primero los naturales, y en su defecto los espurios, segun la mayor proximidad. Y en atencion á que esta *ley* 7. dice que los tales hijos son herederos de su madre *ex testamento* y *abintestato*, nos parece que esta tendrá obligacion de instituirles herederos, porque no encontramos que pueda esplicarse de otra manera la sucesion *ex testamento*. Pero los nacidos de dañado y punible ayuntamiento están escluidos, *d. l.* 5. Dijimos quiénes son estos al *n.* 2. *del*

tít. 5., y la misma esclusion tienen los nacidos de clérigos ordenados en órdenes mayores, ó de frailes ó monjas profesas, *d. l.* 5. *y su antecedente la* 4. Hijo natural es, segun nuestras leyes, *El que es nacido de padres, que al tiempo que naciere ó fuere concebido, podian casar justamente sin dispensacion: con tanto que el padre lo reconozca su hijo, puesto que no haya tenido la mujer de quien lo hubo en su casa, ni sea una sola.* Esta definicion está sacada á la letra de la *ley* 1. *tít.* 5. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* (11. *de Toro*), segun la cual hay dos medios para probar ser el hijo natural, el uno el reconocimiento del padre, y el otro el haber nacido de una concubina ó mujer que tenia el padre en su casa, sin tener otra, Azev. en *d. l.* 1., Gómez en *d. l.* 11. Y adviértase no ser necesario, que el reconocimiento sea espreso: bastará el tácito, que se acredita por hechos y conjeturas, como prueban latísimamente refiriendo algunos hechos Castillo, *de conject. et interpret. ultim. volunt. cap.* 125., *desde el n.* 18., Cervántes en *dicha ley* 11. *n.* 139., y otros varios. En cuanto á los hijos adoptivos les dan el derecho de suceder á su padre adoptivo las *leyes* 8. *y* 9. *tít.* 16. *P.* 6. Pero nuestros intérpretes, atendiendo á las *leyes* 5. *tít.* 6. *lib.* 3. y 1. *tít.* 22. *lib.* 4. *del Fuero real*, y á las 1. *y* 7. *tít.* 20. *de d. lib.* 10., juzgan que debe esto entenderse, cuando el padre adoptivo no tuviere hijos legítimos y naturales, Gregor. Lóp. *glosa* 5. *de d. ley* 8., Pichard. *l.* 3. *instit. tít.* 1. § 4. *n.* 4.; y aun en este caso es de dictámen Azev. en *d. l.* 1. *de la Rec.*, *n.* 66., que los ascendientes legítimos y naturales del padre adoptivo escluyen á dichos hijos, bien fundado en *d. l.* 1.

5 Este primer órden de suceder, al paso que escluye á los otros dos, admite con los descendientes á la mujer del difunto que no tuviese de lo suyo con que poder vivir bien y honestamente: la cual tiene derecho de heredar la cuarta parte de sus bienes, que no ha de montar mas de cien libras de oro. Del valor de estas libras puede verse á Covar. en el tratado de *veter. num. col. cap.* 6. Anton. Góm. 2. *var. cap.* 4. *n.* 6., y allí á Ayllon que cita á muchos. Gutiérrez *de jur. confirmat. part.* 1. *cap.* 4., quiere que en esto se atienda la práctica de los tribunales. Esta cuarta debe sacarse de todos los bienes del difunto, porque es deuda legal, á cuyo pago están sujetos todos ellos, aunque el marido haya muerto testado, si no es que fuese este tan rico, que dejándole ménos, le dejaba con qué vivir, *d. l.* 7. *d. tít.* 13. *P.* 6. allí: *Que si non dejare á tal mujer en que pudiere bien é honestamente vevir.* Ni derogan este derecho de la mujer las posteriores leyes de la Recopilacion, porque nada establecen en perjuicio de los acreedores, cual es la mujer; pero estará sujeta esta cuarta á la reservacion de que hablaremos á lo último de este título. Gregor. Lóp. en las *glosas de d. l.* 7. examina varias cuestioncillas sobre su contenido, en las que nuestro instituto no nos permite entretenernos.

6 Faltando el primer órden de sucesion, entran á ella los del segundo, que comprende á los descendientes del difunto, segun la proximidad de su grado, porque en este órden no tiene lugar la representacion, y el mas cercano siempre escluye al mas remoto. Si alguno pues muriese sin tener ya padre, dejando madre y abuelos paternos, llevará la madre toda su herencia. Y no debe hacerse division de bienes paternos y maternos, sino que todos se dividirán igualmente entre los que son del mismo grado, *l.* 4. *d. tít.* 13. *P.* 6., salvo en las ciudades, villas ó lugares en donde, segun el fuero de la tierra, se acostumbra tornar los bienes al tronco, ó la raíz á la raiz, *d. l.* 1. *al fin.* Pero debe advertirse, que si los ascendientes que han de heredar son abuelos del difunto, porque ya habian fallecido sus padres, la division debe hacerse por líneas en partes iguales, aunque las personas sean desiguales en número; es decir, que si por parte de padre solo queda el abuelo, y por la de madre ambos abuelos, será la mitad para el abuelo paterno, y la otra mitad para los abuelos maternos, *l.* 4. *tít.* 13. Será pues este modo de suceder medio entre los dos famosos de en estirpes, y en cabezas. No es en estirpes, porque no hay lugar á la representacion, escluyendo siempre el mas próximo al mas remoto; y no es en cabezas, porque un solo abuelo de una parte saca tanto como los dos de la otra. Algunos autores le llaman en líneas. A falta de ascendientes legítimos sucederán los naturales en los mismos términos que los hijos naturales suceden á sus padres. *l.* 8. *d. tít.* 13. *P.* 6. *en el fin.*

7 El tercer órden de suceder es el de parientes laterales

ó de travieso, que nunca llegan á concurrir con los ascendientes, aunque sean hermanos del difunto, *l.* 2. *d. tít.* 10., que corrige á la 4. *d. tít.* 13., que llamaba á los hermanos de ambos lados, y sus hijos juntamente con los ascendientes. Faltando pues descendientes y ascendientes del difunto, le suceden sus hermanos de ambos lados y sus hijos; y si no hubiere de estos, los hermanos de un solo lado y sus hijos. Y si concurrieren hermanos de padre ó sus hijos con hermanos de madre ó sus hijos, se dividirán los bienes de modo que los paternos vayan á los hermanos de padre, y los maternos á los de madre; y los demas bienes se repartirán entre todos ellos con igualdad, *l.* 5. *y* 6. *d. tít.* 13. Si el difunto no dejase tampoco hermano alguno, sino hijos de hermanos, le sucederán estos en cabezas, haciéndose tantas partes iguales entre ellos cuantas son sus personas, á diferencia de cuando concurren con sus tios, que suceden en estirpes, *d. l.* 5. *l.* 2. *tít.* 20. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.*, con esclusion de los tios del difunto, como lo prueba la *ley* 6. *d. tít.* 13., que despues de los hermanos y sus hijos llama á los parientes mas cercanos por sola la razon de mayor proximidad. Por lo que se ha espuesto, se han formado dos axiomas dignos de tenerse en la memoria: I. *En la línea lateral la representacion no pasa de los hijos de los hermanos, y solo tiene lugar en ellos cuando concurren con sus tios.* II. *Tampoco pasa de los hijos de los hermanos el dar preferencia al mayor parentesco, ó su doble vínculo*, esto es, tenerlo por parte de padre y madre respecto del que solo tiene por un lado.

8 Lo que hemos dicho de la sucesion entre los laterales, debe observarse entre los legítimos. Pero si el difunto, ó el que le ha de suceder, fuere ilegítimo, se observarán las reglas que se siguen. Si el que murió era natural, le sucederán los hermanos de madre y sus hijos, *l. últ. d. tít.* 13.; y si algunos de estos hermanos fueren legítimos, serán preferidos á los que no lo son, como se prueba del vers. *Fueras ende, y sig. de esta ley*, y lo advierte Greg. Lóp. en su *glosa* 2., bien que Antonio Gómez defiende lo contrario en la *ley* 9. *de Toro n.* 49., y en el siguiente *n.* 50. nota, que los hermanos naturales por los dos lados escluyen á los que lo son solamente por uno; y del mismo sentir es en esto Greg. Lóp., en su *glosa* 3. *de la misma ley últ.*

Y si solo dejare hermanos de parte de padre y no de madre, serán admitidos á la sucesion, y entre ellos serán preferidos los legítimos, como para este caso está espresa *d. l. últ.* en su citado vers. *Fueras ende.*

9 Y si se trata de suceder á un legítimo que no dejó parientes legítimos, sino solamente naturales, le sucederán los que lo son por parte de madre, *d. l. últ. al fin.*; pero los parientes por parte de padre estarán del todo escluidos, aunque sean hermanos. Aunque no hemos visto otro que defienda esta opinion, creemos deberse sostener firmemente, por conforme á dicha ley últ. *vers. Otrosí*, donde se previene, *que los fijos naturales no han derecho de heredar los bienes de los legítimos, nin de los parientes otros, que les pertenecen por parte de su padre.* Porque la palabra *legítimos* puesta relativamente en *d. vers.* se refiere manifiestamente á la palabra *fijos*, que no se repite, porque se acaba de espresar; como si dijera la ley: *Los fijos naturales no han derecho de heredar los bienes de los fijos legítimos:* y los hijos naturales é hijos legítimos son hermanos entre sí. Y esto mismo persuaden las siguientes palabras: *Nin de los parientes otros;* puesto que la voz *otros* se refiere á parientes otros de los hermanos, por no aparecer otros á quienes pueda referirse; y esta voz *nin* es conjuncion escluyente: de suerte, que segun la sentencia de la ley, están escluidos de suceder al legítimo sus hermanos naturales, con todos los demas que son sus parientes de parte de padre.

10 Lo contrario defienden Greg. Lóp. en la *glosa* 7. *de d. l. últ.*, Ant. Góm. en *d. l.* 9. *de Toro*, *n.* 48. y otros; pero ademas que esta opinion no puede acomodarse á la sentencia de la ley, como hemos manifestado, es muy débil y despreciable el argumento en que se pretende fundar, de que la sucesion debe ser recíproca, y que por ello sucediendo el hermano legítimo al natural, como hemos visto, deberá este suceder al legítimo. Porque si hubiese sido la intencion de esta *ley* establecer aquí la recíproca sucesion, lo hubiera espresado, como lo espresó la *ley* 8. *del mismo tít.* 13., hablando de la línea recta. Ni se comparan aquí naturales con naturales, como en *d. l.* 8., sino naturales con legítimos; y es bien notorio ser mejor la condicion de estos, y tal la hace la misma *ley últ.*, y por ello puede

creerse, que quiso esta desigual sucesion legítima. Por otra parte, aunque es regular que la sucesion sea recíproca, no es perpetuo ó preciso; así vemos que el adoptado por otro que no sea ascendiente suyo, es su heredero, y no al contrario.

11 Por la *l.* 6. *tít.* 13. *P.* 6. el derecho de suceder abintestato los parientes de travieso del difunto, se termina en el grado décimo. Y posteriormente parece que la *Instruccion para la recaudacion de los bienes mostrencos, vacantes y abintestatos*, mandada observar por *real decreto de* 27 *de noviembre de* 1785, *que es la ley* 6. *tít.* 22. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.*, previene, que no pase del cuarto, y que en su defecto vaya al fisco con destino de los bienes á la pública utilidad. Así lo sentí en mis *Instituciones romano-hispanas*, hablando de la sucesion de los cognados, *n.* 12. Pero ahora, mirado con escrupulosa atencion el *cap.* 9. de dicha instruccion, nos parece no ser seguro este modo de pensar. A que se añade, que el *capítulo* 2. *del real decreto*, inserto en la *cédula del* 25 *de setiembre de* 1798, sobre los pagos que deben hacerse en los pases de bienes á los parientes trasversales, por sucesion testada ó intestada, manifiesta que esta debe estenderse mas allá del cuarto grado. Y con efecto, por sentencia dada en 15 de julio del año 1802, declaró el superintendente general de los referidos bienes, que los de la sucesion intestada de Don Felipe Tinajero, presbítero de la ciudad de Valencia, pertenecian á Doña Josefa Dávila y de Vega, consorte de Don Fernando Vicente Alfonso, abogado del colegio de la misma, y á una prima suya, parientas las dos en quinto grado de dicho Don Felipe, como hijas de dos primos hermanos suyos: las que en conformidad de ello estuvieron en pacífica posesion de dichos bienes. Segun esta sentencia no se puede pretender, que la sucesion se termina en el cuarto grado, si no es que se diga que los grados deben contarse aquí segun la computacion canónica. Es esto cuanto podemos decir en este asunto. [El art. 2. de la *ley de* 16 *de mayo de* 1835 sobre adquisiciones á nombre del Estado ha ampliado la sucesion abintestato, estableciendo que á falta de las personas llamadas por las leyes anteriores, sucedan 1° Los hijos naturales legalmente reconocidos, y sus descendientes, por lo respectivo á la sucesion del padre, y sin perjuicio del derecho

preferente que tienen los mismos para suceder á la madre. 2° El cónyuge no separado por demanda de divorcio contestada al tiempo del fallecimiento, entendiéndose que á su muerte deberán volver los bienes raíces de abolengo á los colaterales. 3.° Los colaterales desde el quinto hasta el décimo grado inclusive, computados civilmente al tiempo de abrirse la sucesion.]

12 Es preciso advertir, que por *real pragmática de* 6 *de julio, publicada en* 8 *de agosto de* 1792, *que es la ley* 17. *tit.* 20. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.*, se prohibe que los religiosos profesos de ambos sexos sucedan á sus parientes abintestato, 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 en 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. Cuya solidísima razon parece podria tambien obrar para estender la prohibicion á que pudiesen ser instituidos herederos, y testar de sus bienes ántes de la profesion, con estension á los que adquiririan despues si permanecieran en el siglo, y es imposible los adquieran habiendo profesado. Los sólidos y verdaderos principios del Derecho apoyan este modo de pensar, y si se mandara así, cesarian innumerables pleitos muy embarazosos que edifican poco al pueblo, al paso que turban la tranquilidad y abstraccion de las cosas del mundo, que deben observar los religiosos. Y aun creemos, que si se atiende bien á dicha *pragmática*, considerando su espíritu en las incontrastables razones en que se funda, pueden muy bien obrar en las sucesiones testamentarias. [Esta *pragmática* se halla derogada por el *decreto de* 26 *de junio de* 1822, *restablecido en* 27 *de enero de* 1837, en el que se dispone que «Todos los regulares secularizados de uno y otro sexo están habilitados para adquirir bienes de cualquiera clase, tanto por título de legítima, como por cualquier otro de sucesion, bien sea *ex-testamento*, ó bien *abintestato;* entendiéndose esta habilitacion desde la fecha de la secularizacion, sin que tenga efecto retroactivo con relacion á las legítimas y sucesiones adjudicadas ó adquiri-

das por otros parientes ó personas ántes de la época espresada; cuya disposicion deberá tener lugar no obstante cualesquiera renuncias ó cesiones que hubiesen hecho los interesados en favor de sus propias comunidades ó de sus familias, cuando entraron en religion. » Y el artículo 38 de la *ley de* 29 *de julio de* 1837 sobre estincion de regulares concede igual facultad á las monjas que permanezcan en sus conventos desde el 8 de marzo de 1836.]

13 Tambien debe advertirse lo prevenido en la *pragmática publicada en Madrid en* 6 *de febrero de* 1766., que hoy es la *ley* 14. *tít.* 20. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.*, mandada observar, aunque haya costumbre inmemorial en contrario; y es, que los bienes de los intestados se han de entregar enteramente sin deduccion alguna á los parientes á quienes pertenezcan por derecho de sucesion. Y que estos parientes deben hacer el entierro, exequias, funerales y demas sufragios que se acostumbran en el país, con arreglo á la calidad, caudal y circunstancias del difunto. Y que en el caso solo de no cumplir con esta obligacion los herederos, se les compela á ello por sus propios jueces, sin que por dicha omision, y para el efecto referido, se mezcle ninguna justicia eclesiástica ni secular en hacer inventario de los bienes. Esta prohibicion de poderse mezclar la justicia á formar inventario de la herencia del difunto intestado, la entendemos, como lo indica la ley, limitada al caso en que pretendiere hacerlo á título de que el heredero no quisiera gastar lo correspondiente al bien del alma. Pero cuando ocurra ser menores, ó estar ausentes, lo podrá formar; con la limitacion de que sea necesario para contar el dinero, ó inventariar alhajas preciosas, y sin gastar en ello mas que dos dias, ni tener mas derechos que 30 reales por mañana, y otros tantos por la tarde, como puede verse en el *Febrero adicionado, part.* 2. *lib.* 1. *cap.* 1. § 1. *n.* 16. Lo que deba hacerse de la herencia intestada de aquel, que habiendo nombrado comisario para testar, no consiguió que este testara, queda espuesto al *n.* 12. *del tít. IV.*

14 Vamos ahora á tratar brevemente de la sucesion de los bienes, que el cónyuge que sobrevive al otro, y contrae segundo matrimonio, tiene obligacion de reservar á sus hijos del primero; porque debiendo gobernarse por las reglas de la intestada, hemos creido ser este el lugar mas

oportuno. Usaremos de la palabra *cónyuge*, porque la obligacion de reservar es la misma en el marido que en la mujer, como espresamente lo establece la *ley* 7. *tít.* 4. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* (15. *de Toro*); y así lo que digamos del padre, entiéndase tambien de la madre, y al contrario. Cuando muere un cónyuge dejando hijos, y el otro que sobrevive, contrae segundo matrimonio, se debe saber de qué clase son los bienes de este. Si los obtiene habidos de su difunto cónyuge, ó alguno de sus hijos del primer matrimonio, están sujetos á reservacion en los términos que luego veremos; y si los tiene por otro título, en que no haya vínculo ó fideicomiso, puede disponer de ellos como de cosa suya. Tiene lugar la reservacion en los que adquiriere del cónyuge difunto, por cualquier título que fuere, ó bien universal, como sucesion de herencia testada ó intestada, ó singular, aunque sea el de arras ó donacion de joyas por causa del matrimonio, pues los debe reservar privativamente para sus hijos del primer matrimonio, escluido cualquiera otro. Y lo mismo sucede en los que le han pertenecido por sucesion intestada de alguno de sus hijos, *l.* 1. *tít.* 2. *lib.* 3. *del Fuero real*, Gómez en *d. ley* 15. *de Toro* (1). Pero no alcanza la reservacion á la mitad de los gananciales adquiridos durante el matrimonio, que pertenece á cada uno de los cónyuges, como espresamente lo dispone la *ley* 6. *tít.* 4. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* (14. *de Toro*); y da de ello la razon Antonio Góm. en *d. l.* 14. *n.* 3., de que esta ganancia no le va á un cónyuge por el otro, sino por disposicion de la misma ley.

15 Los bienes del hijo que van al cónyuje (su padre ó madre) por título, no de sucesion intestada, sino por otro que nace de la voluntad del mismo hijo, como testamento, no están sujetos á la reservacion, y puede el cónyuge disponer de ellos como á libres, por la razon de que sucede en ellos, como cualquier estraño, Góm. en *d. l.* 14. *de Toro*, *n.* 2. (2). Y aunque por la misma parece debia decirse, que habia de tener tambien libertad para disponer de los que heredó por testamento del otro cónyuge premuerto, juzga lo contrario el mismo Góm. en *d. n.* 2., diciendo ser esta opinion de todos. Ni es de estrañar esta

(1) L. 3. C. de secund. nupt. (2) Auth. Et testam. C. de secund. nupt.

diferencia, por el motivo de que la obligacion de reservar debe tener lugar con mas facilidad y amplitud en los bienes que van al cónyuge por respecto del otro cónyuge, que por el de sus hijos, á causa de que contrayendo segundo matrimonio el cónyuge sobreviviente, parece que hace alguna injuria al otro difunto, que debe compensarse con esta estrecha obligacion. Y tal vez por esta razon solo alcanza la obligacion de reservar los bienes habidos de la sucesion del hijo, á los que este heredó de su padre ó madre, Góm. en *dicho n.* 2. (1). Para seguridad de la obligacion de reservar están hipotecados los bienes de la madre á favor de los hijos, *l.* 26. *tít.* 13. *P.* 5., y si de hecho enajenare los que debe reservar, se sostendrá entretanto la enajenacion, y se revocará despues de su muerte; porque podria suceder, que sus hijos muriesen ántes que ella, y entónces subsistiria la enajenacion, Góm. en *d. l.* 15. *n.* 5. Lo que hubieren dado á la mujer los parientes ó amigos del marido, entra tambien en la reservacion, como latamente lo prueba el mismo Góm. en el *n.* 7., soltando las objeciones. Los bienes reservados deben dividirse entre los hijos con igualdad, sin que pueda el padre dar mas á uno que á otro, Góm. *al fin del n.* 3. (2).

16 Como la necesidad de la reservacion está introducida en favor de los hijos, cesará si estos no existieren, cuando muere el cónyuge que sobrevivió al otro, si no es que hubiere descendientes de dichos hijos, á cuyo favor subsistiria la reservacion, Azev. *d. l.* 7. *tít.* 4. *lib.* 10. *de la Nov. Rec. n. últ.* Cesará tambien en el caso de que el cónyuge premuerto hubiese concedido al sobreviviente licencia ó su beneplácito para contraer segundo matrimonio; y si lo contrajese de consentimiento de sus mismos hijos á quienes habia de aprovechar la reservacion, como lo prueban Gómez al *n.* 6. *de d. l.* 14. y Azeved. en *d. l* 7. *n.* 36., en donde disputa si bastará que el consentimiento sea tácito, inclinándose á la afirmativa en el caso de que estuviere comprobado por algun hecho. En estos casos la mujer, que por haber contraido el segundo matrimonio se consideraba fructuaria de estos bienes, adquirirá su propiedad, Gómez *d. n.* 3. Azeved. en *d. l.* 7. *n.* 36. (3). Y conservará el usufructo, aunque sus hijos del primer matrimonio sean casados velados, como lo prueba Azeved. en *d. l.* 7. *n.* 35. Si la mujer, sin haber contraido segundo matrimonio, viviera despues de viuda lujuriosamente, es cuestion si tenia ó no lugar la reservacion. Antonio Gómez en *d. l.* 14. *n.* 16. está por la negativa; pero inclinamos algo mas á la afirmativa, que defiende Azeved. en *d. l.* 7. *n.* 10. *y siguientes.* Uno y otro alegan sus razones.

(1) D. Authent. (2) Auth. C. Lucrum de secund. nupt.
(3) Auth. Sed. ut si ead.

TÍTULO IX.

DE LAS OBLIGACIONES Y CONTRATOS EN GENERAL, Y TRANSACCIONES.

Tít. 1. lib. 10. de la Nov. Rec. (1).

1. *Qué sea obligacion, y su subdivision en tres especies.*
2. 3. *Qué sea nudo pacto, qué sea contrato, y tres divisiones de contratos.*
4. *De los pactos reprobados.*
5. *Qué sea transaccion, y cuándo puede tener lugar.*
6. 7. *Quiénes pueden transigir, y de qué cosas no se puede.*
8. *De la transaccion sobre delitos.*
9. *La transaccion es de interpretacion estrecha.*
10. *Causas por las cuales puede rescindirse la transaccion, y si lo es la lesion enorme ó la enormísima.*

1 La *l.* 5. *tít.* 12. *P.* 5. nos pone una division de obligaciones en civil y natural juntamente, y en natural solo ó meramente, diciendo, que por la primera quedamos obligados de manera que podemos ser apremiados á cumplirla, aunque no queramos; y por lo contrario no podemos ser apremiados en juicio al cumplimiento de la segunda, aunque naturalmente debemos hacerlo. Puede ademas considerarse otra especie de obligacion meramente civil, á la que le falta la equidad, y por ello no se le puede acomodar

(1) Tit. 14. lib. 3. Inst. et tit. 15. lib. 2. Diges.

diferencia, por el motivo de que la obligacion de reservar debe tener lugar con mas facilidad y amplitud en los bienes que van al cónyuge por respecto del otro cónyuge, que por el de sus hijos, á causa de que contrayendo segundo matrimonio el cónyuge sobreviviente, parece que hace alguna injuria al otro difunto, que debe compensarse con esta estrecha obligacion. Y tal vez por esta razon solo alcanza la obligacion de reservar los bienes habidos de la sucesion del hijo, á los que este heredó de su padre ó madre, Góm. en *dicho n.* 2. (1). Para seguridad de la obligacion de reservar están hipotecados los bienes de la madre á favor de los hijos, *l.* 26. *tít.* 13. *P.* 5., y si de hecho enajenare los que debe reservar, se sostendrá entretanto la enajenacion, y se revocará despues de su muerte; porque podria suceder, que sus hijos muriesen ántes que ella, y entónces subsistiria la enajenacion, Góm. en *d. l.* 15. *n.* 5. Lo que hubieren dado á la mujer los parientes ó amigos del marido, entra tambien en la reservacion, como latamente lo prueba el mismo Góm. en el *n.* 7., soltando las objeciones. Los bienes reservados deben dividirse entre los hijos con igualdad, sin que pueda el padre dar mas á uno que á otro, Góm. *al fin del n.* 3. (2).

16 Como la necesidad de la reservacion está introducida en favor de los hijos, cesará si estos no existieren, cuando muere el cónyuge que sobrevivió al otro, si no es que hubiere descendientes de dichos hijos, á cuyo favor subsistiria la reservacion, Azev. *d. l.* 7. *tít.* 4. *lib.* 10. *de la Nov. Rec. n. últ.* Cesará tambien en el caso de que el cónyuge premuerto hubiese concedido al sobreviviente licencia ó su beneplácito para contraer segundo matrimonio; y si lo contrajese de consentimiento de sus mismos hijos á quienes habia de aprovechar la reservacion, como lo prueban Gómez al *n.* 6. *de d. l.* 14. y Azeved. en *d. l* 7. *n.* 36., en donde disputa si bastará que el consentimiento sea tácito, inclinándose á la afirmativa en el caso de que estuviere comprobado por algun hecho. En estos casos la mujer, que por haber contraido el segundo matrimonio se consideraba fructuaria de estos bienes, adquirirá su propiedad, Gómez *d. n.* 3. Azeved. en *d. l.* 7. *n.* 36. (3). Y conservará el usufructo, aunque sus hijos del primer matrimonio sean casados velados, como lo prueba Azeved. en *d. l.* 7. *n.* 35. Si la mujer, sin haber contraido segundo matrimonio, viviera despues de viuda lujuriosamente, es cuestion si tenia ó no lugar la reservacion. Antonio Gómez en *d. l.* 14. *n.* 16. está por la negativa; pero inclinamos algo mas á la afirmativa, que defiende Azeved. en *d. l.* 7. *n.* 10. *y siguientes.* Uno y otro alegan sus razones.

(1) D. Authent. (2) Auth. C. Lucrum de secund. nupt.
(3) Auth. Sed. ut si ead.

TÍTULO IX.

DE LAS OBLIGACIONES Y CONTRATOS EN GENERAL, Y TRANSACCIONES.

Tít. 1. lib. 10. de la Nov. Rec. (1).

1. *Qué sea obligacion, y su subdivision en tres especies.*
2. 3. *Qué sea nudo pacto, qué sea contrato, y tres divisiones de contratos.*
4. *De los pactos reprobados.*
5. *Qué sea transaccion, y cuándo puede tener lugar.*
6. 7. *Quiénes pueden transigir, y de qué cosas no se puede.*
8. *De la transaccion sobre delitos.*
9. *La transaccion es de interpretacion estrecha.*
10. *Causas por las cuales puede rescindirse la transaccion, y si lo es la lesion enorme ó la enormísima.*

1 La *l.* 5. *tít.* 12. *P.* 5. nos pone una division de obligaciones en civil y natural juntamente, y en natural solo ó meramente, diciendo, que por la primera quedamos obligados de manera que podemos ser apremiados á cumplirla, aunque no queramos; y por lo contrario no podemos ser apremiados en juicio al cumplimiento de la segunda, aunque naturalmente debemos hacerlo. Puede ademas considerarse otra especie de obligacion meramente civil, á la que le falta la equidad, y por ello no se le puede acomodar

(1) Tit. 14. lib. 3. Inst. et tit. 15. lib. 2. Diges.

el nombre de natural, cual es la que nace de un contrato celebrado con fuerza, de la que habla la *ley* 56. *tit.* 5. *P.* 5. Esplicaremos los efectos de las tres; y advertimos desde luego, que cuando se pone simplemente el nombre *obligacion*, se entiende la primera, por la debilidad de las otras dos, y por ser la del uso frecuente en los tratos y negocios de los hombres, y se puede definir diciendo ser *Vínculo del derecho que nos tiene ligados á dar ó hacer alguna cosa, de manera que podamos ser eficazmente apremiados á cumplirlo* (1). La natural puede tambien llamarse *vínculo*, pero de sola equidad, sin que produzca apremio ó accion contra el obligado, y solo impide alguna vez la repeticion de lo que se paga debiéndose naturalmente, como veremos en su lugar. La meramente civil produce accion, atendido el rigor del Derecho; pero tan débil que lo que se hace en su virtud, se deshace con facilidad, *d. l.* 56., y de ahí es, que puede considerarse que no la produce. Nace la obligacion natural de los contratos que celebran personas, que sin embargo de tener algun juicio, son de circunstancias tan débiles, que el Derecho no ha querido darles fuerza obligatoria, cuales son los que hacen por sí sin autoridad del tutor los pupilos próximos á la pubertad, los de fiadores que otorgan las mujeres, y de préstamo los hijos que están en la patria potestad, segun de ello hablaremos mas adelante. Y nace tambien de los beneficios recibidos, pues quien les recibe tiene obligacion natural y de equidad de ser agradecido, si quiere ser tenido por hombre de bien y de honor.

2 Segun las leyes romanas, la principal fuente de estas obligaciones naturales eran los nudos pactos, á los cuales no concedian fuerza de producir accion (2), sí solo obligacion natural. Pero segun las nuestras, de todo pacto serio nace obligacion civil y accion, *l.* 1. *tit.* 1. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.*, á escepcion de algunos reprobados, que luego espresaremos. Tienen pues entre nosotros la misma fuerza que las famosas estipulaciones de los romanos, de lo que trataremos hablando de las obligaciones verbales, notando la notable diversidad que nace de su diferente modo de contraerse, aplicable á toda la especie de contratos. Pacto en

(1) Princ. Inst. de oblig. (2) L. 10. C. de pact.

general es *Convencion ó consentimiento de dos ó mas de dar ó hacer alguna cosa* (1); y se divide en nudo y no nudo. Nudo es aquel *Que se contiene en los límites de convencion, sin pasar á ser contrato;* y no nudo, ó por un solo nombre *contrato*, es *Convencion que tiene nombre cierto, ó faltando este, causa civil de obligar;* y de ahí es que los contratos se dividen en nominados é innominados; y sea esta la I. division. Nominados son los que tienen nombre propio, como venta, compañía; é innominados los que no lo tienen, y son de cuatro especies, *doy para que des, doy para que hagas, hago para que des, hago para que hagas, l.* 5. *tit.* 6. *P.* 5. (2); y este dar ó hacer es la causa de obligar que hemos espresado en la definicion. En estos contratos el que cumplió por su parte, tiene derecho de escoger, ó bien apremiar al otro que lo cumpla por la suya, ó que pague los perjuicios que le ha ocasionado de no cumplirlo, y debe ser creido por su juramento con la tasa del juez, *d. l.* 5.

3 II. Division de contratos en unilaterales y bilaterales. Se llaman unilaterales aquellos en que uno solo de los contrayentes queda obligado, cual es el préstamo ó mutuo, en que solo se obliga el que lo recibe; y bilaterales, en que ambos lo están, como la compra, locacion ó arrendamiento; y adviértase haber algunos, que al principio solo se obliga uno, y despues por incidencia se obliga otro, como el comodato y depósito, segun esplicaremos hablando de ellos. III. Division, que nace del diferente modo de contraerse ó perficionarse, en consensuales, verbales, reales y literales, segun se perficionan por nudo consentimiento, palabras, entrega de cosa ó escritura, como lo iremos notando, cuando hablemos de cada uno de ellos. De todos los contratos nace obligacion (entenderemos siempre la civil y natural), porque las causas ó fuentes principales y regulares de esta son contrato, cuasi contrato, delito ó cuasi delito, y en nuestra España el pacto serio y deliberado, porque segun la famosa *ley* 1. *tit.* 10. *de la Nov. Rec.*, queda obligado el que de cualquier manera parezca que se quiso obligar á otro, aun entre ausentes. Ademas hay otras causas irregulares, que las dicta la equidad ó algun respeto hácia el bien público.

(1) L. 1. § 2. de pact. (2) L. 5. de præscript. verb.

De estas nace la obligacion que tenemos de exhibir la cosa que alguno pide como suya, y la que tiene de pagar el duplo de los materiales ajenos el que los puso en su edificio. El célebre jurisconsulto romano Cayo dijo, que estas nacian de varias figuras de causas (1).

4 Es menester advertir aquí, que hay algunos pactos reprobados por el Derecho, y que por lo mismo están muy léjos de poder producir obligacion como son: I. El que suele llamarse con el nombre latino de *quota litis*, esto es, el que hace el que ha de litigar con su abogado de darle cierta parte de la cosa que ha de ser asunto del pleito: el cual ademas de no valer, imposibilita al abogado á poder abogar por otro, como á infame, *l.* 14. *tit.* 6. *Part.* 3. (2). II. El que llaman *antichreseos*, esto es, el que se hace para que el acreedor que tiene alguna cosa del deudor á peños, perciba sus frutos miéntras la tuviere, porque todos deben ser del deudor, *l.* 2. *tit.* 13. *P.* 5. El Derecho canónico tambien lo ha reprobado como á usurario, *capp.* 1. *y* 2. *de usur. capp.* 4. *y* 6. *de pignor. en las Decretales de Gregor. IX.* III. Generalmente los que se hacen con dolo ó por fuerza, y contra las leyes y buenas costumbres, *l.* 28. *l.* 38. *tit.* 11. *P.* 5. (3), á los cuales creemos pueden referirse algunos que espresamente reprobaron las leyes romanas, y no hallamos espresados en las nuestras, como el que hace el enfermo con el médico de pagarle mas de lo que le corresponde (4), y los de la futura sucesion de uno que vive sin su consentimiento (5). De cuyos pactos trata lata y pesadamente Antonio Gómez en la *l.* 22. *de Toro.*

5 Transaccion ó concordia es una especie de contrato innominado, como lo reconoció Gregor. Lóp. en la *glosa* 1. *de la ley* 5. *tit.* 6. *P.* 5., y lo prueba latamente Valeron *de transact. tit.* 1. *quæst.* 3. *y* 4., porque no puede haberla sin que los transigentes se den, reciban, ó remitan mutuamente alguna cosa (6). Es *Decision convenida, no gratúita de cosa dudosa.* Se dice *decision*, porque decide ó termina los pleitos, y por ello la recomiendan mucho las leyes y sus intérpretes: *convenida*, porque se hace por convencion de las partes: *no gratúita*, por lo que hemos

(1) L. 1. de oblig. (2) L. 33 de pact. l. 5. C. de postul.
(3) L. 7. §. 7. l. 28. de pact. (4) L. 9. C. de Prof. et Med.
(5) L. ult. C. de pact. (6) L. 38. de transact.

dicho, que no se hace sin dar y recibir: *de cosa dudosa*, esto es, de cosa de que ya hay pleito ó amenaza, ó puede haberlo. No solo puede hacerse especial de la cosa que se litiga, sino tambien con ocasion de esta disputa, generalmente con estension á todos los pleitos ó desavenencias que puedan tener entre sí los litigantes (1). Pero si no hubiese controversia alguna, no podrá hacerse con esta generalidad, para evitar que se finjan pleitos que no puede haber, y con este motivo se saque dinero á los incautos, Valeron, *título* 2. *quæst.* 1. *n.* 22. (2).

6 Como la transaccion es especie de enajenacion, claro está, que no pueden hacerla aquellos que no pueden enajenar, como los furiosos, pródigos, mentecatos, infantes, impúberes sin autoridad de sus tutores. De los procuradores dice espresamente la *ley* 19. *tit.* 5. *P.* 3., que puede transigir el que tuviere poder especial para ello; y tambien el que le tenga general, libre y llenero para hacer cumplidamente todas las cosas en el pleito que el mismo otorgante podria hacer, ó como suele decirse, el que le tuviere concedido con libre, franca y general administracion. Pero advierte bien Gregor. Lóp. en las *glosas* 8. *y* 9. *de esta ley*, que aunque concede indistintamente esta facultad á tales procuradores generales, no debe entenderse en aquellas cosas que serian muy perjudiciales á los otorgantes, por el abuso de los escribanos, que suelen poner estas palabras de su bolsillo, segun su estilo, ignorándolo los otorgantes; y de esta misma opinion son Covarrúb. 1. *var. resol. cap.* 6. *n.* 3. y Valeron *de transact. tit.* 1. *quæst.* 5. *nn.* 27. *y* 28., citando á otros muchos. Y con efecto vemos, que en la práctica, para evitar esta duda y peligro, ninguno quiere transigir con procurador que no tenga poder especial.

7 Se puede transigir de todas las cosas dudosas, á escepcion de algunas, de las que absolutamente no se puede, ó solo se permite bajo ciertas limitaciones. En primer lugar, no puede transigirse, ni vale la transaccion que se hiciere sobre lo que se manda en algun testamento, sin abrirse y verse este; porque podria acaecer que recibiesen engaño los otorgantes en la composicion que hicieran ántes, *l.* 1. *tit.* 2. *P.* 6. Y creemos tener lugar esta doctrina tambien

(1) L. 9. l. 12. de transact. (2) L. 8. §. 20. eod.

en el caso que los otorgantes renunciaran la vista del testamento; porque la ley prohibitiva no se puede renunciar, y esta prohibicion se ha establecido para evitar engaños. Tampoco puede transigirse de los alimentos futuros que se deben por testamento, sin autoridad del juez. Varias leyes romanas lo establecieron espresamente, fundadas en diferentes razones, siendo la principal el precaver que fuese engañado el alimentario, cediendo los alimentos de alguna consideracion, por un muy pequeño don de presente, y viéndose sin poder comer, contra la voluntad de quien los dejó (1). Y aunque no hallamos establecida en las nuestras esta sentencia, nos ha parecido notarla aquí, por defenderla todos nuestros autores, y estar recibida en la práctica, por las equitativas razones que la persuaden, Valeron *de transact. tit.* 3. *quæst.* 3. Castillo *de alimentis cap. ult.* en donde citan á otros muchos. No pertenece á los alimentos pasados, ni á los debidos por contrato, por cesar en ellos las razones que ocurren en los presentes (2), los mismos Val. y Castillo en los lugares *citados*. Y el juez no debe conceder su permiso sin conocimiento de causa (3).

8 En cuanto á delitos, es cosa cierta que sobre futuros no puede transigirse, ni hacerse pacto alguno (4), porque se presentaria asa ú ocasion para delinquir. Sobre pasados, se ha de distinguir en si se trata de ellos civil ó criminalmente. Si lo primero, puede otorgarse transaccion, porque tratándose entónces solamente de interes pecuniario, no aparece razon que pueda impedirla (5); pero podrá el juez imponer al reo que transigió, la pena que corresponde al delito, porque lo confiesa transigiendo, *l.* 22. *tit.* 1. *P.* 6., que esceptúa el delito de falsedad, el cual no se entiende confesar el que transige sobre él. Y añade, que si el que transigió pagando algo á su contendor ó acusador, lo hizo sabiendo no tener culpa, para libertarse de la vejacion de seguir el pleito, y esto lo pudiese probar, no debe pena alguna, ni se entiende que confesó el delito; ántes bien deberá pagar el acusador el cuádruplo de lo que recibió, si se le piden dentro de un año, y si despues del año el duplo. Si se trata criminalmente del delito, de ninguna suerte se podrá transigir; porque (segun hemos dicho) no puede impedir el pacto de los particulares la pública coercicion ó castigo de los delitos (1), ni permite el rigor de la pública disciplina que los delitos queden sin castigo (2). Si el delito fuese tal, que mereciese el reo las penas de muerte ó de perdimiento de miembro, y por miedo de ellas quisiere transigir con su acusador dándole algo, le es permitido, porque es cosa justa que cada cual pueda redimir su sangre, á escepcion del adulterio, que no admite transaccion en que se reciba dinero; pero puede el marido remitir ó perdonar el delito sin precio alguno, *d. l.* 22. Gregor. Lóp. en la *glosa* 11. *de esta ley*, y Ant. Góm. 3. *var. cap.* 3. *n.* 55. *sigg.* examinan latamente los efectos que produce la transaccion de estos delitos. Nos ha parecido omitirlo, porque ademas de no ser conforme á nuestro instituto derramarnos tanto en los asuntos, no son acomodables á la práctica que en el dia se observa en este particular, de tratarse siempre criminalmente estos asuntos á instancia del fiscal, sin intervencion de acusador particular ó privado.

(1) L. 8. de transact. (2) L. 8. C. eod. (3) D. l. 8. de transact. (4) L. 34. § ult. de furt. (5). L. 58. tit. 11. P. 5.

9 La transaccion es, como suele decirse, *stricti juris*, esto es, de estrecha interpretacion, y por ello solo se entiende y tiene su efecto en lo que espresa, sin estenderse de cosa á cosa, ni de persona á persona, como unánimemente lo sientan los autores, Castillo *tomo* 4. *controvers. cap.* 42. Valeron *de transact. tit.* 5. *quæst.* 2., citando muchísimas leyes romanas y varios doctores (3). El efecto de la transaccion es terminar el pleito sobre que se interpone, debiéndose conformar con ella los litigantes, *l.* 34. *tit.* 14. *P.* 5. (4), de suerte que tiene tanta fuerza como la cosa juzgada, y produce la escepcion de pleito acabado, como lo veremos mas latamente al tratar de las escepciones. Y se considera muy favorable, por inventada para el beneficio público de poner fin á los pleitos, Castillo, *lib.* 8. *controvers. cap.* 36. §. 2. *n.* 32. (5).

10 Sin embargo de la firmeza de las transacciones en utilidad del público, para que los pleitos no resuciten, se rescindirán, cuando se otorgaron en vista y con apoyo de falsos instrumentos; pero si los instrumentos solo dijeran relacion á alguno de los capítulos de la transaccion, solamente en cuanto á este obraria la rescision, y quedan fir-

(1) L. 31. de pact. dotal. (2). L. 21. § 2. ad. leg Aquil. (3) L. 5. l. 9. §§. 1. et 3. de transact. (4) L. 20. eod. (5) L. 10. C. eod.

mes los otros (1); y lo mismo deberá decirse, si se probare haberse hecho con dolo, *l.* 34. *tit.* 14. *P.* 5., ó por miedo que cae en varon constante (5), Valer. *tit.* 6. *de transact. quæst.* 3. *n.* 7. El mismo Valeron en el *propio tit.* 6. *quæst.* 2. y Castillo *lib.* 8. *controvers.* ó *de alimentis*, *cap.* 36. *desde el n.* 84. tratan latísimamente la cuestion de si se rescinde por las lesiones enorme ó enormísima. Convienen los dos, apoyados en varias razones, y soltando las objeciones, en que no se rescinde por la enorme; pero discuerdan en cuanto á la enormísima. El primero siente, que se rescinde por esta, y que no es contraria su opinion á *d. l.* 34. *tit.* 14. *P.* 5., y Castillo prueba con fervor, que segun *esta ley*, ni aun por la enormísima se rescinde: rechazando varias modificaciones de otros celebérrimos intérpretes nuestros, que quieren templar de varios modos su doctrina. Inclinamos á la opinion de Castillo, que es lo mas que puede decir un institutista á la vista de una cuestion tan reñida y difícil, apoyada por ambas partes con grande multitud de razones de autores, como puede verse en los dos citados. Y solo queremos advertir en conclusion de este título, ser lesion enormísima la que escede notablemente á la mitad del justo precio. Las leyes no espresan la cantidad del esceso, y por ello juzgan los autores deber definirse por el arbitrio del juez. El Señor Covar. pone dos ejemplos prácticos en el *lib.* 2. *var. resol. cap.* 4. *n.* 5. y Parlador. *lib.* 2. *rer. quotidian. cap.* 4. *n.* 51. dice, que basta, si escede el duplo ó el triplo; y al mismo tiempo ser la enorme la que escede algun poco la mitad del justo precio.

TÍTULO X.

DE LAS VENTAS Y COMPRAS.

Tít. 5. P. 5. Tít. 12. lib. 10. de la Nov. Rec. (2).

1. *Cuáles son las fuentes ó causas ordinarias de las obligaciones; y la division de los contratos por el diferente modo de contraerse.*
2. *Qué cosa sea venta.*

(1) L. 42. eod. (2) L. 15. eod. (5) Tit. 24. lib. 5. Inst.

3. *El precio debe ser en dinero, y cierto, y cómo lo es.*
4. 5. *Este contrato se perficiona por el solo consentimiento; cuán estrecha es esta obligacion; y si se puede contraer por cartas ó procurador, y cómo.*
6. 7. *Deben concordar los contrayentes en la cosa y el precio; y cuándo hay discordancia.*
8. 9. 10. *Quiénes pueden comprar y vender, y quiénes están prohibidos.*
11. 12. *Cosas que no pueden venderse, y casos en que pueden.*
13. 14. 15. *Cosas que solo se pueden comprar ó vender con alguna limitacion.*
16. *Las demas cosas se pueden vender: y de las ventas de cosas no existentes, y de las herencias.*
17. *Ninguno puede ser precisado á vender sus cosas, y casos de escepcion.*
18. *De los que compran con dinero ajeno; y de cuando la cosa se vende á dos.*
19. *De las ventas en que interviene dolo, ó se hacen por miedo.*
20. *Valen los pactos que no son contra las leyes ó buenas costumbres.*
21. *Del pacto llamado* adicion en dia.
22. *Del pacto llamado* comisorio, *y otro semejante.*
23. 24. *Qué cosas abraza la venta.*
25. 26. 27. *A quién pertenece el daño y provecho de la cosa vendida.*
28. 29. *Está obligado el vendedor á la eviccion, cuyos efectos se esplican.*
30. 31. *Casos en que no tiene lugar la obligacion de la eviccion.*
32. *Ademas del contrato de venta tiene lugar en otros la eviccion.*
33. *Si el vendedor no manifiesta el vicio de la cosa que vende, está tenido á las acciones dichas* redibitoria, *y* quanti minoris, *las que se esplican.*
34. *Casos en que cesan estas acciones.*
35. *Dos casos sobre ventas de cosas empeñadas, ó que se empeñaron despues de vendidas.*
36. *De las ventas en que hay engaño en mas de la mitad del justo precio.*

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

mes los otros (1); y lo mismo deberá decirse, si se probare haberse hecho con dolo, *l.* 34. *tit.* 14. *P.* 5., ó por miedo que cae en varon constante (5), Valer. *tit.* 6. *de transact. quæst.* 3. *n.* 7. El mismo Valeron en el *propio tit.* 6. *quæst.* 2. y Castillo *lib.* 8. *controvers.* ó *de alimentis*, *cap.* 36. *desde el n.* 84. tratan latísimamente la cuestion de si se rescinde por las lesiones enorme ó enormísima. Convienen los dos, apoyados en varias razones, y soltando las objeciones, en que no se rescinde por la enorme; pero discuerdan en cuanto á la enormísima. El primero siente, que se rescinde por esta, y que no es contraria su opinion á *d. l.* 34. *tit.* 14. *P.* 5., y Castillo prueba con fervor, que segun *esta ley*, ni aun por la enormísima se rescinde: rechazando varias modificaciones de otros celebérrimos intérpretes nuestros, que quieren templar de varios modos su doctrina. Inclinamos á la opinion de Castillo, que es lo mas que puede decir un institutista á la vista de una cuestion tan reñida y difícil, apoyada por ambas partes con grande multitud de razones de autores, como puede verse en los dos citados. Y solo queremos advertir en conclusion de este título, ser lesion enormísima la que escede notablemente á la mitad del justo precio. Las leyes no espresan la cantidad del esceso, y por ello juzgan los autores deber definirse por el arbitrio del juez. El Señor Covar. pone dos ejemplos prácticos en el *lib.* 2. *var. resol. cap.* 4. *n.* 5. y Parlador. *lib.* 2. *rer. quotidian. cap.* 4. *n.* 51. dice, que basta, si escede el duplo ó el triplo; y al mismo tiempo ser la enorme la que escede algun poco la mitad del justo precio.

TÍTULO X.

DE LAS VENTAS Y COMPRAS.

Tít. 5. P. 5. Tít. 12. lib. 10. de la Nov. Rec. (2).

1. *Cuáles son las fuentes ó causas ordinarias de las obligaciones; y la division de los contratos por el diferente modo de contraerse.*
2. *Qué cosa sea venta.*

(1) L. 42. eod. (2) L. 15. eod. (5) Tit. 24. lib. 5. Inst.

3. *El precio debe ser en dinero, y cierto, y cómo lo es.*
4. 5. *Este contrato se perficiona por el solo consentimiento; cuán estrecha es esta obligacion; y si se puede contraer por cartas ó procurador, y cómo.*
6. 7. *Deben concordar los contrayentes en la cosa y el precio; y cuándo hay discordancia.*
8. 9. 10. *Quiénes pueden comprar y vender, y quiénes están prohibidos.*
11. 12. *Cosas que no pueden venderse, y casos en que pueden.*
13. 14. 15. *Cosas que solo se pueden comprar ó vender con alguna limitacion.*
16. *Las demas cosas se pueden vender: y de las ventas de cosas no existentes, y de las herencias.*
17. *Ninguno puede ser precisado á vender sus cosas, y casos de escepcion.*
18. *De los que compran con dinero ajeno; y de cuando la cosa se vende á dos.*
19. *De las ventas en que interviene dolo, ó se hacen por miedo.*
20. *Valen los pactos que no son contra las leyes ó buenas costumbres.*
21. *Del pacto llamado* adicion en dia.
22. *Del pacto llamado* comisorio, *y otro semejante.*
23. 24. *Qué cosas abraza la venta.*
25. 26. 27. *A quién pertenece el daño y provecho de la cosa vendida.*
28. 29. *Está obligado el vendedor á la eviccion, cuyos efectos se esplican.*
30. 31. *Casos en que no tiene lugar la obligacion de la eviccion.*
32. *Ademas del contrato de venta tiene lugar en otros la eviccion.*
33. *Si el vendedor no manifiesta el vicio de la cosa que vende, está tenido á las acciones dichas* redibitoria, *y* quanti minoris, *las que se esplican.*
34. *Casos en que cesan estas acciones.*
35. *Dos casos sobre ventas de cosas empeñadas, ó que se empeñaron despues de vendidas.*
36. *De las ventas en que hay engaño en mas de la mitad del justo precio.*

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

37. *Se esplican cuáles circunstancias son esenciales, cuáles naturales, y cuáles accidentales en los contratos.*

38. *Se esplica qué cosas deben prestarse en los contratos.*

1 Dijimos al *n.* 3. *del. tít. antecedente*, que las causas ó fuentes ordinarias y regulares de donde nacen las obligaciones, son contrato, cuasi contrato, delito, ó cuasi delito; y que por el diferente modo de contraerse, se dividen los contratos en consensuales, verbales, reales y literales. Empezamos por los consensuales, por ser los mas sencillos y usuales. Son cuatro, compra y venta, arrendamiento, compañía y mandato. Se llaman consensuales, porque se perficionan ó constituyen por el solo consentimiento. El mas famoso, útil y frecuente es la compra, formado despues de haberse inventado el dinero, al cual llama con razon Aristóteles *el fiador de la humana indigencia;* pues por él se socorren los hombres en sus necesidades, lo que ántes se hacia con mucho embarazo por el medio de las permutas.

2 Lo que ahora llamamos *venta*, lo llamaron tambien así las leyes de la *Recopilacion;* pero las de las *Partidas* lo apellidan *vendida*, y por este nombre se significa todo el contrato de que hablamos, como asimismo por la palabra *compra;* lo que se ha introducido para la mayor espedicion y comodidad en el hablar, para no haber de repetir á cada paso las dos palabras *compra y venta ó vendida*, para designar el contrato. La *ley* 1. *tít.* 5. *P.* 5. dice ser la vendida *Una manera de pleitos que usan los omes entre sí, é se face con consentimiento de las partes por precio cierto en que se avienen el comprador é el vendedor.* Los lógicos censurarán esta esplicacion, porque ni espresa que debe haber cosa que se vende, ni que el precio haya de consistir en dinero, cuyos dos requisitos son de la esencia de este contrato; pero uno y otro se dejan entender por sus palabras. El primero, por la palabra *precio*, que no pudiendo ser de la nada, porque no lo tiene, es preciso sea de alguna cosa; y el segundo, por la voz *cierto*, que solo puede verificarse en el dinero. Debe pues sentarse como indubitable, que no puede haber venta sin cosa que se venda, ni sin precio cierto que consista en dinero, *d. l.* 1. *l.* 9. *d. tít.* 5.

3 En cuanto á ser cierto el precio, no es necesario que lo sea absolutamente, como si dijera el vendedor, te vendo mi caballo por 100 pesos: basta lo sea por relacion á otra cosa. Valdrá pues el contrato, si dijere, te lo vendo por tanto dinero, cuanto tengo en el arca, ó por cuanto le compré: bien que en ambos casos claudicaria la venta por falta de precio, si no se encontrare dinero en el arca del vendedor, ó él no tuviese el caballo por compra, sino por donacion ó herencia, *l.* 10. *d. tít.* 5. (1). No vale si se pone el precio en el arbitrio ó voluntad de alguno de los contrayentes. Pero si ambos convinieren en que le señalara alguna otra persona cierta y determinada, valdria si esta le señalaba: bien que si lo señalare desaguisadamente, mucho mayor ó menor de lo que vale la cosa, deberia ser enderezado ó regulado, segun el arbitrio de hombres buenos. Y si el tal muriere ántes de señalar el precio, no valdria la venta *d. l.* 9. (2).

4 Se constituye este contrato por el solo consentimiento de los contrayentes en la cosa y en el precio, si no es que convinieren en que fuese hecha escritura de la venta, en cuyo caso seria menester ademas que la escritura fuese hecha ú otorgada, pudiéndose hasta entónces arrepentir cualquiera de los contrayentes. Pero perficionado el contrato, ó bien por solo consentimiento, ó por la escritura en los términos esplicados, ambos están tenidos á cumplirlo, sin que haga falta que el comprador no haya dado al vendedor señal alguna, á la que comunmente llaman *arras. l.* 6. *d. tít.* 5. (3). Y adviértase con cuidado, que esta señal se puede dar ántes de estar perficionado el contrato, cuando todavía hay lugar de arrepentimiento; y entónces si se arrepiente el comprador que la dió, la debe perder; y si el vendedor, debe tornar la señal doblada al comprador, y no valdrá la venta. Pero si cuando el comprador dió la señal, dijo que la daba por señal, y por parte del precio, ó por otorgamiento, esto es en prueba de estar perficionado el contrato, entónces no se puede arrepentir ninguno de ellos, ni deshacer la venta de modo que no valga, *l.* 7. *d. tít.* 5., y con arreglo á ella Greg. Lóp. en la *glosa* 3. *de la*

(1) L. 7. § 1. de contr. empt.
(2) § 1. Inst. de empt. et vend.
(3) Princ. Inst. de empt. et vend.

misma, Hermosilla en la *propia glosa*, Azevedo *l.* 1. *título* 3. *lib.* 10. *de la Nov. Rec. n.* 5.

5 Y es tan estrecha la obligación de los contrayentes de cumplir el contrato, sin poderse arrepentir ninguno de ellos, despues de estar perficionado, que aunque alguno sacare carta del rey para deshacerlo, subsistiria y no valdria la carta, *l.* 61. *d. tít.* 5. (1). Ni tendria obligacion el comprador de consentir que se deshiciese el contrato, aunque el vendedor le ofreciese el precio doblado, *d. l.* 61. *d. tít.* 5. (2). Perficionándose este por el consentimiento, que puede manifestarse por cartas ó procuradores, se podrá celebrar estando uno de los contrayentes en un lugar y el otro en otro, y no estando la cosa delante de ninguno de ellos, *l.* 8. *d. tít.* 5 (3). Y si se hace por procurador, parece exigir la *ley* 48. *d. tít.* 5. *P.* 5. que se señale el precio, por las palabras *señalándole por cuánto precio*. Pero Gregor. Lóp. en la *glosa* 5. *de la misma* dice, que parece se señala bastante, si se comete al arbitrio del procurador; y qué si no se señala precio parece mandar al dueño, que la venda al justo precio, fundado en dos testos del Derecho romano (4); y así lo vemos recibido en la práctica.

6 Si los contrayentes discordasen en el precio, queriendo el vendedor que fuese mayor, y el comprador menor, no valdria el contrato; pero valdria por lo contrario, si el comprador estuviese por el mayor, y el vendedor por el menor, *l.* 20 *d. tít.* 5., que no esplica el cómo, ni tampoco Gregor. Lóp. al sumarla, contentándonos en alegar en su apoyo la *l. Si decem* 52. *de las Pandectas, tit. locati conducti*, que en términos semejantes habla de la locacion ó arrendamiento, y establece valga en el precio menor, lo que dicta tambien la razon; porque siempre que el que ha de soltar el precio, lo señala mayor que el que lo ha de recibir, se reputa que tambien quiere recibir la cosa por ménos, y el vendedor que lo recibe, tiene el menor que le contentaba, y de consiguiente para nadie hay agravio en que se entienda el mutuo consentimiento de ambos de que se trasfiera la cosa del vendedor al comprador por el menor precio que aquel quiso.

7 La discordancia en la cosa, claro está que impide

(1) L. 5. de rescind. vend. (2) L. 6. eod. (3) L. 1. C. de contr. empt.
(4) § 1. Inst. de empt. et vend. 16. § ult. de pignor.

el valor del contrato. Y en cuanto el error en ella se considera discordancia, no vale, cuando consiste en la sustancia de la cosa que se vende, como si yo comprara laton, creyendo que era oro, ó estaño, pensando que era plata (1). Lo contrario se dirá, si el error solo lo es en el nombre de la cosa. *l.* 21. *d. tít.* (2). Si el error fuere en el número, porque se celebró la venta de una pieza de tierra, con la espresion de que contenia 100 tahullas, y tenia 80 ó 120, seria válida; pero se puede dudar si se debe disminuir ó aumentar el precio. Y la verdadera resolucion es, que si la pieza se ha vendido como á cuerpo cierto, no hay lugar á la diminucion ó aumento; pero lo habrá, si la venta se hubiese hecho con respecto á la medida. Así lo probamos bien en nuestro *Digesto*, *lib.* 18. *tit.* 1. *n.* 4., fundados en la justicia de varias leyes romanas (españolas no tenemos), que adopta Antonio Gómez, 2. *var. cap.* 2. *n.* 16. con otros muchos que cita, y tambien Ayllon, y muy lata y sólidamente el señor Covarrúbias, *pract. quæst. cap.* 3., distinguiendo muchos casos en que puede haber dificultad.

8 Pueden comprar y vender aquellos que pueden obligarse el uno al otro, *l.* 2. *d. tít.* 5., que de ahí infiere no poder vender el padre al hijo que tiene en su poder, ni el hijo al padre, si no es que fuese cosa del peculio castrense ó cuasi castrense. Cómo pueden vender los tutores ó curadores, lo dijimos hablando de ellos, *lib.* 1. *tit.* 7. *n.* 36. Y ni ellos ni los cabezaleros, esto es, testamentarios ó albaceas, ni cualquier otro que sea hombre ó mujer que administre bienes de otro, puede comprar bienes de aquellos que administrare pública ni secretamente; y si se pudiese probar la compra que así fué hecha, no vale, y ha de volver el comprador el cuatro tanto de lo que valia lo que compró, y esto ser para la Cámara del rey, *l.* 1. *tit.* 12. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* Azevedo en el comentario de *esta ley nn.* 12. *y siguientes* prueba que por compra se entiende cualquier acto ó contrato en que se trasfiere el dominio, y examina al *n.* 3. si es ó no correctoria de la *ley* 4. *tit.* 5. *P.* 5., en cuanto permite esta la compra á los tutores, si se hace bajo ciertas circunstancias, inclinando á la afirmativa contra Matienzo y Gutiérrez, poniendo algunas escepciones.

(1) L. 9. § 2. de contr. empt. (2) D. l. 9. § 1.

Ni tampoco pueden comprar heredad alguna, ni edificar casa en tierra de su jurisdiccion los gobernadores, corregidores, sus oficiales, ni otro alguno de su compañía, ni por sí ni por otro, *ley* 5. *d. tít.* 5. *l.* 3. *tít.* 11. *lib.* 7. *de la Nov. Rec.*, que tambien les prohibe usar en ella el trato de mercadería, ó traer ganados á la misma tierra, so pena que el que lo contrario hiciere, pierda lo que así comprare ó edificare ó tratare, ó el ganado que así trajere, para la Cámara del rey.

9 Los corredores no pueden comprar ni vender, ni tratar en mercaderías de cualquiera calidad que sean, por sí ni por interpuesta persona, ni las pueden tener siendo propias suyas para vender, so pena que por cada vez que lo hicieren, pierdan las dichas mercaderías, y caigan ademas en la pena de 10000 maravedís, aplicados por tercias partes á la Cámara, juez y denunciador. Y asimismo ningun corredor puede comprar por sí ni por interpuesta persona cosa alguna de las que se dieren á vender á otro corredor; ni puede dar á vender un corredor á otro las cosas que se le hubieren dado para que él las venda; y por cada vez que cada uno de ellos lo hiciere, cae en la pena de 10000 maravedís, aplicados en la misma forma, *l.* 4. *tít.* 6. *lib.* 9. *de la Nov. Rec.*, establecida por el señor Felipe II, á peticion de las Cortes de Madrid del año 1583. Cuya ley, como dice Azevedo en su comentario, amplía la 14. *tít.* 12. *del mismo lib.* que habla del propio asunto, y es mas antigua y diminuta; y por lo mismo parece deberá entenderse corregida por esta en lo que discuerda. [Acerca de las negociaciones prohibidas á los corredores véanse los art. 99. á 106. del *Código de comercio.*] Los ropavejeros no pueden comprar cosa alguna en las almonedas, *ley* 4. *título* 12. *lib.* 10.

10 La *ley* 17. *tít.* 1. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* prohibe con graves penas, que ningun hijo de familias que esté bajo del poder de su padre, ni menor que tenga tutor ó curador, pueda comprar, ni tomar ni sacar en fiado, ni otro en su nombre sin licencia de los susodichos, géneros algunos de mercaderes, ni otra cualquier persona, declarando nulas tales compras, y cualesquiera fianzas y seguridades dadas para su firmeza. Y lo mismo establece de las compras que hacen al fiado los mayores ó menores que no están bajo del

poder paternal, ó de tutor ó curador, para cuando se casaren ó heredaren ó sucedieren en algun mayorazgo, mandando que ninguna persona les haga tales ventas, ni preste dineros, plata, oro ú otro cualquier género á pagar en los casos susodichos y tiempos inciertos: todo bajo la pena de nulidad y otras. Y la 1. *tít.* 8. *lib.* 10. prohibe se venda cosa alguna al fiado al estudiante estante en el estudio, ó le preste dinero, sin voluntad de su padre ó del que allí le tuviere á su costa.

11 Dijimos lo que era menester en el precio, para que fuera válida la venta: veamos ahora lo que se necesita en la cosa, que es otro de los requisitos en este contrato. Es menester que esté en el comercio de los hombres, esto es, que pueda adquirirse su dominio á lo ménos por el comprador. De ahí es que no pueden venderse el hombre libre, las cosas que se dicen de derecho divino, sagradas, religiosas, santas, y las que son de uso público, como plazas, caminos, rios, *l.* 15. *d. tít.* 5. (1), la cual añade á lo último, que el no poderse vender dichas cosas de derecho divino, debe entenderse de por sí separadamente; pero como accesorio ó adherente á alguna universidad de bienes, vendida esta, se entienden ellas vendidas, y pasan al comprador: lo que tambien dice la *ley* 8. *tít.* 15. *P.* 1. Y hay ademas varios casos de necesidad en que pueden venderse las cosas sagradas de las iglesias, referidas en la *l.* 1. *tít.* 14. *P.* 1., y son: I. Por grande deuda que debiese la iglesia, que no se pudiese quitar de otra manera. II. Para redimir sus parroquianos de cautiverio, si no tuviesen ellos con qué librarse. III. Para dar á comer á pobres en tiempo de hambre. IV. Para hacer su iglesia. V. Para comprar lugar cerca de ella para crecer el cementerio. VI. Por bien de la iglesia, para comprar otra mejor. Es dignísima de leerse en este particular la doctrina de san Ambrosio, puesta en el *Decreto de Graciano* en el famoso *cap. aurum* 70. *causa* 12. *quæst.* 2.

12 Tampoco pueden venderse los mármoles ú otra piedra ó madera, que están constituyendo algun edificio, *l.* 16. *d. tít.* 5., por considerarse fuera del comercio con este respecto; ni las cosas de mayorazgo ó fideicomiso. Asimismo

(1) § ult. Inst. de empt. et vend.

ninguno puede comprar la cosa que es suya, porque lo que ya es nuestro, no podemos adquirirlo de nuevo otra vez. Esto se entiende cuando toda la cosa es suya; porque si otro alguno tuviese parte en ella, valdria la venta en la parte que es ajena. Por ello puede el propietario de alguna cosa comprar la posesion que tuviese otro. Y de la misma suerte el que posee alguna cosa, puede comprar la servidumbre que otro tenga sobre ella, *l.* 18. *d. tít.* 5. Cuándo valga, y cuándo no la venta de casa ú otro edificio quemado, ó árboles arrancados, lo trae latísimamente la *ley* 14. *d. tít.* 5., poniendo muchos casos. Los omitimos, porque seria muy fastidiosa su relacion; y el que la necesite, lo puede ver allí.

13 Hay algunas compras y ventas que están prohibidas con alguna limitacion, de las cuales se trata principalmente en el *tít.* 12. *de la Nov. Rec.*, y vamos á notar algunas aquí lijeramente. En la *ley* 1. *título* 19. *lib.* 7. *de la Nov. Rec.* solo se permite comprar pan, esto es, trigo adelantado, con la condicion de haberle de pagar el comprador á los vendedores al precio que comunmente valiere en la cabeza del lugar donde le comprare, 15 dias ántes ó despues de Nuestra Señora de setiembre, aunque lo hubiese comprado ó concertado á ménos precio, prohibiendo espresamente que pueda comprarse de otra manera. Y la siguiente *ley* 2. *y* 10. manda, que en este modo de comprar tengan preferencia las alhóndigas comunes de los pueblos, á todas las personas particulares, eclesiásticas y seglares. Esta tasa, que segun el principio de *d. l.* 1., se puso para obviar agravios, esto es, segun parece, para que los acaudalados no graven tanto á los pobres en una cosa tan necesaria como el pan, convendria se estendiese tambien, por la misma razon, al trigo que se vende á los pobres al fiado, para que lo paguen al tiempo de la cosecha. En mi patria, la villa de Pego de este reino de Valencia, y otros pueblos circunvecinos, hay la loable costumbre de que á los últimos de junio ó principios de julio, el ayuntamiento entero tasa el precio á que debe cobrarse el trigo que se ha vendido al fiado, con respecto al que ha tenido en los meses de abril y mayo, en que suelen vender los acaudalados el que les sobra, y se presume hubieran vendido el que ántes fiaron: lo que ejecuta con mucho exámen y moderacion, cuidando que no sea el mas alto que ha tenido, ni el mas bajo; y todos se conforman con esta tasa, si no es que alguno esprese al comprador al tiempo de vendérselo al fiado, que quiere se lo pague al precio entónces corriente en el que se vende al dinero, y este lo acepte, como suele aceptarlo; porque con efecto este pacto es mas favorable al comprador que al vendedor.

14 En la *l.* 3. *del mismo tít.* 19. se previene, que ninguno pueda comprar trigo, cebada, avena ni centeno en poca ni mucha cantidad para revenderlo, so pena que pierda lo que así haya comprado, y se reparta en cuatro partes, la una para el denunciador, la otra para el juez que lo sentenciare, y las otras para los pobres del lugar donde acaeciere, con pena de destierro ademas. Y esceptúa á los recueros, trajineros, y otras personas que tienen por trato y costumbre llevar mercaderías de unas partes á otras, y en retorno compran para tornar á vender, y á los que compran para llevar de un lugar á otro para la provision y mantenimiento de ellos, con tal que no lo entrojen ni ensilen para encarecerlo. La estension que se pone al fin de esta ley á los arrendadores, está derogada por la *l.* 5. *d. tít. y lib.*, como lo advierte Azev. *al princ. del comentario de d. l.* 3. En los mismos términos, y con la misma pena prohibe la *l.* 7. *tít.* 5. *lib.* 9. *de la Nov. Rec.* comprar garrobas y yeros para vender. La ropa que hubieren comprado los ropavejeros no la pueden vender ni deshacer sin tenerla ántes colgada á su puerta, para que manifiestamente se pueda ver por todos, á lo ménos por 10 dias, *l.* 3. *tít.* 12. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.*

15 Ninguna persona, por sí ni por otra, puede comprar capullos de seda ni seda cruda en madeja para tornarla á vender en la misma especie, *l.* 5. *tít.* 5. *lib.* 9. *Nov. Rec.* De otras limitaciones en ventas de seda y paño hablan algunas leyes de *d. tít.* 12., en cuyo asunto los nuevos fraudes y circunstancias que se han observado despues, han precisado á hacer algunas variaciones y añadiduras en los posteriores reglamentos del comercio, donde pueden verse. La *ley* 4. *tít.* 7. *d. lib.* 9. prohibe bajo graves penas, que ninguno pueda comprar carnes vivas para tornarlas á revender en pié en las mismas ferias, mercados ó rastros. *Cuya ley* la entiende Azevedo de los que las com-

pran con esta intencion y solo el fin de hacer ganancias; y no de los labradores que las compran para el uso de la agricultura, ó de su familia, y mudando despues de dictámen, las vuelven á vender. La *ley* 7. *tít.* 17. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* contiene varias prohibiciones y permisos para comprar mantenimientos á cinco leguas de la corte, para revenderlos en ella. Y *la ley* 3. *tít.* 5. *lib.* 9. *Nov. Rec.* dispone tambien cómo pueden ó no comprarse algunas cosas para revenderlas. Y *la* 9. *del mismo tít.* prohibe, que ningun tratante, chalan ó regaton salga á los caminos, puertas, plazas y calles de la corte ni lugares de su contorno, para comprar ó atravesar de los dueños, arrieros ó trajineros ningun género de los que condujeren para el abasto de la corte. Las regalías que tiene el rey estancadas, como el tabaco, sal y otras, claro está, que solo pueden venderlas las personas destinadas por S. M. para ello, sin incurrir en las penas establecidas contra los infractores.

[Las restricciones al libre tráfico interior establecidas por las leyes de que se hace mencion en los números anteriores, con el objeto de favorecer unas veces al productor y otras al consumidor, perjudicando en realidad á ambos, eran hijas de la ignorancia de los principios de la economía política. Mas apénas esta ciencia comenzó á tener cabida en el gobierno del Estado, fueron derogándose aquellas prohibiciones. Ya á fines del siglo pasado se habia dado mayor amplitud al tráfico interior; pero recibió este un gran ensanche en lo que va del presente, con las disposiciones siguientes:

En 18 de mayo de 1827 se declaró que fuese estensiva á todo el reino la disposicion de la real órden de 5 de mayo de 1819, por la cual se suprimieron los permisos de compras de seda, ya para estraer, ya para elaborar, que concedia la intendencia de Valencia en virtud de la real cédula de 1.º de diciembre de 1772, así por ser este el espíritu de la referida real órden, como por exigirlo el fomento de la industria en toda la monarquía.

En 23 de noviembre de 1833 se dió el siguiente decreto: Art. 1.º Los contratos que se celebren entre los ganaderos y propietarios de lanas y los especuladores en este artículo, no serán en adelante sujetos á otra formalidad ó traba, que aquellas á que en el interes del órden y de la conveniencia

pública lo estén todos los demas contratos de compra y venta. Art. 2.º Como opuestas al principio de la libertad del comercio de lanas, se derogan y declaran sin efecto alguno para lo sucesivo las disposiciones que en diferentes épocas se han dictado con objeto de fijar las reglas que habian de observarse en la venta y tanteo de las mismas, las cuales disposiciones se hallan contenidas en *las leyes* 16, 17 *y* 18, *tít.* 13, *lib.* 10. *Nov. Rec.*; quedando derogadas asimismo cualesquiera otras declaraciones hechas posteriormente con el fin de restringir dicha libertad.

En 10 de diciembre de 1833 se decretó lo siguiente: Art. 1.º La venta y enajenacion por cualquier título del pescado, seda, sosa, barrilla, trapo, lino y cáñamo serán enteramente libres en adelante, y no podrán sujetarse á ninguna otra formalidad ó condicion que á las que recíprocamente establezcan entre sí los contratantes. Art. 2.º En consecuencia derogo, anulo y quiero que dejen de tener valor desde este dia todas las reales cédulas y resoluciones, que concedian el privilegio de tanteo de los espresados artículos á los abastecedores y obligados de los pueblos, y á los fabricantes de seda, papel, jabon y tejidos de lienzo, las cuales se hallan comprendidas en *las leyes* 11, 12, 13, 14, 15, 19, 20 *y* 21 *del título* 13. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.*; quedando igualmente derogadas cualesquiera otras declaraciones hechas anterior ó posteriormente con el fin de restringir el libre tráfico de dichos artículos.

En 20 de enero de 1834 se declararon libres en todos los pueblos del reino el tráfico, comercio y venta de los objetos de comer, beber y arder, pagando los traficantes en ellos los derechos reales y municipales á que respectivamente estén sujetos.

En 29 de enero de 1834 se declararon igualmente libres la venta y compra, negociacion y tráfico de harina, trigo, centeno, escanda, cebada, maiz, avena y demas granos y semillas en todo el interior del reino é islas adyacentes, sin sujecion á tasa ni estorbo alguno que coarte ó dificulte su comercio; quedando sujetos los contratos, permutas y transacciones que en esta materia se hicieren, en cuanto á su validez y efectos, solo á las leyes comunes que rigen en toda especie de contratos.

Finalmente *el decreto de* 8 *de junio de* 1813 sobre fo-

mento de la agricultura y ganadería, restablecido en 6 de setiembre de 1836, dispone acerca de esta materia lo siguiente: ART. 8.° Así en la primera venta como en las ulteriores ningun fruto ni produccion de la tierra, ni los ganados y sus esquilmos, ni los productos de la caza y pesca, ni las obras del trabajo y de la industria, estarán sujetas á tasas ni posturas, sin embargo de cualesquiera leyes generales ó municipales. Todo se podrá vender y revender al precio y en la manera que mas acomode á sus dueños, con tal que no perjudiquen á la salud pública: y ninguna persona, corporacion ni establecimiento tendrá privilegio de preferencia en las compras; pero se continuará observando la prohibicion de estraer á países estranjeros aquellas cosas que actualmente no se pueden esportar, y las reglas establecidas en cuanto al modo de esportarse los frutos que pueden serlo. ART. 9.° Quedará enteramente libre y espedito el tráfico y comercio interior de granos y demas producciones de unas á otras provincias de la monarquía, y podrán dedicarse á él los ciudadanos de todas clases, almacenar sus acopios donde y como mejor les parezca, y venderlos al precio que les acomode, sin necesidad de matricularse, ni de llevar libros, ni de recoger testimonios de las compras.]

16 A escepcion de las cosas que hemos referido no poderse vender, ó absolutamente, ó sin limitacion, se pueden vender todas las demas, no solo las corporales, sino tambien las incorporales ó derechos, *l.* 13. *d. tit.* 5. *P.* 5., así existentes, como las que no lo son; pero se espera que pueden existir. Valdrá pues la venta del fruto que diese este año cierta viña, ó cosa semejante, aunque no parezca al tiempo que se vende. Pero si aquel año no diese fruto alguno la viña, no tendria el comprador obligacion de dar el precio, si no es que lo hubiese comprado á su ventura, *l.* 11. *d. tit.* 5., porque en este caso solo se entiende comprada la esperanza, como nota Gregorio Lóp. en la *glosa* 5. Y *esta misma ley* nos pone otro ejemplo de venta de la esperanza que vale, que ya le pusieron las leyes romanas (1), del caso en que uno comprare á su ventura de un pescador lo que sacase de la primera vez. Por esta razon valdria tam-

(1) L. 8. § 1 de contr. empt.

bien la venta, si yo dijera á Pedro, te vendo todas las herencias que me vinieren, por cualquier parte que me vengan. Pero no vale la venta de la herencia que se espera de cierta y determinada persona, si no es que se hiciere con otorgamiento y beneplácito de esta misma persona, y que durare en este parecer toda su vida hasta su muerte, *l.* 13. *d. tit.* 5. Vale tambien la venta de la cosa ajena, esto es, que no era del vendedor, con los efectos que veremos mas abajo tratando de la eviccion.

17 Ninguno puede ser precisado á vender sus cosas *l.* 3. *d. tit.* 5. (1), que solo pone la escepcion de cuando se trata de dar la libertad á un esclavo (2). Pero nuestros autores mas célebres, Covar. *lib.* 3. *variar. cap.* 14. *n.* 7. *y* 8. Gómez, *var. lib.* 2. *cap.* 2. *n. últ.* y latísimamente Hermosilla en su *adicion á la glosa* 1. *de d. l.* 3. cuentan varias causas justas, por las cuales se le puede precisar á un dueño á que las venda á justo precio, como son: I. La de socorrer á la pública necesidad en tiempo de mucha hambre y carestía, á cuyo fin se puede obligar á los comerciantes y á los ricos, y á cualquier otro, á que vendan el trigo ú otros comestibles precisos que les sobren. Así refiere Bobadilla en su *Política*, *lib.* 3. *cap.* 3. *n.* 13. haberlo ejecutado siendo corregidor muchas veces en estas ocasiones, haciendo sacar el trigo sobrado, no solo de casas de seglares, sino de canónigos y clérigos ricos, y aun de las iglesias, ó de los obispos y de sus mayordomos: y lo manda espresamente la *nota* 1. *y* 2. *tit.* 19. *lib.* 7. *de la Nov. Rec.*, que latamente esplican Azevedo y Matienzo. II. Por el favor de la religion se puede precisar á un vecino á que venda su casa para edificar alguna iglesia, monasterio ú otro pio lugar, como lo prueba Hermosilla en el lugar arriba citado, añadiendo muchas ampliaciones relativas á partes y oficinas de dichos edificios. III. Por la pública utilidad, como si faltase un camino público, ú otro que fuese necesario para ir á un lugar público ó religioso. [Para conciliar en este caso el interes público con el respeto debido á la propiedad particular, se dió *la ley de* 17 *de julio de* 1836 sobre enajenacion forzosa de la propiedad particular en beneficio públicó, que dispone lo que sigue: ART. 1.°

(1) L. 11. C. de contr. empt. (2) § ult. Inst. de donat.

Siendo inviolable el derecho de propiedad, no se puede obligar á ningun particular, corporacion ó establecimiento de cualquiera especie, á que ceda ó enajene lo que sea de su propiedad, para obras de interes público, sin que precedan los requisitos siguientes: 1.° Declaracion solemne de que la obra proyectada es de utilidad pública, y permiso competente para ejecutarla. 2.° Declaracion de que es indispensable que se ceda ó enajene el todo ó parte de una propiedad para ejecutar la obra de utilidad pública. 3.° Justiprecio de lo que haya de cederse ó enajenarse. 4.° Pago del precio de la indemnizacion. ART. 2.° Se entiende por obras de utilidad pública las que tienen por objeto directo proporcionar al Estado en general, á una ó mas provincias, ó á uno ó mas pueblos, cualesquiera usos ó disfrutes de beneficio comun, bien sean ejecutadas por cuenta del Estado, de las provincias ó pueblos, bien por compañías ó empresas particulares autorizadas competentemente. ART. 3.° La declaracion de que una obra es de utilidad pública, y el permiso para emprenderla, serán objeto de una ley, siempre que para ejecutarla haya que imponer una contribucion que grave á una ó mas provincias. En los demas casos serán objeto de una real órden, debiendo preceder á su espedicion los requisitos siguientes: 1.° Publicacion en el Boletin oficial respectivo, dando un tiempo proporcionado para que los habitantes del pueblo ó pueblos que se supongan interesados, puedan hacer presente al Gobernador civil (*ahora Jefe político*) lo que se les ofrezca y parezca. 2.° Que la Diputacion provincial, oyendo á los ayuntamientos del pueblo ó pueblos interesados, esprese su dictámen y lo remita á la superioridad por mano de su presidente. ART. 4.° El Gobernador civil, en union con la Diputacion provincial oirá instructivamente á los interesados dentro del término discrecional que se considere suficiente, y decidirá sobre la necesidad de que el todo ó parte de una propiedad deba ser cedida para la ejecucion de una obra declarada ya de utilidad pública, y habilitada con el correspondiente permiso. ART. 5.° En el caso de no conformarse el dueño de una propiedad con la resolucion de que habla el artículo anterior, el Gobernador civil remitirá original el espediente al Gobierno, quien lo determinará definitivamente, previos los informes que juzgue oportunos. ART. 6.°

Se declara que los tutores, maridos, poseedores de vínculos, y demas personas que tienen impedimento legal para vender los bienes que administran, quedan autorizados para ejecutarlo en los casos que indica la presente ley, sin perjuicio de asegurar, con arreglo á las leyes las cantidades que reciban por premio de indemnizacion en favor de sus menores ó representados. ART. 7.° Declarada la necesidad de ocupar el todo ó parte de una propiedad, se justipreciará el valor de ella y el de los daños y perjuicios que pueda causar á su dueño la espropiacion, á juicio de peritos nombrados uno por cada parte, ó tercero en discordia por entrambas; y no conviniéndose acerca de este nombramiento, le hará el juez del partido, procediendo de oficio sin causar costas, en cuyo caso queda á los interesados el derecho de recusar, hasta por dos veces, al nombrado. ART. 8.° El precio íntegro de la tasacion se satisfará al interesado con anticipacion á su desahucio, ó se depositará, si hubiere reclamacion de tercero por razon de enfitéusis, servidumbre, hipoteca, arriendo ú otro cualquier gravámen que afecte la finca; dejando á los tribunales ordinarios la declaracion de los derechos respectivos. Ademas se abonará al interesado el tres por ciento del precio íntegro de la tasacion. ART. 9.° En el caso de no ejecutarse la obra que dió lugar á la espropiacion, si el gobierno ó el empresario resolviesen deshacerse del todo ó parte de la finca que se hubiese cedido, el respectivo dueño será preferido en igualdad de precio á otro cualquier comprador. ART. 10. Las rentas y contribuciones correspondientes á los bienes que se enajenaren forzosamente para obras de interes público, se admitirán durante un año subsiguiente á la fecha de la enajenacion en prueba de la aptitud legal del espropiado para el ejercicio de los derechos que puedan corresponderle. ART. 11. No se alteran por la presente ley las disposiciones vigentes sobre minas, tránsito y aprovechamiento de aguas ú otras servidumbres rústicas ó urbanas. Tampoco se hará novedad en cuanto á los arbitrios aprobados y contratas celebradas hasta el dia para la ejecucion de obras de utilidad pública. ART. 12. Un real decreto determinará los medios mas espeditos de aplicar esta ley á las obras de fortificacion de las plazas de guerra, puertos y costas marítimas, dejando siempre para los casos

de guerra, ú otras circunstancias urgentes, la latitud conveniente á los comandantes respectivos, para atender de pronto á lo que pidiese la necesidad, salva siempre la subsiguiente real aprobacion.] En cuanto á comprar, manda la *l.* 7. *tit.* 12. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.*, que los jueces no puedan compeler á los mercaderes ú otras personas á que compren los bienes de los delincuentes, ni para sus salarios, ni para otros gastos ó condenaciones, y que no les hagan molestias, declarando nulas las ventas hechas contra esta prohibicion.

18 Puede cualquiera comprar con dinero ajeno, y cuando así suceda hará suya la cosa comprada, si la compró á nombre suyo, y no para el dueño de los dineros, si no es que estos fuesen de caballero que estuviese en la corte del rey ú otro lugar en su servicio; ó de menores de 25 años, siendo el comprador el que le tenia en guarda; ó de la iglesia y el prelado, ó el que fuese guardador á la sazon hiciere la compra. Pero en la escogencia es de cada uno de ellos tomar la cosa comprada, ó los dineros, cual mas quisiese, *l.* 49. *d. tit.* 5. *P.* 5. Si uno vendiese alguna cosa á dos, entregando al uno la posesion, y este hubiere pagado el precio, adquiere este su dominio, aunque sea el comprador posterior. Pero siempre tendrá este vendedor la obligacion de tornar el precio al otro, si le habia recibido, y pagarle los perjuicios que le vinieren por esta razon. Y si la cosa vendida á dos no era del vendedor, es preferido el que tuviere primero la posesion, aunque no haya pagado el precio. Pero siempre que venga su dueño, le queda salvo su derecho, *l.* 50. *d. tit.* 5. Si Pedro vendió una cosa que no era suya dando la posesion al comprador, y despues de haber adquirido su dominio, porque se la legó ó dió su dueño, la vende á otro, será del primer comprador, *l.* 51. *d. tit.* 5. Si el rey vende ó da alguna cosa ajena, adquiere desde luego su dominio aquel á quien la da. Pero el que ántes era su dueño, puede pedir su estimacion hasta cuatro años y no mas, y el rey se la debe pagar, *l.* 53. *d. tit.* 5. (1).

19 En las ventas en que interviene dolo distingue la *l.* 57. *d. tit.* 5. el caso en que el dolo da causa al contrato, del otro en que solo incide en él. En el primero dice, que

(1) § ult. Inst. de usucap.

la venta se puede desfacer y no vale: cuyo modo de hablar parece significar, que vale, segun el rigor del Derecho, y se rescinde por la restitucion *in integrum*. Pero Greg. Lóp., insigne concordador de nuestro Derecho con el romano, pretende en la *glosa* 1., que el contrato es nulo (1), y que la voz *desfacer* se debe entender del hecho. Y del segundo dice rotundamente, que vale la venta, y el comprador que engañó, debe enmendar el engaño que hizo, de manera que el vendedor tenga el precio derecho de la cosa que vendió con todas sus pertenencias, que le encubrió engañosamente el comprador. De las ventas que se hacen por miedo ó fuerza, habla la *ley* 56. *del mismo tit.* 5. y ya dijimos en el *lib.* 1. *tit.* 8. *n.* 10., que se rescinden por la restitucion *in integrum*.

20 Cualquier pacto que se ponga en las ventas debe guardarse y cumplirse, como no sea contra las leyes, y contra las buenas costumbres, *l.* 38. *d. tit.* 5. *P.* 5. El que llaman de la ley *comisoria*, y el llamado de *adicion en el dia*, son los mas famosos de los que suelen ponerse. El primero es pacto en que se convienen los contrayentes, que si el comprador no paga la cosa hasta cierto dia señalado, se deshaga la venta, el cual es valedero; y en su virtud si el comprador no paga todo el precio ó su mayor parte el dia señalado, se deshace la venta, y gana ademas el vendedor la señal ó la parte que le fué dada. Y tiene el mismo la eleccion de pedir todo el precio, y que valga la venta, ó revocarla teniendo para sí la señal ó la parte del precio que hubiese recibido; y hecha la eleccion no puede arrepentirse (2). Si el comprador hubiere recibido algunos frutos, los debe tornar al vendedor, si no es que este no quisiese tornar la señal ó parte del precio que hubiese recibido, en cuyo caso no deberia tener los frutos. Y cuando se le vuelven los frutos, debe satisfacer al comprador los gastos de cogerlos, y este pagarle el empeoramiento de la cosa, si por su culpa se hubiere empeorado miéntras la tuvo, como todo consta de *d. l.* 38. Los diferentes efectos que produce el ponerse este pacto con palabras directas ú oblicuas, véanse en el *tit.* 12. *n.* 4.

21 El otro pacto de adicion en dia es una convencion

(1) L. 7. de dol. mal. (2) L. 4 § 2. l. 7. de leg. commis.

de los contrayentes, de que si hasta cierto dia hallare el vendedor quien le diese mas por la cosa vendida, la pueda vender á este. Siendo la venta de esta manera, si el vendedor hallase dentro del término señalado quien le diese mayor precio, ó le mostrare otra mejoría, que la que el otro le prometió dar en la compra, debe hacer saber al primer comprador cuánta es la mejoría que el otro le promete (1); y si aquel ofreciese tambien la misma mejoría, ha de quedarse con la cosa, pagando el precio con la mejoría (2), y si no la aceptare, no vale la venta, y está obligado este primer comprador á tornar la cosa con los frutos que recibió, sacando las despensas que hizo en cogerlos, *l.* 40. *d. tit.* 5. *P.* 5. (3).

22 Empeñando un hombre á otro alguna cosa con pacto, que si no la redimiese en cierto dia, fuese del mismo acreedor comprada, pagando sobre aquello que habia dado, cuando la tomó á peños, cuanto podia valer la cosa pasado dicho dia, segun el justiprecio de hombres buenos; debe valer el pacto (4). Lo contrario seria si el pacto fuese, de que pasado el dia sin redimirse la cosa, fuese del acreedor por aquello solo que dió, cuando la recibió á peños, *l.* 41. *d. tit.* 5. (5), que añade la razon de no valer el pacto en este segundo caso; y es, porque si valiera, no querrian los que prestan dineros á otros sobre peños, hacerlo de otra manera, y los que les reciben, apurados de su pobreza consentirian en el pacto, aunque conociesen ser en daño suyo; y esta misma doctrina la trae tambien la *ley* 12. *tit.* 13. *d. P.* 5. Este segundo pacto reprobado suele llamarse *comisorio*.

23 El comprador debe pagar el precio convenido al vendedor, y este entregar al comprador la cosa vendida, con todo lo que le pertenezca á ella, ó le está unido. Vendida pues una casa, pertenecen al comprador las canales, los caños, aguaduchos, y todas las otras cosas que solian ser acostumbradas para el servicio de aquella casa, estén dentro de ella ó fuera. Y tambien los ladrillos, piedra, teja y madera que estuviesen puestos ó movidos en la misma casa, si fueren de ella. Pero si los mismos materiales no estuvieren ó hubieren estado puestos en la casa, no entran en la

(1) L. 5. de in diem adit. (2) L. 8. eod. (3) L. 16. eod.
(4) L. 16. § ult. de pignor. (5) L. ult. C. de pact. pign.

venta, aunque el vendedor los hubiese comprado y llevado á la casa para ponerlos en ella, *l.* 28. *d. tit.* 5. *P.* 5. (1). Y la misma distincion pone la *ley* 31. *d. tit.* 5. (2), en las pértigas ó palos para levantar las vides, de que entran los que estuvieren metidos, y los que habiéndolo estado, están separados para volverlos á poner, y no los otros, aunque estuviesen destinados y preparados para meterlos. Ni tampoco entran, sí que se quedan en el dominio del vendedor, los peces que se hallaren en alguna fuente ó balsa de la casa ó heredad vendida; ni las gallinas, ni otras aves ó bestias que hubiere en ella, *l.* 30. *d. tit.* 5. (3). Ni los muebles que no están unidos á la casa, como las mesas, armarios, cubas ó tinajas que no estuvieren fincadas ó soterradas en la casa; pero si estuvieren, entran en la venta, y pertenecen al comprador, *l.* 29. *d. tit.* 5.

24 No encontramos en nuestras leyes tocadas las cuestiones de si vendida una caballería, se entienden vendidos sus aparejos que entónces tiene; y vendida una vaca, yegua ú oveja, su parto reciente. Las resolvimos, atendido el Derecho romano, en nuestro *Digesto*, *lib.* 19. *tit.* 1. *n.* 8. Seguiríamos en España, cuando sucediese el caso, lo que allí decimos, por parecernos buenas las razones en que nos fundamos. Nuestra resolucion fué allí en la cuestion I., que los aparejos se entienden vendidos, si se pusieron á la caballería para el fin de venderla; pero no, si se pusiesen por causa de hacer viaje ó trabajar. Y en la II., que el parto no entra en la venta de su madre, ni en otro contrato ó acto en que se trasfiere el dominio, y entra en los que no se trasfiere. Y ahora añadimos la aplicacion, que tambien entrará el parto cuando se trasfiere el dominio, si es de aquellos que no nos pueden servir para comerlos; porque en estos no puede ser la intencion de los contrayentes separarlos de sus madres; pero bien puede ser en los otros. Vendido un campo, dice una ley romana (4), entenderse vendido el estiércol destinado á su cultivo.

25 Perfeccionada la venta, pertenece desde entónces al comprador todo el detrimento ó perjuicio que haya sucedido en la cosa vendida sin culpa del vendedor, aunque todavía no hubiese pasado el dominio de ella al comprador;

(1) L. 17. § 10. de act. emp. et vend. (2) D. l. 17. § 11.
(3) L. 45. de act. empt. (4) L. 17. § 2. eod.

y de la misma manera es suyo todo el beneficio de aumento ó mejora que tenga la cosa; pues guisada cosa es que á quien pertenece el peligro ó daño, le pertenezca tambien el provecho, *l.* 23. *d. tít.* 5. (1). Pero si hubiese pacto de que el peligro fuese del vendedor, si el daño ocurria ántes del entrego, á él le pertenéceria, como tambien si él tuviese culpa, *l.* 39. *d. tít.* 5. (2) ó tardanza en entregarla. Y obsérvese, que si despues de la tardanza del vendedor, y no habiéndose perdido todavía la cosa la quisiese entregar, y el comprador tardase sin quererla recibir, y despues sucediese el daño, seria suyo; porque esta última tardanza avino por su culpa, *l.* 27. *d. tit.* 5. (3).

26 Si las cosas vendidas fuesen de aquellas que se suelen gustar ántes de comprarse, y se venden al peso ó medida, y se perdiesen ó empeorasen ántes de ser gustadas, pesadas ó medidas, seria el peligro del vendedor y no del comprador, aunque ambos se hubiesen convenido ya en el precio. Mas si sucediese el daño despues de gustadas, pesadas ó medidas, ya seria del comprador (4). Y lo mismo debe decirse en el caso, que habiendo señalado los contrayentes dia en que se gustasen, pesasen ó midiesen, no acudiese aquel dia el comprador, y despues se perdiesen ó menoscabasen. Y tambien cuando no habiendo dia señalado, requirió el vendedor delante de testigos al comprador, que acudiese á gustarlas, pesarlas ó medirlas, y no lo hiciese; y de allí en adelante sucediere el daño, *l.* 24. *d. tít.* 5., la cual añade varias particularidades, á saber: I. Que no acudiendo el comprador requerido, pueda el vendedor vender la cosa á otro, y el menoscabo que tuviere en esta venta, recobrarlo del comprador, que por ser moroso tuvo la culpa. II. Que asimismo da facultad de alquilar otros vasos ó cubas á costa tambien del comprador, si necesitara aquellos en que estaba el vino vendido. Y si por ventura no hallare vasos que alquilar, y los hubiere menester para poner otro fruto sin tener donde meterle, podrá echar en la calle ó camino lo que tenia vendido, pesándolo ó midiéndolo ántes. III. Que si la venta fuese hecha de oro, plata, cibera, esto es, trigo ú otra cosa semejante que se suele vender á peso ó medida tan solamente, y ántes de ser pesada ó medida acaeciese el peligro de perderse toda ó parte de ella, seria del vendedor el peligro. Pero si conservándose la cosa, sucediere que el precio de las de aquella clase abaratase ó se encareciese, la mejoría ó el menoscabo que habria por esta razon, seria del comprador tan solamente, es decir, que si bajare el precio, deberá pagarle entero, segun la convencion, y si subiere, no ha de pagar mas que el convenido, como lo esplica Greg. Lóp. en la *glosa* 11. *de la misma ley* 24., recomendando mucho esta doctrina, y tambien la recomienda Hermosilla en la *glosa* 4. *de d. l. n.* 7., diciendo ambos en su conformidad, que estas ventas no se entienden perfectas en cuanto al peligro; pero sí en cuanto al aumento ó baja del precio.

(1) § 3. Inst. de empt. et vend. (2) L. 13. de per. et com. rei vend.
(3) L. 17. de per. et com. rei vend. (4) L. 35. § 5. de contr. empt.

27 Lo que acabamos de decir en el *n. antecedente*, ha de entenderse de las ventas que se hacen con respecto al peso ó la medida, esto es, á tanto por arroba de aceite ó cántaro de vino. Pero si se hicieren ayuntadamente á la vista, no pesándolas ni midiéndolas, como si uno vendiere de un golpe todo el vino de una bodega, ó aceite de algun almacen, pertenece al comprador todo el daño ó provecho que acaeciere despues de haberse convenido, como sucede generalmente en las ventas de las cosas que no se pesan ni miden, *l.* 25. *d. tít.* 5. *P.* 5., segun hemos dicho en el *n.* 25. (1). Si la venta se hiciere bajo de condicion, y la cosa vendida se empeorase ó mejorase ántes de cumplirse la condicion, pertenece al comprador el daño ó perjuicio. Pero si se perdiese ó destruyese toda por cualquiera manera que fuese, el daño seria del vendedor, *l.* 26. *d. tít.* 5. (2). La razon de la diferencia consiste en que la retrotraccion de la condicion, que es la que daña al comprador en el primer caso, no puede tener cabida en el segundo, por faltar el objeto en que debia obrar.

28 Tiene obligacion el vendedor de entregar la cosa al comprador de manera, que si algun otro se la quisiera embargar, ó moverle pleito, se la debe hacer sana ó segura. A esto se suele llamar estar tenido de eviccion, ó á la eviccion ó saneamiento, esto es, á que no se le quitará la cosa al comprador. Veamos los efectos de esta obligacion. Luego que al comprador le movieren pleito, debe hacerlo saber al

(1) L. 35. § 5. de contr. empt. (2) L. 8. de per. et com. rei vend.

que se la vendió, ó lo mas tarde ántes de la publicacion de probanzas. Y si alguno no lo hiciese saber así al vendedor, y fuese vencido en el pleito, no podrá pedir el precio á aquel que se la vendió, ni á sus herederos. Mas si se lo hiciese saber y el vendedor no le amparase, ó le pudiere defender en derecho, está este obligado á tornarle el precio que recibió de él por la cosa que le vendió, con todos los daños y menoscabos que le vinieron por esta razon. Y si por ventura, cuando se vendió la cosa se obligó el vendedor á la pena del doble, si no defendia al comprador, le deberá pagar no el doble del precio que recibió, sino el doble de la cosa vendida, aunque mas valiese, *l.* 32. *d. tít.* 5.

29 Si uno vendiere á otro una cosa ajena, puede su dueño demandarla al comprador. Pero si este emplazase al vendedor para que viniese á defenderle, y responder á la demanda, y con efecto viniere y entrase en juicio con el dueño, como si tuviere la cosa, deberá el dueño pleitear con él, dejando en paz al que la compró. Pero si el vendedor no quisiere entrar en el pleito, podrá el dueño litigar con el comprador, quedándole á este salvo su derecho para precisar en juicio al vendedor que le haga sana la cosa que le vendió, *l.* 33. *d. tít.*. 5. Si vendiere alguno todo el derecho que tenia á los bienes que heredó de otro, y el comprador fuere vencido en juicio en razon de alguna cosa, de dichos bienes, no habia derecho para poder reconvenir al vendedor por la eviccion. Lo contrario seria si le vencieren por toda la herencia, en cuyo caso deberia hacer sana la venta, ó restituir el precio con los daños y menoscabos. Si comprare alguno todas las rentas de alguna heredad ú otra generalidad, tendrá derecho por la eviccion á que le sanee de todos los daños el vendedor, si le venciere en todas las rentas, ó la mayor parte de ellas; mas no si fuese por alguna cosa señalada, *l.* 34. *d. tít.* 5. Si la cosa vendida fuese nave, casa, cabaña de ganado, ú otra cosa semejante, y el comprador fuere vencido en alguna cosa señalada de ellas, debia el vendedor hacérsela sana, como si le vencieren por toda la cosa principal, *l.* 35. *tít.* 5. *d. P.* 5.

30 Hemos visto que por lo regular está el vendedor tenido de eviccion, si al comprador le quitan lo que ha comprado, esto es, obligado á hacerle sana la cosa que le vendió, ó restituirle el precio con todos los daños y menoscabos. Pero hay varios casos en que cesa esta obligacion, referidos en la *ley* 36. *d. tít.* 5., que vamos á notar aquí, con una breve esplicacion de algunos de ellos, en cuanto la consideremos oportuna. I. Si tardó tanto el comprador en denunciar el pleito al vendedor, que no lo hiciere ántes de la publicacion de probanzas, segun ya lo advertimos en el *n.* 22. II. Si el comprador metiere la cosa en manos de avenidores ó compromisarios sin sabiduría y sin mandato del vendedor, y los avenidores dieren la sentencia contra el comprador (1), Gregor. Lóp. en la *glosa* 5. *de esta ley*, y Hermosilla en su *adicion á la misma;* pero limitan esta doctrina á que no tenga lugar en el caso en que se hubiese dicho en la escritura de venta, que habia de estar tenido el vendedor de cualquier modo y manera que quitase la cosa al comprador. Ponen, especialmente Hermosilla, otras limitaciones de poco momento, que nuestro instituto no nos permite recorrer. III. Si el comprador perdió por su culpa la tenencia de la cosa que le fué vendida (2). IV. que puede incluirse en el III. como su ejemplo. Si dejó la cosa como desamparada y perdióla (3). Y es tambien ejemplo del caso III. el que se pone en la cláusula *Otrosí*, la primera de *d. l.* 36., á saber, si fuese rebelde el comprador en el tiempo que quisieren dar sentencia contra él por la cosa que hubiese comprado, no queriendo aparecer para oir el juicio, y por razon de esta rebeldía perdiese la cosa. V. Le omitimos por inútil, y peor que inútil.

31 VI. Si cuando pidieron en juicio la cosa al comprador, la poseía ya tanto tiempo, que la podia retener en derecho, oponiendo esta defensa y no lo hizo. Y esta doctrina la estiende Gregor. Lóp. en la *glosa* 7. á las despensas y mejoras que hubiese hecho el comprador en la cosa, y al tiempo de restituirla no las esceptuó ó protestó que por lo mismo no podria recobrarlas del vendedor. VII. Si dieron sentencia no estando delante el vendedor, y no apeló el comprador. VIII. Si alguno jugando á tablas ó á dados vendiese alguna cosa ó la jugase, y despues la perdiese en juicio el comprador, ó el que la habia ganado, no estaria tenido el vendedor á hacerla sana al comprador, ni á volverle el precio. Greg. Lóp. y Hermosilla entienden, que esta doc-

(1) L. 56. § 1. de eviction. (2) L. 8. C. eod. (3) D. L. 8.

trina solo tiene lugar cuando el juego es de los prohibidos. IX. Si el juez diere sentencia injusta á sabiendas contra el comprador; porque entónces el juez es quien se la debe sanear y pechar de lo suyo, y no el vendedor que solo está tenido, cuando se la quitan segun derecho. Gregor. Lóp. *glosa* 12. y Hermos. en su *adicion* juzgan, que lo mismo debe decirse si la sentencia del juez fué injusta por su ignorancia, y no á sabiendas, y lo prueba bien Lóp. de la *l.* 24. *tít.* 22. *P.* 3. Y del mismo sentir es Covarrúbias *lib.* 3. *var. cap.* 17. *n.* 10. (1).

32 La compra y venta es el contrato en que con mucha mas frecuencia ocurre el haber de recurrir á la eviccion; pero tiene tambien lugar en los demas contratos onerosos, cuando al que recibió alguna cosa se le quita ó embaraza su uso por otro, en cuyo caso podrá este recurrir contra el que se la dió, para que se la sanee. Le tendrá pues en los arrendamientos, Guzman, *de eviction. quæst.* 24. *n.* 2.; en las permutas, *l.* 4. *tít.* 6. *P.* 5., el mismo Guzman, *quæst.* 29. *n.* 6. Gómez 2. *var. cap.* 2. *n.* 33. (2); en la dacion en pago de deuda, el mismo Gómez en *dicho n.* 33., y Guzman en la *quæst.* 28. *nn.* 10. *y siguientes* (3); y en los juicios divisorios, Cómez en *d. n.* 33., y Guzman *quæst.* 33. *n.* 6. (4). En las divisiones de herencias previene la *ley* 9. *tít.* 15. *P.* 6. que si se hacen ante el juez, mande este despues que fuese hecha, que las partes se afiancen mutuamente la eviccion. Pero que si el mismo padre ó testador hiciere en vida la division, no tenga esta lugar: cuya última doctrina limita Gregor. Lóp. en la *glosa* 2. *de d. l.*, á que no se entienda cuando constare que el testador quiso la igualdad entre sus herederos. Y con mayoría de razon debe limitarse al caso en que negándose la eviccion, quedase el hijo perjudicado en su legítima. En las transacciones ó concordias tendrá lugar la eviccion, si á uno de los transigentes se le dió para que transigiera alguna cosa no litigiosa ó comprendida en la transaccion, y se le quitase en juicio; pero no si la cosa quitada era una de aquellas que eran objeto de la transaccion, Gómez *d. cap.* 2. *n.* 38. (5). En la dote habrá lugar á la eviccion, si la cosa se dió estimada con estimacion que hizo compra, ó empezó por promesa

(1) L. 31. de eviction. (2) L. 29. C. de evict. (3) L. 4. C. de evic. (4) L. 14. C. fam. ercis. (5) L. 33. C. de transact.

que obligó al promitente, ó el dotante fué el padre que tiene obligacion de dotar, Guzman *quæst.* 26., Gómez *d. cap.* 2. *n.* 37. (1). Al que tiene la cosa por título lucrativo no le compete por lo regular la eviccion; pero si alguna vez, como por ejemplo, la tiene el legatario á quien se legó una cosa en general, y se le quitó la que le habia dado el heredero, entónces deberá darle otra, Guzman *quæst.* 27. *n.* 3., y lo probamos bien en *nuestro Digesto lib.* 21. *tít* 2. *n.* 11.; y sucederá lo mismo siempre que el que adquirió la cosa por título lucrativo, tiene derecho para pedirla de nuevo ó su equivalente.

33 Tiene tambien el vendedor obligacion de manifestar los vicios ó defectos de la cosa que vende. Si no los manifestare, tiene el comprador derecho y accion dentro de seis meses para tornar la cosa al vendedor, y recobrar del mismo el precio que hubiere dado por ella. Y si dejare pasar los seis meses sin intentar esta accion, queda válida la venta; pero hasta cumplir un año puede hacer uso de otra accion que le compete, para que el vendedor le restituya tanta parte del precio, cuanta se hallase que valia ménos la cosa, por razon del vicio ocultado. Estos plazos de seis meses y un año se empiezan á contar desde el dia en que se hizo la venta, *l.* 65. *d. tít.* 5. *P.* 5.; lo que entiende con razon Greg. Lóp. en la *glosa* 11. *de esta misma ley*, en el caso de que en dicho dia observase, ó tuviese noticia el comprador del vicio; pues desde entónces, y no ántes, debe contarse el tiempo, segun aquellas palabras del *principio de la misma ley*: *Luego que el comprador la entendiere.* En la práctica se dan á estas acciones los mismos nombres que tenian por las leyes romanas, llamando á la primera *redibitoria*, y á la otra *quanti minoris.* Habla *esta ley* 65. de bestias vendidas, y *la* 63. de las ventas de bienes sitios ó raíces, y dice, que si uno vende casa ó torre que debe servidumbre, callando esta carga, sin avisársela al comprador, puede este deshacer la venta, y está tenido el vendedor á volverle el precio con los daños y menoscabos que le hubiese causado; y no nombra la accion *quanti minoris.* Pero comentándola Greg. Lóp. dice en la *glosa* 4., que por esta ley puede el comprador elegir la *redibitoria*,

(1) L. 4. C. de jur. dot.

ó la *quanti minoris;* y en cuanto á la *d.* 63. añade en la *glosa* 5., que se entenderá lo que espresa de daños y menoscabos, si el vendedor tenia noticia de la carga cuando vendió, no si la ignoraba. En las ventas de bestias solo se vuelve el precio, aunque el vendedor sepa el vicio al tiempo de hacerlas, segun *d. l.* 65. Pero Hermosilla comentándola, quiere que en este caso deba el vendedor pagar al comprador cuanto interesare. No nos disgusta esta opinion en cuanto á la equidad; y se podrá decir habló la ley ménos de lo que quiso, no espresando daños y menoscabos; y con efecto así lo dispone *d. l.* 63. en las ventas de bienes sitios, como acabamos de decir. La misma *ley* 65. parece exigir para que se den las acciones, que el vendedor sepa la enfermedad ó tacha de la bestia, diciendo, *Si lo sabe el vendedor*. Pero Greg. Lóp. en su *glosa* 4. y Hermosilla en la *adicion* juzga ser lo mismo, si la ignorare; de suerte que sea como por ejemplo lo que dice la ley. Es conforme á la ley romana (1) que lo funda bien.

34 Si al tiempo de vender la cosa, manifestara el vendedor al comprador el vicio que tenia, de modo que siendo este sabedor le placiese la compra, y recibiese la cosa dando el precio, no estaria el vendedor sujeto á ninguna de las acciones referidas. Y eso mismo seria, si se aviniesen en el precio ambos, y la venta fuese hecha en términos, que por tacha que tuviese la bestia, no la pudiese desechar el comprador, *l.* 66. *d. tit.* 5.; y en su *glosa*. 2. dice Greg. Lóp., que esta última doctrina debe entenderse en el caso que el vendedor ignorase, que la bestia tenia vicio, tomando argumento de algunas leyes romanas, á las que tenia tan estraordinario afecto, como manifiestan todas sus glosas. Pero si el vendedor decia generalmente, que la bestia tenia tachas, y encubria la que habia, callando, ó diciéndolas envueltas con otras engañosamente, de manera que el comprador no pudiese enterarse, estaria obligado á las dos acciones espresadas, *d. l.* 66. Si el vicio está patente á la vista conociéndolo el comprador, no hay acciones. No hallamos en nuestras leyes decidido este caso; pero lo dice Greg. Lóp. en la *glos.* 1. *de d. l.* 66., fundado en leyes romanas (2), que dan la buena razon de darse las acciones

(1) L. 1. § de ædil. edic. (2) L. 1. § 6. de ædil. edic. et alibi.

para precaver que sea engañado el comprador; y entónces él mismo se engaña.

35 La *ley* 67. *y última de d. tit.* 5. contiene dos especies: I. Que si el comprador habiendo comprado la cosa la empeñase á otro, y despues se deshiciese la venta por alguna de las dos razones que hemos visto, entónces el que la tomó á peños, la debe volver al vendedor cuya fué, y puede pedir al comprador que la empeñó, que le pague lo que dió sobre ella á peños. II. Que si alguno empeñase á otro alguna cosa, obligándose á no poderla vender, dar ni enajenar en manera alguna, hasta que la tuviese ya quita ó libre, y despues que la empeñó, la vendiese á otro, no valdria la venta. Y advertimos, que en los cambios ó permutas tiene tambien lugar cuanto llevamos dicho sobre las acciones *redibitoria* y *quanti minoris*, *l.* 4. *tit.* 6. *P.* 5.

36 Como la equidad dicta, que haya igualdad entre el precio y la cosa vendida, y por otra parte la pública utilidad exige que se cumplan y sean valederos los contratos, hallamos establecido sobre desigualdad, que si esta fuere en mas de la mitad del justo precio, puede rescindirse la venta; pero no si es menor. En la *l.* 56. *tit.* 5. *P.* 5. *y* 2. *tit.* 10. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* (1), se previene, que si el vendedor fué engañado en mas de la mitad del precio, como si vendió por ménos de cinco lo que valia diez, debe el comprador, ó suplir el precio justo que valia la cosa cuando la compró, ó dejársela al vendedor recobrando de este el precio que le dió. Y si el engañado fué el comprador, porque compró por mas de quince lo que valia diez, está obligado el vendedor á restituir el esceso del justo precio que llevó, ó tomar la cosa que vendió, tornando al comprador el precio que recibió: de suerte que siempre está en arbitrio del que engañó, tomar uno de los medios indicados. Y añade *d. l.* 2., que tambien debe guardarse lo que va dicho en las ventas, cambios y otros contratos semejables, aunque se hagan por almoneda, desde el dia en que fueren hechos, hasta en cuatro años, y no despues. Si se puede renunciar este beneficio, lo trata Anton. Góm. 2. *var. cap.* 2. *n.* 26, y mas latamente el Sr. Covar. 2. *var. cap.* 4., en donde solo juzga válidas aquellas renuncias,

(1) L. 2. C. de rescind. vend.

que son especiales y hechas por los que sabian el justo precio de la cosa. Los oficiales de cantería, albañilería, carpintería y otros que toman obras á destajo ó en almoneda, no pueden alegar este engaño por la razon de ser espertos, *l.* 4. *d. tít.* 1. Cuya escepcion manifiesta claramente tener tambien lugar este remedio en los arriendos; porque de otra suerte seria inoportuna. Si el engaño no llega á ser de mas de la mitad, subsiste el contrato sin estar sujeto á rescision, *l.* 3. *d. tít.* 1.

37 Ahora que ya se tiene alguna nocion de lo que son contratos, nos parece oportuno hablar de dos cosas dignas de saberse, y que deben entenderse en todos. Es la I., que en todo contrato han de considerarse algunas circunstancias, de las cuales unas son esenciales, otras naturales, y otras accidentales. De todas pondremos ejemplos en el contrato que acabamos de esplicar. Circunstancia esencial ó perteneciente á la esencia ó ser del contrato, es el precio. Si esta falta, ya no hay venta sino donacion, aunque se usase de la palabra venta, como si dijera Pedro: *Te vendo mi caballo de balde*. Natural es aquella que pertenece á la naturaleza ordinaria del contrato, es decir, que aunque no se esplique, se entiende; pero si falta ó se escluye por voluntad de los contrayentes, no tiene lugar, y permanece el contrato: tal es la de estar tenido á la eviccion el vendedor. Y accidental es la que no la exige la naturaleza del contrato, y solo está por la mera voluntad de los contrayentes; y por ello nada altera la naturaleza del contrato: cual seria que el precio se hubiese de pagar en moneda de oro ú de plata.

38 La II. cosa que queremos advertir, es á qué grado llega en cada contrato la obligacion de los contrayentes. Para ello conviene saber ántes, que son cinco las cosas de cuya prestacion puede dudarse, *l.* 11. *tít.* 33. *P.* 7., y son, dolo, culpa lata, leve, levísima y caso fortúito ú ocasion que sucede por aventura, que no se puede precaver. Dolo, al que las leyes de la Partida llaman engaño, es *Maquinacion que se hace para engañar á otro*. Culpa, *Hecho con que se daña á otro sin razon; pero sin intencion de dañarle*. Y caso fortúito, *Aventura que no puede precaverse*. De la culpa hay tres especies, lata, leve y levísima. La lata es como grande y manifiesta culpa ó necedad, que es semejante al engaño, cuando uno deja de poner el cuidado que pone cualquier hombre regular. Leve es la mediana, cuando uno no cuida como los hombres diligentes. Y levísima es, no cuidar como cuidan los hombres diligentísimos. Esto supuesto, debe saberse, que esta locucion prestar el dolo, la culpa ó el caso fortúito, es figurada, y significa prestar el daño ocasionado por el dolo, ó la culpa, ó el caso fortúito. Bajo esta advertencia decimos, que en todos los contratos se presta el dolo, y en ninguno el caso fortúito. Y en cuanto á la culpa, se presta la lata tan solamente, cuando toda la utilidad es del que da la cosa; la leve, cuando la utilidad es de ambos, y la levísima, cuando es solo del que recibe, *l.* 2. *tít.* 2. *P.* 5.; de suerte que la lata se presta en todos. Segun ello, en este contrato de compra y venta se presta la culpa leve. Pero nótese, que si se hallare culpa ó tardanza en el que debe restituir, sea cual fuere el contrato, estará obligado á prestar el caso fortúito que viniere despues, y que la convencion de los contrayentes hace que á su tenor se preste mas ó ménos de lo que corresponde á la naturaleza del contrato, como lo advertiremos en alguno de los contratos en que hallemos apoyo de nuestras leyes. Solo no tiene lugar la convencion de que no se preste el dolo, que es nula por contraria á las buenas costumbres, á causa de que presta asa para delinquir.

TÍTULO XI.

DE LOS RETRACTOS.

Tít. 13. lib. 10. de la Nov. Rec.

1. *Qué sea retracto, y sus especies.*
2. *Qué sea retracto de sangre, y la razon de su introduccion.*
3. *A quién y contra quién compete.*
4. *Ahora, no queriendo ó no pudiendo usar de él el mas próximo pariente, pasa al que sigue hasta el cuarto grado, y cómo se cuentan estos.*
5. *Respecto de quién se considera la proximidad, y cómo hay lugar á la representacion.*

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

que son especiales y hechas por los que sabian el justo precio de la cosa. Los oficiales de cantería, albañilería, carpintería y otros que toman obras á destajo ó en almoneda, no pueden alegar este engaño por la razon de ser espertos, *l.* 4. *d. tít.* 1. Cuya escepcion manifiesta claramente tener tambien lugar este remedio en los arriendos; porque de otra suerte seria inoportuna. Si el engaño no llega á ser de mas de la mitad, subsiste el contrato sin estar sujeto á rescision, *l.* 3. *d. tít.* 1.

37 Ahora que ya se tiene alguna nocion de lo que son contratos, nos parece oportuno hablar de dos cosas dignas de saberse, y que deben entenderse en todos. Es la I., que en todo contrato han de considerarse algunas circunstancias, de las cuales unas son esenciales, otras naturales, y otras accidentales. De todas pondremos ejemplos en el contrato que acabamos de esplicar. Circunstancia esencial ó perteneciente á la esencia ó ser del contrato, es el precio. Si esta falta, ya no hay venta sino donacion, aunque se usase de la palabra venta, como si dijera Pedro: *Te vendo mi caballo de balde*. Natural es aquella que pertenece á la naturaleza ordinaria del contrato, es decir, que aunque no se esplique, se entiende; pero si falta ó se escluye por voluntad de los contrayentes, no tiene lugar, y permanece el contrato: tal es la de estar tenido á la eviccion el vendedor. Y accidental es la que no la exige la naturaleza del contrato, y solo está por la mera voluntad de los contrayentes; y por ello nada altera la naturaleza del contrato: cual seria que el precio se hubiese de pagar en moneda de oro ú de plata.

38 La II. cosa que queremos advertir, es á qué grado llega en cada contrato la obligacion de los contrayentes. Para ello conviene saber ántes, que son cinco las cosas de cuya prestacion puede dudarse, *l.* 11. *tít.* 33. *P.* 7., y son, dolo, culpa lata, leve, levísima y caso fortúito ú ocasion que sucede por aventura, que no se puede precaver. Dolo, al que las leyes de la Partida llaman engaño, es *Maquinacion que se hace para engañar á otro*. Culpa, *Hecho con que se daña á otro sin razon; pero sin intencion de dañarle*. Y caso fortúito, *Aventura que no puede precaverse*. De la culpa hay tres especies, lata, leve y levísima. La lata es como grande y manifiesta culpa ó necedad, que es semejante al engaño, cuando uno deja de poner el cuidado que pone cualquier hombre regular. Leve es la mediana, cuando uno no cuida como los hombres diligentes. Y levísima es, no cuidar como cuidan los hombres diligentísimos. Esto supuesto, debe saberse, que esta locucion prestar el dolo, la culpa ó el caso fortúito, es figurada, y significa prestar el daño ocasionado por el dolo, ó la culpa, ó el caso fortúito. Bajo esta advertencia decimos, que en todos los contratos se presta el dolo, y en ninguno el caso fortúito. Y en cuanto á la culpa, se presta la lata tan solamente, cuando toda la utilidad es del que da la cosa; la leve, cuando la utilidad es de ambos, y la levísima, cuando es solo del que recibe, *l.* 2. *tít.* 2. *P.* 5.; de suerte que la lata se presta en todos. Segun ello, en este contrato de compra y venta se presta la culpa leve. Pero nótese, que si se hallare culpa ó tardanza en el que debe restituir, sea cual fuere el contrato, estará obligado á prestar el caso fortúito que viniere despues, y que la convencion de los contrayentes hace que á su tenor se preste mas ó ménos de lo que corresponde á la naturaleza del contrato, como lo advertiremos en alguno de los contratos en que hallemos apoyo de nuestras leyes. Solo no tiene lugar la convencion de que no se preste el dolo, que es nula por contraria á las buenas costumbres, á causa de que presta asa para delinquir.

TÍTULO XI.

DE LOS RETRACTOS.

Tít. 13. lib. 10. de la Nov. Rec.

1. *Qué sea retracto, y sus especies.*
2. *Qué sea retracto de sangre, y la razon de su introduccion.*
3. *A quién y contra quién compete.*
4. *Ahora, no queriendo ó no pudiendo usar de él el mas próximo pariente, pasa al que sigue hasta el cuarto grado, y cómo se cuentan estos.*
5. *Respecto de quién se considera la proximidad, y cómo hay lugar á la representacion.*

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

6. *Qué sucede cuando son muchos los que están en el grado mas próximo.*
7. *No da prelacion el que sea doble el parentesco.*
8. *No puede cederse el derecho de retracto, ni competer á monasterios; pero compete á los hijos desheredados, á los naturales, y á los que renunciaron la sucesion.*
9. 10. 11. 12. 13. 14. *De la materia del retracto.*
15. *Cuáles son los títulos de enajenacion que dan lugar al retracto.*
16. *Se conceden nueve dias para retraer.*
17. 18. 19. *Desde cuándo se han de contar los nueve dias.*
20. *De las solemnidades que se requieren en este retracto.*
21. 22. 23. 24. *Del retracto de los comuneros, y si tiene lugar en las cosas muebles.*
25. *De los retractos que competen al dueño directo y al superficiario, y de la prelacion entre los retractos.*
26. 27. 28. *Del retracto convencional.*
29. *Efecto general de todos los retractos.*

1 El asunto de este título, como perteneciente á compras y ventas, podia muy bien haberse incluido en el antecedente; pero la grande estension de aquel, y las muchas útiles cuestiones que se ofrecen con frecuencia en los tribunales sobre retractos, nos han hecho creer ser mas conveniente tratar de ellos en título separado. Retracto en general es *Redencion ó nueva compra de la cosa que se habia vendido, por el mismo precio que se vendió, hecha por alguno á quien esto se ha concedido por ley, costumbre ó pacto.* Son varias sus especies; pero el mas famoso y frecuente en nuestra España es el que suele llamarse *legítimo, gentilicio ó de sangre*, ó con mas frecuencia, *de abolengo*, á causa de concederle la ley por razon de la sangre ó parentesco. Su orígen es antiquísimo y muy recomendable; pues ya estuvo en observancia en la ley de Moises, como se lee en el *Levítico, cap.* 25. *vers.* 25.: *Si attenuatus frater tuus vendiderit possessiunculam suam, et voluerit propinquus ejus, potest redimere quod ille vendiderat.* Los romanos le recibieron tambien, aunque

despues le reprobaron, como todos los otros retractos, segun puede verse en la brevísima historia que de ello ponemos al principio del apéndice *de retractibus* en nuestras *Instituciones romano-hisp.*

2 Se puede definir el derecho de este retracto diciendo ser *Derecho que compete á los mas próximos parientes del vendedor, constituidos dentro del cuarto grado, para redimir los bienes raíces de sus abuelos ó padres, ofreciendo al comprador el mismo precio por el que les habia comprado.* La razon de su introduccion es socorrer á la grande aficion que todos tenemos á las posesiones de nuestros antepasados, de la cual refiere considerables testimonios Manuel González (1). Nuestras leyes han atendido tanto á esta aficion, que han establecido varias reglas en su razon. Ante todas cosas debe tenerse presente, que han concedido este derecho á los parientes dentro del cuarto grado del vendedor, que vendió á un estraño las posesiones de sus abuelos ó padres, *l.* 1. *tit.* 13. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* Pero adviértase, que solo compete á aquellos parientes que descienden del ascendiente de quien se deriva la cosa vendida, *d. l.* 1. que dice, *y alguno de aquel abolengo la quisiere.*

3 Por cuanto la referida razon que introdujo el retracto, tanto es mas llena, cuanto es mayor la proximidad del parentesco, y nuestras leyes que le establecieron, prefieren manifiestamente los mas cercanos parientes á los mas remotos, nos parece muy bien lo que dicen Antonio Gómez en la *l.* 70. *con las cinco siguientes de Toro* (9. 10. 11. 12. 13. *y* 14. *d. tit.* 13.), Hermos. en la *l.* 55. *tit.* 5. *P.* 5. *glos.* 5. y Matienz. en la *d. l. del tit.* 13. *glos.* 5. *desde el n.* 8., que tambien compete este derecho á los parientes mas próximos del vendedor, cuando este vendió la cosa, no á un estraño, sino á un pariente mas remoto. Pero lo que añaden los mismos, que podrá un pariente retraer por la mitad la cosa vendida á otro pariente de igual grado, tiene mayor dificultad, como lo conoció Azeved. en *d. l.* 1. *n.* 59., aunque no se atrevió á apartarse de su opinion. Respetamos la autoridad de tan insignes intérpretes; pero siempre nos ha parecido mas probable la contraria senten-

(1) In cap. 8 extra de in integr. restit.

cia. Porque ademas que la materia de los retractos no es favorable, sino odiosa, como citando á muchos lo confiesa el mismo Hermosilla en *d. l.* 55. *glos.* 4., y de consiguiente no se debe ampliar sino estrechar; no hay cosa mas segura en el Derecho, de que en caso de duda es mejor la condicion del que posee (1), y mas cuando se disputa del lucro entre dos (2). Cuya sólida razon la comprueba claramente en esta misma materia de retractos la *ley* 55. *tít.* 5. *P.* 5., cuando vendiendo uno á su comunero la parte suya, niega el retracto á los otros comuneros que le tendrian si la vendiese á un estraño, como enseñan muy bien el propio Hermosilla en *dicha l.* 55., y Greg. Lóp. en el *mismo lugar.* Y con efecto, no es fácil señalar razon alguna de diferencia entre los dos casos. Por otra parte en esta sentencia, ni sale la cosa vendida de la parentela, ni se turba el órden del parentesco, de suerte que por ninguna parte que se mire da lugar á justa queja.

4 Antiguamente en el derecho de retraer no tenia lugar lo que los romanos llamaron edicto sucesorio, esto es, no queriendo retraer el pariente mas próximo, quedaba salva la venta, sin pasar el derecho al siguiente en grado, si no es que el mas próximo estuviese ausente del lugar del contrato, como lo dispuso la *ley del Fuero*, transcrita en la *d. l.* 4. *tít.* 13. Pero despues se corrigió esto por la *ley* 7. *tít.* 13. (73. *de Toro*) mandando, que no queriendo, ó no pudiendo retraer el pariente mas cercano, lo pudiese hacer el siguiente en grado hasta el cuarto. En el contar los grados juzgan comunmente nuestros autores que debe seguirse la computacion civil; porque la canónica solo se sigue en las causas de matrimonio, Azevedo en *d. l.* 7. *n.* 6. Matienzo en *d. l.* 4. *glos.* 5. *n.* 7. Pero Parlador. en la *diferencia* 109. §. 3. *n.* 14. *y siguientes* defiende con argumentos de tanto peso la contraria opinion, que nos parece muy probable. Si el mas próximo pariente está presente cuando se hace la venta á un estraño y calla, no se entiende por eso que renuncia el derecho de retraer, como lo prueba Gómez en *d. l.* 73. *de Toro n.* 20.

5 La proximidad del parentesco, por la que se concede el derecho de retraer, se ha de considerar con respecto al

(1) L. 128. de div. reg. jur. (2) L. 126. eod.

vendedor, *l.* 2. *tít.* 13. que dice, *Otro pariente propincuo del vendedor.* De ahí es, que si el hijo y el hermano del vendedor disputan para retraer una cosa, que ya fué del padre del vendedor, debe ser preferido el hijo, *d. l.* 2. Y de que la ley llame al mas próximo, no hemos de inferir que quiso escluir la representacion, Molin. *de Hispan. primog. lib.* 3. *cap.* 8. *n.* 11., como en las sucesiones intestadas, que tambien se conceden á los mas próximos, no está escluida, y tiene lugar en la línea recta *in infinitum*, como suele decirse; y en la transversa hasta los hijos de los hermanos inclusive, segun dijimos en el *lib.* 2. *tít* 8. *nn.* 3. *y* 7. Cuya doctrina aprobada allí por nuestras leyes, debe admitirse aquí en *d. l.* 4., porque los derechos del retracto en admitir los parientes mas próximos, están conformes con los de las sucesiones intestadas, como lo advierte Azevedo en *d. l.* 7. *n.* 4., Hermosil. en la *ley* 55. *tít.* 5. *P.* 5. *glos.* 8. *n.* 56. y otros. Dijimos *en admitir los parientes mas próximos*, porque en lo demas no lo están enteramente: á lo ménos no lo estaban ántes en que el derecho á la sucesion intestada llegaba hasta el grado décimo.

6 Si concurrieren á retraer dos ó mas parientes de igual grado, todos serán admitidos, y se partirán la cosa, *d. l.* 4. *tít.* 13. si no es que la cosa fuese indivisible, en cuyo caso habria lugar á la licitacion, y se la llevaria el que ofreciese mas, Azev. en *d. l.* 4. *nn.* 50. *y* 51. Y si uno solo acudiere á retraer, se la llevará toda, aunque sea divisible, sin que se le precise á requerir á los otros, si la quieren tambien, ni dar en su razon fiador alguno. Pero si los demas vinieren despues del retracto dentro del término legítimo, serán admitidos, y sacará cada uno su parte al que retrajo, como lo prueba el mismo Azevedo en *d. l.* 4. *n.* 46. *y siguientes.* No es contraria esta sentencia á la que hemos abrazado arriba *n.* 3. *vers. Respetamos*; porque en aquella venta no estuvo la cosa sujeta á los derechos del retracto, y en esta quedó sujeta, y estándolo á ninguno se le puede quitar.

7 El doble vínculo de parentesco no da prelacion entre los que están en igual grado. La solidez de esta sentencia se ve clara en el siguiente ejemplo: Pedro me tiene á mí, hermano de ambos lados de padre y de madre, y á Juan que solo lo es de parte de padre; y habiendo vendido á un es-

traño una cosa de nuestro abolengo, concurrimos los dos hermanos á retraerla; no tendré yo preferencia alguna. Nos mueve á pensar así la razon inductiva del retracto, manifestada arriba *nn.* 1. *y* 2., que concurre con igualdad entre nosotros dos, como lo observará cualquiera que lo considere. No nos embaraza la única razon, por la que Hermosilla en *d. glos.* 8. *n.* 58. y Matienzo en *d. l.* 1. *glos.* 4. *n.* 3. con otros defienden lo contrario, de que los derechos de retraer se gobiernan por los de la sucesion intestada; porque segun hemos indicado al *n.* 5. engaña alguna vez. Y en lo que tratamos, no puede tener lugar, por ser muy diferente en un caso y otro la consideracion que nos precisa á seguir nuestra opinion. En la sucesion intestada de Pedro seria yo preferido á Juan, porque sus bienes se considerarian como que eran de él, sin respeto alguno de si venian ó no de su padre; y de él soy yo mas estrechamente pariente, por serlo de ambos lados. Pero en el derecho de retraer se consideran, como que le vinieron de su padre; y este tanto era padre de Juan como mio. Por solo lo que llevamos dicho, nos plació por la primera vez nuestra opinion, cuando estábamos formando el apéndice *de retractibus*, que va en nuestra *Institucion romano-hispana*, y luego nos asustó haber tropezado con la *ley* 13. *tit.* 10. *lib.* 3. *del Fuero real*, que manifiestamente da prelacion al pariente de doble vínculo. Pero calmó presto el susto con mucha satisfaccion nuestra por haber observado, que *d. l.* 13. está transcrita en la 1. *del tit.* 13., variadas ó corregidas las palabras de prelacion. Las de *d. l.* 13. son estas: *Y si dos ó mas la quisieren, que son en igual grado de parentesco, háyala el mas propincuo;* y las de *d. l.* 7. las que siguen: *Y si dos ó mas la quisieren, si son en igual grado de parentesco, pártanla entre sí; y si no fueren en igual grado, háyala el mas propincuo.* ¿Quién no ve, que por estas palabras solo se concede prelacion al que es mas próximo en el grado?

8 Siendo la causa de este retracto, que la cosa no salga de la parentela, claro está que el que tiene este derecho no puede cederle á un estraño. Ni puede tenerle el monasterio en que hubiere profesado el pariente, porque la doctrina de que el monasterio sostiene y representa la persona del que profesó, no tiene lugar en las cosas personalísimas, que

resisten toda representacion, y no tiene cabida en la persona fingida, que es el monasterio, Azev. en *d. l.* 1. *n.* 26. Góm. en *d. l.* 73. *de Toro*, *n.* 8. Y ahora se añade en esclusion del monasterio la *pragmática del año* 1792, *que es la ley* 17. *tit.* 20. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.*, que le escluye de la sucesion intestada, como vimos en este *lib.* 2. *tit.* 8. *n.* 12. Pero sí que compete á los hijos naturales y á los desheredados, como tambien á los que hubieren renunciado la sucesion de su padre, como lo prueba Góm. *en d. l.* 73. *de Toro*, *nn.* 4. 5. *y* 6.

9 La materia de este retracto son las cosas ó bienes raíces que estuvieron en el patrimonio de los abuelos ó padres comunes del que las vende, y del que las retrae, *d. l.* 1. *y* 3. *d. tit.* 13. Y no es menester lo hayan estado en los de los dos: basta en cualquiera de ellos, porque las leyes hablan disyuntivamente, *d. l.* 1. 2. *y* 5. *d. tit.* 13. que dice, *Patrimonio ó abolengo.* Gómez en *d. l.* 73. *de Toro n.* 3. en donde trata latamente la cuestion, resuelve, bastará que hayan estado en solo el del padre, si este las conservó hasta su muerte; pero cuando enajena durante su vida las que adquirió con su propio trabajo ó industria, no están sujetas al retracto. Hemos dicho que solo las cosas raíces ó inmuebles, son materia del retracto; pues aunque la *ley* 4. *y siguientes d. tit.* 13. usen de la palabra generalísima, *cosa*, que comprende tanto las muebles como las inmuebles; *la* 7. á la que se refieren las demas, usó de la palabra *heredad*, que segun el uso comun no se acomoda á las muebles, Matienzo en *d. l.* 1. *tit.* 13. *glosa* 1. *nn.* 1. 2. 3. Azev. en *la misma*, *nn.* 7. 8. 9. en donde lleva en comprobacion la *l.* 230. *del Estilo*, la cual dice, *Las heredades y otras cosas raíces:* y añade no haber duda en esto. Fuera de esto la razon de afeccion, en que estriba el derecho de retracto, no suele recaer sobre las cosas muebles, Azev. en el *lugar citado*, Hermosilla en *d. l.* 55. *tit.* 5. *P.* 5. *glos.* 4. *n.* 7.

10 La *l.* 3. *de d. tit.* 13. exige para que competa el retracto, que el vendedor hubiese heredado la cosa que vende, de sus padres ó de sus parientes, escluyéndole, cuando la hubiere comprado ó habido por trueque, donacion ó por otra manera. Pero meditada bien esta *ley* con respecto á la razon que ha introducido el retracto, juzgamos deberse en-

tender esta esclusion de adquisiciones por títulos singulares, cuando vienen estos de estraños y no de los ascendientes. Pongamos para mayor claridad ejemplos: Vende Pedro un campo que habia adquirido por venta ó donacion que le hizo Juan: no tiene Diego, hijo de Pedro, derecho para retraerle. Por lo contrario lo tendrá, si dicho su padre Pedro le hubo, porque su padre ó abuelo Francisco se lo legó ó dió en donacion *propter nuptias*, ó en mejoras, ó en dote, si fuere hembra. Así lo siente Gómez en *d. l.* 73. *n.* 3. *vers. Sed.* Y lo convence la consideracion de que en este caso el campo ya era familiar ó de parentela en la persona de Pedro, cuya cualidad no pudo alterar el título singular con que lo adquirió, como dimanante de un ascendiente suyo; y miéntras la conserva, siempre está sujeta al retracto. El hacer la ley mencion de solo el título de herencia, es por ser el regular de conseguir los hijos los bienes de sus padres. Esta misma razon de que cuando conserva la cosa la calidad de familiar, puede siempre ser retraida, dió justo fundamento á Matienz. para decir en *d. l.* 1. *glos.* 8. *n.* 10. que si un pariente retraia la cosa vendida á un estraño, quedaba esta sujeta al retracto, sin embargo de que el retrayente no la adquirió de pariente suyo por título de herencia, sino por el singular de venta, como subrogado en lugar del comprador estraño de quien la retrajo. Le quiso censurar por esto Azev. en *d. l.* 1. *n.* 77.; pero sin razon, movido solo por la certeza de las palabras de *d. l.* 3.

11 En tanto son materia del retracto las cosas, en cuanto no han llegado á salir del patrimonio ó descendencia del ascendiente del que vende y el que retrae; porque si han sido ya vendidas á un estraño, sin que pariente alguno haya querido ó podido retraerlas, se pueden vender libremente sin sujecion á retracto, aunque hayan vuelto despues al pariente que las vendió al estraño: si no es que volvieren por causa de la venta que él hizo, como por pacto de retroventa, ó de la ley comisoria. Es la razon, porque toda vez que la cosa se hizo ya de libre enajenacion, así permanece; y mudada la calidad de la persona, se muda la de la cosa (1). Así lo prueban con muchas razones Góm. en la *l.* 70. *de Toro n.* 24. Azev. en *d. l. nn.* 75. *y* 76. Matienzo en *la misma l.* 1. *glos.* 8. y nadie lo duda. Pero si la cosa volvió al pariente que la vendió al estraño, por causa de esta venta hay lugar al retracto, como allí mismo prueban Azev. y Matienzo; porque vuelve á su prístina causa, sin considerarse haberse enajenado (1).

(1) L. 90. § 1. de adq. v. om. her.

12 Si muchas cosas paternas ó patrimoniales fuesen vendidas por un solo precio para todas, no le será permitido al pariente retraer una sin las otras, sino que deberá retraerlas todas ó ninguna: pero si á cada una se le señaló su precio, retraerá las que quisiere, *l.* 5. *d. tít.* 13.; porque en el primer caso se considera una sola la venta, y en el segundo muchas (2). Y nos parecen bien dos limitaciones, ó ántes declaraciones del segundo caso, que traen Azev. en *d. l.* 5. *n.* 6., y Matien. tratando latamente de estas ventas en *d. l.* 1. *glosa* 7. desde el *n.* 20. I. Cuando constare, que el comprador no las hubiera comprado sino todas, y no unas sin las otras; porque entónces siempre se considera una sola venta (3); de otra suerte quedaria perjudicado el comprador. II. Semejante á esta: si dos cosas fueren dadas por el pariente á un estraño cada una por su precio, en pago de una deuda que le debia. Para esto es menester advertir, que el dar alguna cosa en pago de deuda tambien hace lugar al retracto; porque se reputa venta, como luego veremos. Pongamos ahora el ejemplo: Pedro, que me debia 300 pesos, me da en pago sus campos patrimoniales A. B., aquel por 200, y este por 100. No podrá su pariente retraer el uno sin el otro, sino los dos al mismo tiempo; porque sin embargo de la diversidad de precios, deberá considerarse una sola venta, puesto que tambien es una sola la deuda; y se precisaria al acreedor á cobrar por partes.

13 Si de dos cosas vendidas, solamente la una fuese patrimonial, podrá el pariente retraer esta, dejando la otra en poder del comprador, tasándose por peritos el valor de la patrimonial para darlo al comprador. Pero juzgan Azev. y Molina en el *lugar arriba citado*, deberse permitir á este ofrecer las dos, restituyéndosele todo el precio con el efecto, y que por esta oblacion estará obligado el pariente á tomar las dos, ó ninguna. Hermosilla en *d. l.* 55. *tít.* 5. *P.* 5.

(1) L. 10. § ult. quib. mod. pign. v. hipot. solv. (2) L. 34. de ædil. edic.
(3) D. l. 54.

glosa 8. *n.* 54. es de dictámen con mas probabilidad, que solo se le deberá precisar, cuando el comprador no hubiera tomado la tierra libre sin la patrimonial; y añade, que así respondió consultado sobre este caso; y así respondió en otro semejante entre los romanos el juriconsulto Scévola (1).

14 La cosa patrimonial vendida á un estraño, está sujeta al retracto, aunque haya pasado á muchas manos; porque la accion para retraer no es personal nativa, esto es, no nace del contrato considerado en sí solo, sin la ayuda de la ley; sino dativa de la clase de aquellas que los romanos llamaron *in rem scriptas*, que nacen inmediatamente de la ley, é imitando á las reales se dan contra cualquiera poseedor. Compete pues esta accion contra el tercer poseedor. Gómez en *d. l.* 70. *n. últ.* Azevedo en *d. l.* 7. *n.* 40. Matienzo en la *misma l.* 1. *glosa* 8. *desde el n.* 11., sin ser del caso que este posea por título oneroso ó lucrativo. Si fuese este oneroso, por haber comprado la cosa del primer comprador, deberia el pariente que retrae, darle el precio, no de su compra, sino el de la anterior, cuando hizo la venta el pariente; porque esta fué la que dió causa al retracto. Pero no se negará al segundo comprador la eviccion contra el primero de quien él la compró, aunque este no la tendrá contra el pariente que se la vendió. Matienzo en *d. l.* 1. n. 15. contentándose con recobrar del que retrae el precio que él pagó.

15 A este retracto da causa el contrato de compra y venta, y de él hablan todas las leyes que le conceden. El de permuta está espresamente escluido en *d. l.* 1., y por ello es libre cualquiera pariente de permutar una cosa suya patrimonial por otra, sin recelo que la retraigan: lo que se entiende, si no hubiere fraude en ello; porque si apareciere que siendo el contrato propiamente compra, le apellidaren los contraventes permuta para impedir el retracto, no quedaria impedido, Azevedo en *d. l.* 1. *n.* 80. Matienz. en *la misma en toda la glosa* 10., en que examina lata y doctamente muchos casos en que pueda presumirse fraude, Gómez 2. *var. cap.* 2. *n.* 10. y el señor Covar. *lib.* 2. *var. cap.* 1. *n.* 9. La dacion en paga da lugar al retracto, por hacer las veces de venta (2), y porque de otra suerte, se

(1) L. 47. § 1. de minor. (2) L. 4. C. de evict.

burlaria con mucha facilidad el retracto, con sola la mutacion del nombre, Gómez en *d. l.* 70. *n.* 20. Cuya sentencia admiten con razon Azev. y Matienz. en *d. l.* 1. cuando, segun es regular, se da una especie por deuda que se debia en dinero; porque si se diere una especie por otra, seria permutacion. En la dacion en dote tendrá lugar cuando lo fuere de bienes sitios, que se dieron estimados con estimacion que haga venta; de lo que hemos hablado tratando de las dotes.

16 El derecho de retraer dura nueve dias, pasados los cuales ya no tiene lugar, *ll.* 1. 2. 4. 6. *y* 7. *tít.* 13. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* Corren contra los menores, pupilos y ausentes, de modo que contra el lapso de estos dias no se concede restitucion alguna, *l.* 2. *d. tít.* 13. Y aunque *esta ley* no habla de los ignorantes, se debe tambien entender de ellos, corriendo con mas facilidad contra ellos los tiempos de las prescripciones, que contra los menores y los pupilos, como se ve en la usucapion ó prescripcion ordinaria, que no teniendo lugar contra estos, corre contra los ignorantes, Matienz. en *d. l.* 2. *glos.* 12. *nn.* 18. *y* 19. Hermosilla en *d. l.* 55. *glos.* 8. *nn.* 32. *y* 33., en donde citando á otros, esceptúa los casos en que por fraude ó culpa del vendedor ignoró la venta el pariente, como si salió del lugar de su domicilio para otorgar la venta, ó buscó escribano de otro pueblo, estuvo mucho tiempo oculta la venta, ó sucedió otra cosa semejante, de que pueda aparecer ó presumirse fraude; porque entónces empiezan á correr los nueve dias desde aquel en que tuvo noticia el pariente, pues á ninguno debe patrocinar su fraude. En las ventas judiciales tiene tambien lugar el retracto, y se cuentan los nueve dias desde el del remate, *l.* 4. *d. tít.* 13.

17 En cuanto á las demas ventas exagitan nuestros intérpretes dos cuestiones muy reñidas: la una si se han de contar desde el dia de la convencion, ó desde el de la tradicion; y la otra si se han de contar naturales, ó de momento á momento. En la primera vencen en número los que defienden deberse contar desde el dia de la convencion, y son entre otros Covar. 3. *var. cap.* 11. *n.* 2. Aceved. en *d. l.* 1. *n.* 62. Matienz. en la *misma l.* 1. *glos.* 6., en donde examina latísimamente la cuestion, diciendo ser mas

verdadera y comun esta opinion, y mas recibida en la práctica, y Gutiérrez, *lib.* 2. *cuestion* 152. que debe estarse por ella en juzgar y aconsejar. Los argumentos que la apoyan son de mucha fuerza. I. Las palabras de *d. l.* 1. *Despues que fuere vendida la cosa hasta nueve dias*, y las otras de la *d. l.* 15. donde dice: *Desde el dia que la vendida fuere hecha hasta nueve dias;* pues como es notorio, la cosa se dice vendida, y la venta hecha desde la convencion, por ser este contrato consensual, que se perficiona por el solo consentimiento de los contrayentes. II. El que en las ventas judiciales se cuentan desde el dia del remate, *d. l.* 4. el cual corresponde en las estrajudiciales á la convencion; porque el rematar el juez la subasta, es suplir el consentimiento del vendedor, y no el entregar la cosa. III. Que este retracto, segun hemos visto al *n.* 3., no se reputa favorable, sino odioso, y por ello se le deben estrechar los límites; y este es nuestro parecer.

18 Antonio Gómez defiende acérrimamente la opinion contraria en la *l.* 70. *de Toro*, *n.* 16. diciendo, que siempre la conservará en juzgar y en aconsejar, confesando sin embargo estar la otra recibida en la práctica, y que vió sostenerla la mayor parte de los doctores de la universidad de Salamanca en cierto exámen. Sus razones se reducen á dos: I. Que el fin de este retracto es, que la cosa no salga de la familia, lo que dura hasta la tradicion, por la cual, y no por la convencion, pasa el domnio del vendedor al comprador. Es esto verdad; pero tambien lo es, que por la convencion adquiere el comprador accion para pedir que se le entregue la cosa; y el que la tiene se juzga tener la misma cosa (1), por no poderse resistir el vendedor á entregarla. Añade, que de la contraria sentencia se seguiria el inconveniente de que pudiéndose ocultar con facilidad la convencion, quedarian con frecuencia engañados los parientes, sin poder usar de su derecho por ignorancia; pero ya hemos dicho que cuando fraudulentamente se oculta, corre el término desde el dia en que el pariente tiene noticia y no ántes.

19 En la segunda cuestion parece que ambas opiniones son igualmente probables, por poderse considerar de igual

(1) L. 15. de div. reg. jur.

peso las razones en que se fundan las dos. Las de los que afirman deberse contar los nueve dias de momento son: I. Que los términos legales, cual es este, se cuentan regularmente de momento á momento; lo que tambien se acomoda mejor á que deben estrecharse en nuestro asunto, por lo que dijimos, Góm. en *d. l.* 70. *n.* 25. Azeved. en *d. l.* 1. *n.* 62. II. Que hablando del término *d. l.* 7. no hace mencion del dia en que debe empezar, sino del tiempo, segun sus palabras que hemos notado al *n.* 17. La otra opinion tiene á su favor las *citadas leyes* 9. *y* 15. que dicen deberse contar desde el dia. En nuestro apéndice *de retractibus*, inclinamos un poco mas á la primera; pero variamos ahora, por considerar muy embarazoso su uso, á causa de haberse de retener en la memoria, ó notar por escrito la justificacion de la hora del otorgamiento de la convencion, lo que no es regular hacerse, ni debe creerse lo quiso la ley. Queremos advertir á lo último que los dias de este término deben contarse incluyendo el primero y el postrero, como se puede ver en Gómez y Azevedo en los *lugares citados*.

20 Ademas de lo referido hasta aquí, han de concurrir algunas circunstancias ó solemnidades, para que tenga lugar el retracto: I. Que el retrayente ha de pagar al comprador todo el precio por que este compró la cosa, con las espensas que haya hecho, y los tributos y gabelas que haya satisfecho. II. Que jure que quiere para sí la cosa. III. Que jure no haber en ello fraude ni dolo alguno, *dd. ll.* 1. 2. *y* 4. *tit.* 13. Cuyas solemnidades, siendo de forma, como suele decirse, son tan necesarias, que faltando cualquiera de ellas no hay retracto. Debe pues el pariente que lo intenta buscar ante todo al comprador, y pagarle lo que hubiese gastado; y si este rehusare recibirlo, consignar ó depositar el precio delante de testigos, y si hay lugar, á presencia y con órden del juez, como lo prueba Azeved. en *d. l.* 2. *n.* 3. *y siguientes;* y hecho esto tiene derecho á que se le entregue la cosa como si hubiese pagado el precio; porque este depósito se reputa paga, segun la *ley* 8. *tit.* 14. *Part.* 5.: *E dende en adelante es quito del debdo, é non há el otro demanda ninguna.* La paga ó depósito del precio debe hacerla el pariente con tanto rigor y formalidad, que debe constar su real y verdadera enumeracion, sin que baste que

el depositario confiese haberle recibido. Y tan por entero, que el faltar un dinero lo viciaria, si no es que fuere por ignorancia ó error en el cálculo ó cuenta; y entónces habrá lugar al suplemento. Si el pariente no supiere el precio, deberá ofrecer y depositar el que le pareciere serlo, dando fiadores de que pagará el esceso, si le hay, Azeved. *d. l.* 4. *desde el n.* 14. Matienz. en la *misma glos.* 4. Si la venta fuere al fiado, se admitirá al pariente, dando buenos fiadores ante el juez dentro de los citados nueve dias, que pagará el mismo precio que el comprador al tiempo en que este estaba obligado, *d. l.* 6. *d. tit.* 13.

21 Lo muy interesante que es por su frecuente uso el conocimiento de este retracto gentilicio ó de sangre, nos ha hecho estender mas de lo que corresponde á un institutista. De los demas hablaremos con mas brevedad. El que solemos llamar de los *comuneros*, como le llama la *ley* 9. *de d. tit.* 13. acontece cuando siendo muchos dueños de una misma cosa indivisa, ó como acostumbra decirse, *pro indiviso*, uno de ellos vende su parte á otro que no es dueño, en cuyo caso compete este retracto á cualquiera de los que lo son. Si las partes están divididas, aunque sea muy leve la division, como por ejemplo la de un sulco en un campo, ya no tiene lugar, por no haber comunion en la cosa en que se funda. Solo pues lo tendrá cuando las partes solamente lo son por el entendimiento, como cuando decimos: yo tengo dos partes de aquel campo, tú dos, y Pedro cuatro; sin haber señalamiento de ellas, como lo prueba bien Antonio Gómez en la *ley* 70. *y siguientes de Toro*, *n.* 27.

22 Cuando la cosa está así indivisa, sus dueños se llaman *comuneros*, y tambien les solemos decir *condueños*. Y cualquiera de ellos, aunque lo fuera de una parte mínima, tiene derecho al retracto, como tambien lo prueba Gómez en *d. lugar*. Si tuviere yo pues la centésima parte de una casa, y el otro condueño vendiese las 99, podria yo retraerlas. Y aun decimos mas: que no tiene prelacion alguna el que tuviere mas partes. Así pues, si en el ejemplo referido las 99 partes fueren de dos condueños, y uno de ellos vendiere las suyas, me competiria el retracto prorata; y si yo fuese el comprador, nada me podria quitar el otro condueño, Gregor. Lóp. en la *ley* 55. *tit.* 5. *P.* 5. *glos.* 5. Hermosilla *allí mismo. n.* 5. Matienz. en la *ley* 8. *d. tit.* 13. *glos.* 3. *n.* 10., que todos se fundan en una misma razon, á saber, que las leyes que hablan de este retracto, que son la 55. *tit.* 5. *P.* 5. y las 8. *y* 9. *d. tit.* 13. (74. *y* 75. *de Toro*), solo prefieren los dueños á los estraños, nunca un condueño á otro. Véase lo que dijimos arriba. 3. Si al retracto concurrieren muchos condueños, cada uno llevará de la cosa vendida su porcion con respecto á la parte que tiene propia, y si uno solo, la llevará toda, Matienz. en *d. glos.* 3. *n.* 8. Azeved. en la *ley* 1. *d. tit.* 11. *n.* 54. Greg. Lóp. *en d. l.* 55. *glos.* 8. *al fin*.

23 Aunque el retracto de sangre solo tiene lugar en las cosas inmuebles, segun hemos visto, con todo juzgan comunmente nuestros intérpretes, que este que compete á los comuneros, y suele llamarse de *comunion*, le tiene tambien en las muebles, Matienz. en *d. l.* 8. *glos.* 3. *n.* 3. Matienz. en *d. l.* 55. *glos.* 4. *n.* 7. Gregor. Lóp. en la *misma l.* 55. *glos.* 1. Sus argumentos son: I. Porque *d. l.* 55. que es la maestra ó primer fundamento de este retracto, usó de la palabra *cosa*, que comprende no ménos á las muebles, que á las inmuebles. II. Porque la equidad que introdujo este retracto, prefiriendo el comunero al estraño, igualmente se acomoda á las cosas muebles que á las inmuebles. III. Porque este retracto es favorable, y por ello debe entenderse anchamente, á causa que se dirige á que cese la comunion, que suele producir discordias ó desacuerdos, *l.* 1. *tit.* 15. *P.* 6. (1); y no es fácil pueda cesar de otra manera, siendo muchas de las cosas muebles indivisibles.

24 Sin embargo de estos argumentos debemos confesar, que no es despreciable la opinion contraria, por tener á su favor razones de bastante peso, cuales son: I. Que la *l.* 9. *d. tit.* 13. usa de la palabra *heredad*, diciendo, *Si alguno vendiere la parte de alguna heredad;* cuya espresion fué uno de los argumentos, con que hemos probado arriba *n.* 9. que el retracto de sangre solo tiene lugar en las cosas raíces. II. Que la misma *l.* 14. quiere se observe lo mismo en este retracto que en el de sangre. A pesar de la fuerza de estas razones, nos parece mejor la primera sentencia,

1) L. 77. § 20. de legat. 2.

siguiendo á Gregor. Lóp., que en vista de todo pensó así en *d. glos.* 1., confesando no ser despreciables los argumentos contrarios. El ser este retracto favorable y de ancha interpretacion nos facilita que digamos, que en él la palabra *heredad*, se pone por ejemplo: lo que no puede decirse del de sangre, por ser odioso, y demas que dijimos en *d. n.* 9. La comparacion que hace *d. l.* 9. solo debe entenderse en las diligencias y solemnidades.

25 Hay otros dos retractos legales, de que habla *d. l.* 8. (74. *de Toro*) concedido el uno al dueño directo, si se vende la superficie, y el otro al superficiario, si se vende el dominio directo. Y aunque *d. l.* 8., que es la única que hace mencion de estos retractos, nada dice del tiempo en que debe intentarse, convienen los autores en que ha de ser el mismo de nueve dias, Gómez en *d. l.* 70. *n.* 31. Azev. en *d. l.* 8. *n.* 3., y lo probamos bien en nuestro *Apéndice n.* 30. Y advertimos con el mismo Góm. en *d. n.* 31. Matienzo en *d. l.* 8. *glos.* 1., y Molin. *de just. et jur. disp.* 371., que el retracto concedido en *esta ley* al dueño directo dentro de solos nueve dias, se entiende cuando el superficiario no le pagase anua pension; porque si se la paga, tendrá otro por el término de dos meses, respecto que el superficiario que paga pension es semejante al enfiteuta. *En la misma ley* 8. se pone el órden de prelacion que deba guardarse cuando concurren muchos que tienen derecho á retraer, estableciéndose que en primer lugar entren el dueño directo ó el superficiario; en segundo lugar el comunero, y últimamente el pariente.

26 En conclusion de este asunto de retractos, vamos á examinar otro que nos queda, que por venir de la voluntad y convencion de los contrayentes, se llama *convencional*. Sucede muchas veces, que no queriendo el vendedor desapropiase para siempre de la cosa, la vende con el pacto llamado comunmente de *retrovendendo*, esto es, que volviendo él al comprador el precio que este le dió, se le haya de vender ó revender, restituyéndole de este modo su dominio. En este reino de Valencia son frecuentísimas las ventas que se hacen con este pacto, y suelen llamarse *á carta de gracia*, por depender su duracion de la que hace el vendedor en no redimir la cosa que vendió. Ojalá se hicieran con aquella pureza que se hacian cuando se observaba la ley de Moises, que las permitió, segun se lee en el *cap.* 25. *v.* 23. *del Levítico: Terra quoque non vendetur in perpetuum, quia mea est, et vos advenæ, et coloni mei estis; unde cuncta regio possessionis vestræ sub redemptionis conditione vendetur.* Pero vemos con dolor que en el dia hay tantos abusos y perjuicios en ellas, que tal vez convendria que se prohibieran, ó por lo ménos tomaran rigorosas providencias para atajarlos. Los pondremos de manifiesto oportunamente, cuando tratemos de los censos.

27 El cumplimiento de este pacto de parte del vendedor se llama redencion, y del comprador retroventa; y del modo que se ponga se ha de cumplir, aunque espresare, que cuando quiera que el vendedor ó sus herederos tornasen el precio al comprador, habia este de volverles la cosa, *l.* 42. *tít.* 5. *P.* 5. que así lo establece espresamente, y en su virtud competiria siempre el derecho de redimir, sin que le escluyese tiempo alguno, Góm. 2. *var. cap.* 2. *n.* 28. Molin. *de just. et jur. disp.* 374., en donde en comprobacion de ser sólido su modo de pensar, alegan la ley romana, que así lo estableció (1). Cuando se tasa el tiempo de la retroventa, no puede el comprador ser precisado á hacerla pasado el tiempo, si se atiende al tenor de *d. l.* 42.; pero sin embargo es práctica de los tribunales concederse el de 20 años, término de las acciones personales, como veremos, si no es que haya interpelacion de parte del comprador, en cuyo caso se observa la coartacion puesta en el pacto; y si el vendedor no escoge el medio de la redencion, queda el comprador con el dominio libre y absoluto de la cosa.

28 Como la accion para precisar al comprador á la retroventa es meramente personal, por salir de solo el contrato, no puede intentarse contra tercer poseedor, á quien hubiese pasado la cosa vendida. Solo podrá reconvenir al comprador, que es el único á quien tiene obligado por el contrato, á que le satisfaga los perjuicios que se le siguen de que no se le restituya la cosa, como ademas de ser corriente en las obligaciones que nacen de los contratos, lo prueban las palabras de la misma *ley* 42.: *El comprador*

(1) L. si nolit. 31. § 22. de ædil. edic.

es tenudo de tornar la cosa en todas guisas, si es en su poder; é si en su poder non es, debe pechar al vendedor todos los daños, é los menoscabos que le vinieron, porque non tornó aquella cosa, que así habia vendida. Góm. en *d. cap.* 2. *n.* 29. Molin. *d. disp.* 374. en donde responde á los argumentos de Covar., que siente lo contrario, *lib.* 3. *var. cap.* 8. *n.* 3. Podrá pues retener la cosa con seguridad el tercer poseedor, si no es que en la primera venta, ademas del pacto de retrovendendo, se hubiere puesto la condicion, de que no pudiese el comprador vender la cosa á otro, pendiente el tiempo de la redencion; porque entónces siendo nula la segunda venta, en cuya virtud la tenia el tercer poseedor, se la podrá quitar el primer comprador, y á este reconvenirle para la retroventa el vendedor. Y si en el pacto se hubiese espresado, que vendiendo el comprador la cosa se considerase no hecha la venta primera, entónces por la segunda reviviria el dominio en el primer vendedor, y la podria pedir como suya por la accion real á cualquiera que la poseyese. Hermos. en *d. l.* 42. *glos.* 7. *nn.* 4. *y* 12. Y en las *glosas* 9. *y* 10. trata latamente de la pertenencia de los frutos, y de las espensas y mejoras.

29 Y dando fin á los retractos, concluimos diciendo, que en todos ellos el que retrae se subroga en lugar del primer comprador, teniendo lugar en él los efectos de la venta primera; y si se hubieren hecho despues otras ventas, quedan deshechas y anuladas, como si no se hubiesen celebrado, Góm. en *d. l.* 70. *de Toro n.* 35. Mol. *de just. et. jur. disp.* 374. Del retracto de los oficios públicos, véanse las *leyes* 11. *y siguientes, tít.* 7. *lib.* 7. *de la Nov. Rec.*, y en ellas Azevedo, y del de la jurisdiccion á Larrea *alegac. fiscal.* 45.

TÍTULO XII.

CUÁNDO Y CÓMO SE PAGA LA ALCABALA Y EL LUISMO POR RESCINDIRSE Ó DESHACERSE LA VENTA.

Tít. 12. lib. 10. de la Nov. Rec.

1. *Si se debe alcabala cuando los contrayentes se apartan de la venta que solo estaba perficionada.*
2. *De lo que se debe despues de consumado el contrato.*
3. *De cuando se hace la venta con el pacto de la ley comisoria, ó de la adicion en dia.*
4. *De cuando se hace con el pacto de retrovendendo.*
5. *De cuando ocurren retractos legítimos.*
6. *De las ventas que se rescinden por culpa de los contrayentes ó por la menor edad.*
7. *Cuando la cosa se vende á censo, solo hay una alcabala que se paga por mitad.*

1 Las muchas dificultades que se ofrecen en el asunto de este título, nos han inclinado á tratarlas con separacion y alguna estension. Con el deseo de cansar ménos, solo haremos mencion de la alcabala; pero por la identidad de razon entiéndase tambien del luismo lo que dijéremos, que como veremos al tratar de los censos, se paga de la venta de los bienes enfitéuticos. [Aunque segun la opinion comun de los autores se debe alcabala no solo por las ventas voluntarias, sino tambien por las judiciales, opinaban algunos de ellos que debian esceptuarse de esta regla las adjudicaciones *in solutum*, como puede verse en Parladorio *Rerum quotidianarum*, *lib.* 1. *cap.* 3. §. 2. *números* 33. *y siguientes*. Tapia, *lib.* 3. *tít.* 3. *cap.* 6. *n.* 35. Mas por *real órden de* 24 *de diciembre de* 1832 se sirvió S. M. declarar que las adjudicaciones *in solutum*, forzosas y voluntarias de bienes pertenecientes á los deudores, que se hagan para pago de acreedores por sus respectivos créditos, se hallan sujetas al derecho de alcabala, que se satisfará, llegue ó no el valor de los bienes adjudicados á cubrir el todo de la deuda, por ser este impuesto una carga que afecta á los

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

es tenudo de tornar la cosa en todas guisas, si es en su poder; é si en su poder non es, debe pechar al vendedor todos los daños, é los menoscabos que le vinieron, porque non tornó aquella cosa, que así habia vendida. Góm. en *d. cap.* 2. *n.* 29. Molin. *d. disp.* 374. en donde responde á los argumentos de Covar., que siente lo contrario, *lib.* 3. *var. cap.* 8. *n.* 3. Podrá pues retener la cosa con seguridad el tercer poseedor, si no es que en la primera venta, ademas del pacto de retrovendendo, se hubiere puesto la condicion, de que no pudiese el comprador vender la cosa á otro, pendiente el tiempo de la redencion; porque entónces siendo nula la segunda venta, en cuya virtud la tenia el tercer poseedor, se la podrá quitar el primer comprador, y á este reconvenirle para la retroventa el vendedor. Y si en el pacto se hubiese espresado, que vendiendo el comprador la cosa se considerase no hecha la venta primera, entónces por la segunda reviviria el dominio en el primer vendedor, y la podria pedir como suya por la accion real á cualquiera que la poseyese. Hermos. en *d. l.* 42. *glos.* 7. *nn.* 4. *y* 12. Y en las *glosas* 9. *y* 10. trata latamente de la pertenencia de los frutos, y de las espensas y mejoras.

29 Y dando fin á los retractos, concluimos diciendo, que en todos ellos el que retrae se subroga en lugar del primer comprador, teniendo lugar en él los efectos de la venta primera; y si se hubieren hecho despues otras ventas, quedan deshechas y anuladas, como si no se hubiesen celebrado, Góm. en *d. l.* 70. *de Toro n.* 35. Mol. *de just. et. jur. disp.* 374. Del retracto de los oficios públicos, véanse las *leyes* 11. *y siguientes, tít.* 7. *lib.* 7. *de la Nov. Rec.*, y en ellas Azevedo, y del de la jurisdiccion á Larrea *alegac. fiscal.* 45.

TÍTULO XII.

CUÁNDO Y CÓMO SE PAGA LA ALCABALA Y EL LUISMO POR RESCINDIRSE Ó DESHACERSE LA VENTA.

Tít. 12. lib. 10. de la Nov. Rec.

1. *Si se debe alcabala cuando los contrayentes se apartan de la venta que solo estaba perficionada.*
2. *De lo que se debe despues de consumado el contrato.*
3. *De cuando se hace la venta con el pacto de la ley comisoria, ó de la adicion en dia.*
4. *De cuando se hace con el pacto de retrovendendo.*
5. *De cuando ocurren retractos legítimos.*
6. *De las ventas que se rescinden por culpa de los contrayentes ó por la menor edad.*
7. *Cuando la cosa se vende á censo, solo hay una alcabala que se paga por mitad.*

1 Las muchas dificultades que se ofrecen en el asunto de este título, nos han inclinado á tratarlas con separacion y alguna estension. Con el deseo de cansar ménos, solo haremos mencion de la alcabala; pero por la identidad de razon entiéndase tambien del luismo lo que dijéremos, que como veremos al tratar de los censos, se paga de la venta de los bienes enfitéuticos. [Aunque segun la opinion comun de los autores se debe alcabala no solo por las ventas voluntarias, sino tambien por las judiciales, opinaban algunos de ellos que debian esceptuarse de esta regla las adjudicaciones *in solutum*, como puede verse en Parladorio *Rerum quotidianarum*, *lib.* 1. *cap.* 3. §. 2. *números* 33. *y siguientes*. Tapia, *lib.* 3. *tít.* 3. *cap.* 6. *n.* 35. Mas por *real órden de* 24 *de diciembre de* 1832 se sirvió S. M. declarar que las adjudicaciones *in solutum*, forzosas y voluntarias de bienes pertenecientes á los deudores, que se hagan para pago de acreedores por sus respectivos créditos, se hallan sujetas al derecho de alcabala, que se satisfará, llegue ó no el valor de los bienes adjudicados á cubrir el todo de la deuda, por ser este impuesto una carga que afecta á los

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

mismos bienes cuando al deudor no le queden otros con que cubrirle. Y la *real órden de 15 de junio de 1835* no solo confirmó la anterior disposicion que acabamos de citar, sino que añadió : « que si los acreedores dispusiesen la venta de los bienes que se les adjudicasen para facilitar la aplicacion de su importe á los créditos respectivos, se causaria una nueva alcabala, porque este derecho se devenga cuantas veces se enajenan las cosas sujetas á su pago. »]

2 Es constante, sin que nadie lo dude, que los contratos que se constituyen ó perficionan por el nudo consentimiento de los contrayentes, cual hemos visto ser el de compra y venta, se disuelven ó deshacen por el nudo consentimiento contrario de los mismos, cuando solo están perficionados, sin haberse cumplimentado por ninguna de las partes, por aquella famosa regla de que cualquier cosa se disuelve del mismo modo que se constituyó (1). Si sucediese pues así, y el apartarse los contrayentes mutuamente del contrato, fuese inmediatamente despues de haberlo celebrado, ántes de haber pasado á otros negocios, no se deberia alcabala; porque en este caso se juzgaria que no llegó á haber venta, sino que las partes en la misma celebracion del contrato mudaron la voluntad. Pero si el apartarse fuese despues de algun intervalo, se deberia, porque el fisco adquirió ya el derecho de exigirla, que no pueden quitarle los contrayentes, Gútiér. *de gabel. ó pract. quæst. lib.* 7. *quæst.* 10. Góm. 2. *var. cap.* 2. *n.* 31. Molin. *de just. et jur. tract.* 2. *disp.* 373.

3 Si los contrayentes, ademas de haber perficionado la venta con su mutuo consentimiento, pasaron adelante, porque hubo entrega del precio ó de la cosa, ó de uno y otro, se han de distinguir dos casos : I. cuando la hubo solamente de parte del uno : II. cuando de parte de los dos. En el primero, si se disuelve el contrato por voluntad de ellos, devolviendo el uno lo que habia recibido el otro que lo acepta, se debe una sola alcabala; porque solo hay una venta con su disolucion, y de la venta se paga la alcabala, *l.* 11. *tit.* 12. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.*, pero no de la disolucion. En el segundo se deben dos alcabalas, porque hay dos ventas, respecto que el pasaje de la restitucion no puede pertenecer ya á la venta primera, sí que constituye otra nueva (1), Molina en *d. disp.* 373.

(1) L. 35. de div. reg. jur.

4 Cuando la venta se deshace en virtud del pacto de la ley comisoria, que hemos esplicado al *n.* 20. *del tít.* 10., juzga A. Góm. en *d. cap.* 2. *n.* 31. que se debe alcabala, fundado en que la venta fué pura, y quedó perficionada, y de consiguiente adquirió derecho el fisco, que las partes no pueden quitarle. Pero es mas probable la contraria opinion, porque produce este pacto la resolucion de la venta, como si no se hubiese hecho; de suerte que el dominio de la cosa vuelve al vendedor sin tradicion alguna. Y el fisco no adquirió derecho á la alcabala irrevocable, sino revocable, pendiente de si la venta se deshacia ó no, Gutiérrez *d. quæst.* 10. *n.* 10. Mol. *d. tract.* 2. *disp.* 378. *vers. Dubium est.* Matienzo, *ley.* 1. *tit.* 13. *lib.* 10. *de la Nov. Rec. glos.* 3. *n.* 21. con la comun. Cuya doctrina la entienden estos autores en el caso de haberse puesto el pacto con palabras directas, diciéndose que si sucedia, *no valdria la venta*, ó de otra manera semejante. Y añaden seria lo contrario, si fuesen oblicuas las palabras, como por ejemplo, si dijera, *que se rescinda ó deshaga la venta*, porque entónces, como esplica muy bien Molina, no se resuelve la venta, como si no se hubiese hecho, sino para que no tenga mas duracion, y por ello siempre se considera que existió. En las ventas hechas con el pacto de la adicion en dia, de que hemos hablado al *n.* 20. *del tít.* 10., diremos deberse una alcabala, que la pagará el segundo comprador, que hizo mejor la condicion del vendedor, si él la hubo, y si no, el que la compró con este pacto.

5 Si la venta se hace con el pacto de *retrovendendo*, ó á carta de gracia, y en fuerza del pacto redime el vendedor la cosa vendida, es la comun sentencia que se debe alcabala de la venta primera, y no de la retroventa, que hace el comprador, Gutiér. *d. quæst.* 10. *nn.* 12. *y* 13. Mol. *d. tract.* 2. *disp.* 374. Góm. *d. cap.* 2. *n.* 31. La razon de lo primero es, porque siendo pura y perfecta la primera venta, adquiere derecho á la alcabala el fisco, y por la retroventa no puede quitársele. Pues aunque por esta vuelve la cosa al dominio del primer vendedor, no vuelve de ma-

(1) L. 38. de pact.

nera, que le pertenezcan los frutos percibidos, miéntras duró la venta primera; y de consiguiente no es tan fundamental la rescision, que no le quede algun efecto, y quedando, no debe quitarse el del fisco, como raciocina Parlad. *lib.* 1. *rer. quot. cap.* 3. § 4. *n.* 9. [Esta doctrina se halla confirmada por la *real órden de* 11 *de julio de* 1833, en la que, enterado el rey de lo espuesto por la direccion general acerca del espediente promovido en solicitud de que se devolviese la cantidad satisfecha por el derecho de alcabala de la venta de una casa, por haber vuelto la finca á poder del vendedor en consecuencia de haberse verificado con pacto de retroventa; se sirvio S. M. resolver, que la venta de que se trataba, estaba sujeta al pago del derecho de alcabala, y que de consiguiente no habia lugar á la devolucion que se solicitaba.] De la retroventa no se debe otra alcabala; porque no tanto se considera nueva venta, como rescision de la primera, y en fuerza del pacto puesto en esta. Pero si el pacto de la retroventa no se puso en la venta primera, sino se añadió despues, se deberia de la retroventa otra alcabala; porque entónces ántes de la añadidura del pacto quedó enteramente consumada la venta primera, sin respecto alguno á la retroventa, que por lo mismo ha de reputarse nueva venta, Gutiér. y Mol. en los *lugares citados*.

6 Cuando sucede el retracto de sangre, el de los comuneros, ó cualquiera otro legítimo, se debe una alcabala y no mas. Que se deba una es claro, porque la primera venta como perfecta la produjo. Y no se disuelve por el retracto, porque la cosa no vuelve al vendedor, sino que pasa por disposicion de la ley al retrayente, quedando este subrogado en todos los efectos en lugar del primer comprador, y anuladas las posteriores ventas que se hubiesen hecho; y de ahí es, que no se debe del retracto otra alcabala.

7 Si se rescindiese la venta por beneficio de la ley, volviendo la cosa al vendedor, sin intervenir retracto alguno ni pacto, como sucede en las que se rescinden por engaño en mas de la mitad del precio, ó por la accion redibitoria, cuando hubo vicio en la cosa vendida, se debe alcabala, como latamente prueba Gutiér. en *d. lib.* 7. *quæst.* 11. con la comun. Es la razon, porque estas ventas no se resuelven por pacto resolutivo que haya en el contrato, ni por el mismo derecho, sino por sentencia del juez, á la cual dieron motivo injusto los contrayentes; y seria enormidad, que esta culpa escluyese el derecho que por la venta habia adquirido el fisco. Y á esta misma clase pertenecen las que se rescinden por haberse celebrado con miedo justo, ó por dolo incidente en el contrato. Gutiér. *d. lib.* 7. *quæst.* 14. Parlador. *d. lib.* 1. *cap.* 3. §. 5., quienes resuelven con razon lo contrario en el caso de que la venta que hizo un menor se rescinde por el remedio de la restitucion *in integrum;* porque ademas de no haber dado motivo á ello culpa alguna, causa la restitucion el efecto de que la cosa vuelve enteramente á su prístino estado, como si no hubiese habido tal venta.

8 De las ventas que se hacen á censo redimible, habia ántes cuestion si se debian una ó dos alcabalas, y por quién. Pero ha cesado ya por la *cédula de* 17 *de junio de* 1793, que es la *ley* 21. *tít.* 12. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* que establece se cause una sola, que han de pagar por mitad los contrayentes; y que de la redencion nada se pague. De las permutas ó trueque se paga alcabala, apreciándose cada una de las cosas que se dan, *l.* 11. *tít.* 12. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* para que pague cada uno por lo que da, puesto que la enajena. En las ventas la paga el vendedor á razon de uno por diez, *d. l.* [De las permutas ó trueque en general no se paga alcabala; y solo en el caso de que haya sobreprecio, deberá pagarse de él en la especie en que consista: *ley de* 21 *de junio de* 1842. La cuota de la alcabala es el cuatro por ciento: *ley* 2. *tít.* 12. *lib.* 10., *supl. de la Nov. Rec.*

Para facilitar el pago de la alcabala devengada por contratos otorgados en la Península é islas adyacentes sobre fincas que radiquen en posesiones españolas de América ó de Asia ó vice-versa, dispuso la real órden de 22 de abril de 1842 lo siguiente: Art. 1.° Que todos los que celebren en la Península é islas adyacentes contratos de venta, permuta ó cesion de mejoras de fincas que radiquen en posesiones españolas de América ó de Asia, ó que por cualquiera otro motivo produzcan traslacion de dominio, se presenten al intendente de la provincia en que haya de otorgarse la escritura, y afianzen á su satisfaccion y bajo

su responsabilidad, y la del contador de la misma que ha de calificar la fianza, el pago del derecho causado por la venta en las cajas del distrito en que estén situadas las fincas. ART. 2.° Que se archiven en la contaduría estas obligaciones, y se dé por la misma á los interesados una certificacion que acredite haberse asegurado el referido derecho, y en vista de ella franqueará el escribano que hubiese otorgado la escritura las copias que se le pidieren, uniéndose á la original dicha certificacion. ART. 3.° Que aun así no se tome razon de la escritura en el oficio de hipotecas hasta que se justifique haberse hecho el pago del derecho con certificacion competentemente legalizada de las cajas en que se haya realizado, el cual se verificará dentro de un año si los predios estuviesen en las islas Filipinas y de seis meses en las Antillas. ART. 4.° Que presentada que sea la insinuada certificacion que comprende el pago, se cancelará la fianza; y poniéndose á continuacion por la contaduría una nota de haberse hecho así, se devolverá al interesado ó á quien le represente, para que entregada al escribano anote en la escritura quedar cubierta la alcabala, y se tome la razon conveniente en la oficina de hipotecas. ART. 5.° Que estas diligencias deben ser muy sencillas, y cuanto basten á asegurar el pago del espresado derecho de alcabala, sin originar molestias ni dilaciones á los interesados, con cuyo objeto no se les exigirá que para la fianza se otorgue escritura. ART. 6.° Que las mismas formalidades se practicarán en América y Asia respecto de los que celebren iguales contratos de fincas que radiquen en la Península ó sus islas adyacentes. ART. 7.° Y que los contratos que se celebren sin haberse cumplido en ellos las determinaciones contenidas en esta resolucion serán nulos, y los escribanos que otorguen las escrituras con semejantes vicios incurrirán en las penas prefijadas por las *leyes* 29. *y* 30. *tít.* 13. *lib.* 8. *de la Recopilacion de Indias.*]

9 Por la mucha semejanza que tiene con el contrato de venta el del cambio ó permuta, queremos hablar aquí brevemente de él, y de los demas inominados, como se hace en el *libro de Partidas*. Cambio es, dice la *ley* 1. *tít.* 6. *P.* 5. *Dar y otorgar una cosa señalada por otra*, y añade ser tres sus especies: I. Cuando se hace con prometimiento de lo cumplir. II. Con palabras simples, sin que haya promesa, conviniéndose los dos, aunque no estén presentes las cosas, y sin entrego de una ni otra parte. III. Cuando ademas de la convencion cumplieron los dos ó uno de ellos tan solamente en entregar la cosa. En los cambios de la primera especie establece la *l.* 3. *d. tít.* 6. que á ninguno de los dos es permitido arrepentirse contra la voluntad del otro, y que si alguno no lo quisiere cumplir, debe pechar al otro los daños y menoscabos que le vinieron. Y de los de la especie II. dice lo contrario: bien que Gregor. Lóp. en la *glos* 4. despues de haber hablado mucho, inclina á que ahora no podrá tampoco apartarse el uno sin el consentimiento del otro en los de esta especie, por lo que dispone la *ley* famosísima 1. *tít.* 1. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* De la III. especie dice la misma *l.* 3. *tít.* 6. *P.* 5. que si habiendo cumplido el uno no quisiere cumplir el otro, tendrá aquel la eleccion de recobrar lo que dió, ó pedir los daños y menoscabos, al tenor de lo que jurare, con la tasa del juez. Y lo mismo dispone de los otros tres contratos inominados la *l. últ. d. tít.* 6.

TÍTULO XIII.

DE LOS LOGUEROS É DE LOS ARRENDAMIENTOS.

Tít. 8. lib. 5. P. 5. (1).

1. *y* 4. *Nombres del contrato y contrayentes.*
2. *Qué sea arrendamiento.*
3. *Quiénes pueden dar ó tomar arrendamientos, y qué cosas pueden arrendarse.*
4. *Esplicacion útil de voces.*
5. 6. *De la obligacion del que da en arriendo.*
7. 8. *De la obligacion del arrendatario.*
9. *De la culpa que debe prestarse en este contrato.*
10. 11. *De la baja ó aumento de la paga por mala ó buena cosecha.*
12. 13. *Cuándo puede ser espelido el arrendador.*

(1) Tit. 25. lib. 3. Inst.

su responsabilidad, y la del contador de la misma que ha de calificar la fianza, el pago del derecho causado por la venta en las cajas del distrito en que estén situadas las fincas. ART. 2.° Que se archiven en la contaduría estas obligaciones, y se dé por la misma á los interesados una certificacion que acredite haberse asegurado el referido derecho, y en vista de ella franqueará el escribano que hubiese otorgado la escritura las copias que se le pidieren, uniéndose á la original dicha certificacion. ART. 3.° Que aun así no se tome razon de la escritura en el oficio de hipotecas hasta que se justifique haberse hecho el pago del derecho con certificacion competentemente legalizada de las cajas en que se haya realizado, el cual se verificará dentro de un año si los predios estuviesen en las islas Filipinas y de seis meses en las Antillas. ART. 4.° Que presentada que sea la insinuada certificacion que comprende el pago, se cancelará la fianza; y poniéndose á continuacion por la contaduría una nota de haberse hecho así, se devolverá al interesado ó á quien le represente, para que entregada al escribano anote en la escritura quedar cubierta la alcabala, y se tome la razon conveniente en la oficina de hipotecas. ART. 5.° Que estas diligencias deben ser muy sencillas, y cuanto basten á asegurar el pago del espresado derecho de alcabala, sin originar molestias ni dilaciones á los interesados, con cuyo objeto no se les exigirá que para la fianza se otorgue escritura. ART. 6.° Que las mismas formalidades se practicarán en América y Asia respecto de los que celebren iguales contratos de fincas que radiquen en la Península ó sus islas adyacentes. ART. 7.° Y que los contratos que se celebren sin haberse cumplido en ellos las determinaciones contenidas en esta resolucion serán nulos, y los escribanos que otorguen las escrituras con semejantes vicios incurrirán en las penas prefijadas por las *leyes* 29. *y* 30. *tít.* 13. *lib.* 8. *de la Recopilacion de Indias.*]

9 Por la mucha semejanza que tiene con el contrato de venta el del cambio ó permuta, queremos hablar aquí brevemente de él, y de los demas inominados, como se hace en el *libro de Partidas*. Cambio es, dice la *ley* 1. *tít.* 6. *P.* 5. *Dar y otorgar una cosa señalada por otra*, y añade ser tres sus especies: I. Cuando se hace con prometimiento de lo cumplir. II. Con palabras simples, sin que haya promesa, conviniéndose los dos, aunque no estén presentes las cosas, y sin entrego de una ni otra parte. III. Cuando ademas de la convencion cumplieron los dos ó uno de ellos tan solamente en entregar la cosa. En los cambios de la primera especie establece la *l.* 3. *d. tít.* 6. que á ninguno de los dos es permitido arrepentirse contra la voluntad del otro, y que si alguno no lo quisiere cumplir, debe pechar al otro los daños y menoscabos que le vinieron. Y de los de la especie II. dice lo contrario: bien que Gregor. Lóp. en la *glos* 4. despues de haber hablado mucho, inclina á que ahora no podrá tampoco apartarse el uno sin el consentimiento del otro en los de esta especie, por lo que dispone la *ley* famosísima 1. *tít.* 1. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* De la III. especie dice la misma *l.* 3. *tít.* 6. *P.* 5. que si habiendo cumplido el uno no quisiere cumplir el otro, tendrá aquel la eleccion de recobrar lo que dió, ó pedir los daños y menoscabos, al tenor de lo que jurare, con la tasa del juez. Y lo mismo dispone de los otros tres contratos inominados la *l. últ. d. tít.* 6.

TÍTULO XIII.

DE LOS LOGUEROS É DE LOS ARRENDAMIENTOS.

Tít. 8. lib. 5. P. 5. (1).

1. *y* 4. *Nombres del contrato y contrayentes.*
2. *Qué sea arrendamiento.*
3. *Quiénes pueden dar ó tomar arrendamientos, y qué cosas pueden arrendarse.*
4. *Esplicacion útil de voces.*
5. 6. *De la obligacion del que da en arriendo.*
7. 8. *De la obligacion del arrendatario.*
9. *De la culpa que debe prestarse en este contrato.*
10. 11. *De la baja ó aumento de la paga por mala ó buena cosecha.*
12. 13. *Cuándo puede ser espelido el arrendador.*

(1) Tit. 25. lib. 3. Inst.

14. *Que puede el dueño durante el tiempo del arrendamiento vender la cosa arrendada, y del efecto de esta venta; y el arrendador subarrendar.*
15. *De los arrendamientos que hacen los que administran algun oficio.*
16. *De las pujas en los arrendamientos de derechos reales, ó de propios y arbitrios de los pueblos, y en las ventas de bienes de obras pias.*

1 El *tit.* 8. *lib.* 5. *P.* 5. lleva la inscripcion que acabamos de poner á este nuestro; y su *ley* 1. dice, que hablando propiamente, loguero se predica de las obras y arrendamiento de las cosas; pero en las *leyes* 2. 3. *y otras* ya se toman promiscuamente estas dos voces como á sinónimas; y en el dia no hacemos uso de la voz *loguero*. Llamamos á este contrato *arriendo* ó *arrendamiento*, y así lo llamaremos aquí. En cuanto á casas, se suele decir tambien *alquiler*, *l.* 5. *d. tit.* 8., cuyo nombre se da tambien algunas veces al arrendamiento de cosas, *l.* 14. *d. tit.* 8. y en las obras *ajuste*, aplicándole este nombre por su naturaleza general.

2 Es el arrendamiento *Contrato en que se convienen los contrayentes, que por el uso de alguna cosa, ú obras de la persona ó bestia, se dé cierto precio en dineros contados*, *l.* 1. *d. tit.* 8. *P.* 5., y es el segundo de los consensuales. Esta definicion hace ver la mucha semejanza que tiene este contrato con el de compra y venta, perficionándose por el solo consentimiento de las partes, y debiendo ser el precio cierto consistente en dinero efectivo. Y tambien manifiesta, que por el arrendamiento solo pasa al arrendatario el uso de la cosa, y no el dominio, ni la verdadera posesion que queda en el que le concedió, *l.* 5. *d. tit.* 30. *P.* 3.; en lo que, y en ser temporal se diferencia del de compra y venta.

3 Pueden arrendar, tanto activa como pasivamente, esto es, dar ó recibir en arrendamiento (porque de ambas maneras puede tomarse esta voz) las mismas personas que pueden comprar y vender, á escepcion de los caballeros, esto es, los soldados y oficiales de la corte del rey, que no pueden ser arrendadores de campos ajenos, porque no se embaracen de hacer el servicio del rey, *d. l.* 2. *tit.* 8. *P.*

5. (1). Por la definicion hemos visto que no solo pueden ser arrendadas las cosas, sino tambien las obras de alguna persona ó bestia, como sucede en los jornales, en los que el jornalero presta sus obras en servicio mio por cierto precio que le doy. Y en cuanto á cosas, pueden tambien arrendarse aquellas incorporales ó derechos, cuyo uso puede trasferirse á otro por utilidad suya, como el usufructo en los términos que hemos esplicado en el *tit.* 3. *n.* 12.

4 No deja de embarazar para la esplicacion de este título, el que segun hemos insinuado arriba, la palabra *arrendar* se predica tanto del que concede el arrendamiento como del que le recibe: lo que tambien sucede en la voz *arrendador*, pero con ménos frecuencia: porque casi siempre se dice del que toma el arrendamiento, como en las *leyes* 21. *y* 24. *y otras de d. tit.* 8. Sin embargo Aso y de Manuel en sus *Instituciones*, hablando de este contrato, llaman *arrendador* al que concede el arriendo, y al que le toma *arrendatario*. No negamos ser espedito este modo de hablar; pero no nos atrevemos á adoptarle, porque como acabamos de decir, nuestras leyes dicen casi siempre *arrendador* al que recibe el arrendamiento. Lo haremos pues tambien así llamando á este *arrendador* ó *arrendatario*, y al que le concede *dueño* ó *locador*, castellanizando la voz latina *locator*, y de este modo evitaremos la confusion.

5 Por este contrato está obligado el dueño de la cosa á conceder y facilitar el libre uso de ella al que la recibe en arriendo, para que pueda utilizarse, aprovechándose de sus frutos, y este en recompensa de ello á pagar al dueño el precio ó arrendamiento en que se han convenido. Examinemos pues estas obligaciones. Si al arrendador se le impide el uso de la cosa por el mismo dueño, ú otro á quien él pueda resistir, tendrá este la obligacion de satisfacerle todos los daños y menoscabos que le vinieren por esta razon; y aun las ganancias que pudiera haber hecho en aquellas cosas que tenia arrendadas, si se las hubieran dejado disfrutar. Y lo mismo sucederá si el dueño, esto es, el que se tituló tal y concedió el arrendamiento, no pudiere superar el impedimento; porque le opone el que tiene derecho para ello como el verdadero dueño que aparece, ú otro que tenia

(1) L. 30. 1. 31. C. de locat. conduc.

empeñada la cosa; y el que concedió el arrendamiento lo sabia al tiempo del contrato. Mas si entónces no lo sabia, solo estará obligado á volver el precio ó paga que recibió; y si nada recibió, nada tendrá que pagar. Pero si los arrendadores hubiesen hecho mejoras tales en las cosas arrendadas, que valiesen mas, estarán obligados á pagárselas, á juicio de peritos, aquellos que se apoderasen de ellas. Lo que llevamos dicho en este *núm.* se entiende en el caso que los arrendadores tuvieran buena fe, cuando tomaron en arriendo las cosas, creyendo que lo concedia quien tenia derecho de arrendarlas; pues si la tenian mala, sabiendo que eran de otro, no tendrian demanda alguna contra aquellos de quien las tenian, como todo consta en la *ley* 21. *d. tit.* 8. (1) Tambien estará obligado á pagar los daños y menoscabos al arrendador aquel dueño que le alquila toneles ú otros vasos malos ó quebrantados, para meter en ellos vino ó aceite, que metido allí se pierde ó toma mal sabor, si no es que supiese el arrendador que eran malos, aunque lo ignorase el dueño; porque todo hombre debe saber si es buena ó mala aquella cosa que alquila, esto es, da en arrendamiento, *l.* 14. *d. tit.* 8.

6 Como el que paga el precio ó arrendamiento es el arrendador, y el que le cobra el locador, diremos, que cuando se arriendan las obras, es locador de ellas el jornalero ú oficial que las presta, y el que se aprovecha de ellas el arrendador; y de ahí es que si los que las prestan fueren culpables en no prestarlas lealmente, procurando el provecho del que las paga, tendrian obligacion de pagarle los daños y menoscabos al que las recibe, por dejar de tributarle el uso de ellas que debe, de la misma manera que lo hemos dicho de los arrendamientos de las cosas en el *n. antecedente*, *l.* 15. *d. tit.* 8.

7 El arrendatario por su parte está obligado á cuidar bien de la cosa que se arrienda, como si fuese propia, *l.* 7. *d. tit.* 8., y á pagar al locador el precio en que se han convenido, al tiempo espresado en la convencion, ó segun la costumbre que haya en el lugar; ó si uno y otro falta, al fin del año, *l.* 4. *d. tit.* 8. Y si no lo pagare al tiempo convenido, ó á mas tardar al fin del año, puede el locador es-

(1) L. 33. locat. v. cond.

pelerle de la cosa arrendada. Y si fuere casa, están obligadas al pago de alquiler, y de los menoscabos que en ella hubiese ocasionado el arrendador, todas las cosas que se hallaren en la misma casa, las que podrá retener hasta que cobre, formando escrito de ellas ante vecinos; y lo mismo si la cosa arrendada es heredad ó tierra, con sola la diferencia que las cosas halladas en esta solamente están obligadas en el caso que se hubieren metido con ciencia del dueño locador, *l.* 5. *d. t.* 8. Greg. Lóp. en la *glosa* 4. *de esta ley* dice, citando á otros, que esta doctrina solo debe entenderse de las cosas que se llevaron á la casa con la intencion de que hubiesen de quedar allí; pero no de las que estaban interinamente, como las mercaderías de un comerciante.

8 Si la casa estuviere alquilada hasta cierto tiempo, pagando el arrendador á los plazos convenidos, no se le puede echar de ella, hasta que el tiempo sea cumplido, *l.* 6. *d. tit.* 8., si no es que sucedieren algunos casos referidos en la *misma ley*, y son: I. Si el dueño no podia continuar en vivir en la casa de su habitacion, porque se caia, amenazaba ruina, ú otra causa grave, y no tenia otra en que morar; ó si se casase un hijo suyo, ó se hiciese caballero. II. Si despues de hecho el arrendamiento apareciese en la casa alquilada, necesidad de obrar en ella para que no se cayera. III. Cuando el arrendador usase mal de la casa, haciendo en ella algun mal para que se empeorase, ó teniendo malas mujeres, ó malos hombres, de que se siguiese mal á la vecindad (1). IV. Si estando la casa arrendada para cuatro ó cinco años, con precio señalado para cada año, pasasen dos años sin que pagase. En cuanto al primer caso, advierte Góm. 2. *var. cap.* 3. *n.* 6. que para ser causa de espulsion la necesidad en el dueño de no poder continuar el vivir en la casa de su morada, es menester que esta necesidad suceda despues de hecho el arrendamiento. Y Greg. Lóp. en la *glos.* 5. *de d. l.* 6. esplicando aquellas palabras de la ley: *Y si los ficiese caballeros*, dice, que tal vez se pusieron, porque segun costumbre antigua de España, los caballeros (soldados) solian habitar separados de los padres, y necesitaban casa; y añade que por esta razon de-

(1) L. 5. C. de locat. et cond.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

berá decirse lo mismo, si el hijo fuese juez ó abogado, que hubiese menester casa capaz separada de la de su padre.

9 Como este contrato contiene utilidad de ambos contrayentes, se deberá prestar en él la culpa que llamamos media ó leve, ó negligencia, esto es, deberá poner cada uno de los contrayentes en lo que es de su obligacion, aquella diligencia que pone en sus cosas, como consta de *d. l.* 7., que hablando del arrendador de tierras pone varios ejemplos, y de la *ley* 14. *d. título* 8. que los pone tambien hablando del locador, y los notamos arriba *número.* 5. Si el locador de obras ofreciese la diligencia, ó las alquilara en cosa que exige mucho cuidado, deberia prestar tambien la culpa levísima, ó lo que es lo mismo, poner cuanta diligencia pudiese, *l.* 15. *l.* 8. *d. tít.* 8. que solo esceptúa la ocasion, ó como solemos llamar, caso fortúito; el cual solo se presta por tres cosas: 1. Cuando por pacto se obliga á ello alguno de los contrayentes (1). II. Si el arrendador tuviese tardanza en volver la cosa, y despues de ella sucediese el caso (2). III. Si por su culpa acaeciese el caso (3), como lo dijimos de todos los contratos en el *tít.* 10. *n.* 38.

10 La equidad que debe observarse en todos los contratos exige, que el precio que ha de pagar el arrendatario tenga proporcion ó igualdad con el provecho que saca del uso de la cosa que le concede el dueño; y de ahí es, ser aplicable á este contrato cuanto dijimos del de compra y venta en el *tít.* 10. *n.* 36. Y ademas debe advertirse en su progreso, que el considerable y estraordinario aumento ó diminucion de frutos puede causar variacion en el precio que ha de pagar el arrendador. Si de alguna heredad arrendada se perdiesen ó destruyesen todos los frutos por algun caso ú ocasion que acaeciese, que no fuese muy acostumbrada, no está tenido el arrendador á dar cosa alguna del precio, pues es justo, que perdiendo él la simiente y gastos del cultivo, pierda el dueño la renta que debia haber, *l.* 22. *d. tít.* 8. (4), la que pone varios ejemplos de estas ocasiones. Y Greg. Lóp. en su *glos.* 3. interpretando aquellas palabras: *Que no fuese muy acostumbrada*, dice que

(1) L. 23. de div reg. jur. (2) L. 23. l. 82. § 4. de verb. obl.
(3) § 2. Inst. quib. mod. re contrahit. oblig. (4) L. 15. § 2. locat. cond.

si los casos fueren de los acostumbrados ó frecuentes, no tendria lugar la remision de la paga (1): cuya razon puede ser, porque de estos, por su frecuencia, debe creerse que pensaron en ellos los contrayentes, y los despreciaron, bajando en su razon el precio. Pero si no se perdiesen todos los frutos, y el arrendador cogiere alguna parte de ellos, quiere la *misma ley* 22. que tenga la eleccion, ó de dar al dueño todo el arrendamiento, ó lo que sobrare de los frutos despues de sacar para sí las despensas que hizo; y que si se perdiesen por culpa del arrendador, esté obligado á pagar todo el precio. Tratan latamente, y tan bien como acostumbran, este asunto Molin. *de just. et jur. tract.* 2. *disp.* 495. y el Señor Covar. *practicar. quæst. cap.* 30., el cual en el *vers. Vidi*, dice haber visto muchas veces en la chancillería de Granada decidirse estas cuestiones sin atenderse á *d. l.* 22. haciéndose la remision ó baja del precio en la tercera ó cuarta parte, segun el arbitrio de los jueces; por cuanto no es fácil hacerse constar ni de la cantidad de los frutos ni de las impensas, por las varias y diferentes deposiciones de los testigos; y que él se habia conformado muchísimas veces con estas sentencias.

11 El derecho que, segun acabamos de decir, tiene el arrendador, de que no puede exigírsele paga alguna, cuando por ocasion de aventura se pierden todos los frutos, no tendrá lugar, si al contraerse el arrendamiento se obligó á pagar el precio en cualquier ocasion que se perdieren, *l.* 23. *d. tít.* 8. que tambien señala otro caso, cuando habiéndose hecho el arrendamiento por dos ó mas años, se pierden los frutos en el uno, y en el anterior ó posterior se cogen con tanta abundancia, que bastan para pagar el precio de los dos años, y los gastos que en ellos se hicieron; pues entónces pagará tambien el precio por razon del año malo ó estéril; y aunque el locador le hubiese ya hecho remision del de aquel año, se lo podrá pedir despues sobreviniendo el abundante, *d. l.* 23. y en su *glosa* 5. Gregor. Lóp. (2). Si por aventura acaeciese que la heredad arrendada diere tantos frutos en un año, que pueden montar mas del doble de lo que solia rendir un año con otro, de-

(1) D. l. 15. § 2. (2) L. 15. § 4. locat. cond. que lo esplica muy bien, y con mas estension su glosa.

berá el arrendador doblar el arrendamiento; pero no si la tal abundancia provino de la mayor industria ó cultivo del arrendador, ó por mejoras que hubiese hecho, *d. l.* 23., que da al fin la razon de la primera parte, de ser cosa justa que el dueño á quien pertenece la pérdida, cuando no hay frutos, tenga el beneficio cuando los haya abundantes. Jamas he visto en la práctica este caso de pedir el dueño paga doble, sin embargo que siempre he sido muy apasionado á asuntos de agricultura, y cuento ya 70 años cumplidos en el dia 18 de febrero del presente año 1801, en que escribo esto de mano propia, como todo lo demas restante de esta obra, en la que no he tenido ayudante alguno, ni aun material.

12 Cumplido el tiempo del arrendamiento, debe ser tornada la cosa á su dueño. Y si por ventura fuere rebelde el que fué arrendador, no queriéndola entregar hasta que fuese dada sentencia contra él, debe tornarla despues, doblada la paga, á su dueño, y satisfacerle ademas los menoscabos, que por su culpa hubiere en aquella cosa, *l.* 18. *d. tit.* 8. Y por lo contrario, si la hubiese mejorado haciendo labores ó cosas de nuevo, de suerte que vale mas en renta que cuando la tomó, debe el dueño abonárselas ó pagándolas, ó descontándolas del precio del arrendamiento; si no es que se pactase, que no las podia pedir, *l.* 24. *d. tit.* 8. Tampoco hay práctica de darse la paga doblada por no tornarse ó entregarse la cosa arrendada.

13 El arrendamiento que se acabó por haberse cumplido el tiempo, puede renovarse espresa ó tácitamente. Si la cosa arrendada fuese tierra, se entenderá renovado el arrendamiento por un año, si el arrendador permanece en ella tres dias, debiendo pagar en su razon el arrendador el mismo precio, que en cada uno de los pasados. Pero si fuere casa, solo se entiende la renovacion en los dias que la habitó, *l.* 20. *d. tit.* 8. que da la razon de esta diferencia. Y ahora nuevamente se ha mandado *por carta del supremo real Consejo de* 26 *de mayo de* 1770, *que es la ley* 3. *tit.* 10. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.*, que para no entenderse renovado el arrendamiento para el año siguiente, es menester que el dueño avise al arrendador, ó este al dueño al principio del año último, que en el que sigue cesará ya, con el fin de que cada uno de ellos pueda aviarse,

sin respecto al arrendamiento, por otra parte. [En el *decreto de las Cortes de* 8 *de junio de* 1813, restablecido en 6 *de setiembre de* 1836, relativo al fomento de la agricultura y ganadería, se hallan las siguientes disposiciones relativas á la materia de arrendamientos, dictada con el fin de cortar antiguos abusos y de hermanar los derechos del propietario con los del arrendador: Art. 2.° Los arrendamientos de cualesquiera fincas serán tambien libres á gusto de los contratantes, y por el precio ó cuota en que se convengan. Ni el dueño ni el arrendatario de cualquiera clase podrán pretender que el precio estipulado se reduzca á tasacion, aunque podrán usar en su caso del remedio de la lesion y engaño con arreglo á las leyes. Art. 3.° Los arriendos obligarán del mismo modo á los herederos de ambas partes. Art. 4.° En los nuevos arrendamientos de cualesquiera fincas ninguna persona ni corporacion podrá, bajo pretesto alguno, alegar preferencia con respecto á otra que se haya convenido con el dueño. Art. 5.° Los arrendamientos de tierras ó dehesas, ó cualesquiera otros predios rústicos por tiempo determinado, fenecerán con este sin necesidad de mutuo desahucio, y sin que el arrendatario de cualquiera clase pueda alegar posesion para continuar contra la voluntad del dueño, cualquiera que haya sido la duracion del contrato; pero si tres dias ó mas, despues de concluido el término, permaneciese el arrendatario en la finca con aquiescencia del dueño, se entenderá arrendada por otro año con las mismas condiciones. Durante el tiempo estipulado se observarán religiosamente los arrendamientos; y el dueño, aun con el pretesto de necesitar la finca para sí mismo, no podrá despedir al arrendatario, sino en los casos de no pagar la renta, tratar mal la finca, ó faltar á las condiciones estipuladas. Art. 6.° Los arrendamientos sin tiempo determinado durarán á voluntad de las partes; pero cualquiera de ellas que quiera disolverlos podrá hacerlo así, avisando á la otra un año ántes; y tampoco tendrá el arrendatario, aunque lo haya sido muchos años, derecho alguno de posesion, una vez desahuciado por el dueño. No se entienda sin embargo que este artículo hace novedad alguna en la actual constitucion de los foros de Astúrias y Galicia y demas provincias que estén en igual caso. Art. 7.° El arrendatario no podrá subarrendar ni

traspasar el todo ni parte de la finca sin aprobacion del dueño; pero podrá sin ella vender ó ceder al precio que le parezca, alguna parte de los pastos ó frutos, á no ser que en el contrato se estipule otra cosa.

En los arrendamientos de casas y otros edificios urbanos debe guardarse la *ley de 9 de abril de 1842* que dice así: ART. 1.° Los dueños de casas y otros edificios urbanos, así en la corte como en los demas pueblos de la Península ó islas adyacentes, en uso del legítimo derecho de propiedad, podrán arrendarlos libremente desde la publicacion de esta ley, arreglando y estableciendo con los arrendatarios los pactos y condiciones que les parecieren convenientes; los cuales serán cumplidos y observados á la letra. ART. 2.° Si en estos contratos se hubiere estipulado tiempo fijo para su duracion, fenecerá el arrendamiento cumplido el plazo, sin necesidad de desahucio por una ni otra parte. Mas si no se hubiere fijado tiempo ni pactado desahucio, ó cumplido el tiempo fijado, continuase de hecho el arrendamiento por consentimiento tácito de las partes, el dueño no podrá desalojar al arrendatario, ni este dejar el predio sin dar aviso á la otra parte con la anticipacion que se hallare adoptada por la costumbre general del pueblo, y en otro caso con la de 40 dias. ART. 3.° Los arrendamientos ya hechos y pendientes á la publicacion de esta ley se cumplirán en los términos en que se hayan celebrado, y por todo el tiempo y en la forma que debian durar con arreglo á la ley que ha regido en Madrid hasta ahora, reales resoluciones, práctica y costumbre vigentes al tiempo de celebrarse dichos contratos. ART. 4.° Quedan derogadas para en lo sucesivo *la ley 8. tít. 10. lib. 10. de la Novísima Recopilacion*, y cualesquiera otras reales resoluciones, práctica ó costumbre que sean contrarias á lo establecido en los artículos precedentes.]

14 Es permitido al dueño vender la cosa arrendada, ántes de concluirse el tiempo del arriendo, y entónces puede el comprador echar de ella al arrendatario; pero el dueño está obligado á restituir al arrendador tanta parte del precio, cuanto tiempo le quedaba á este para aprovecharse de ella, *l.* 19. *d. tít.* 8. y Greg. Lóp. en la *glosa* 4. *de la misma ley* funda, que se estiende esta obligacion á pagarle los menoscabos, y Góm. 2. *var. cap.* 2. *n.* 9. Y

pone la *propia ley* (1) dos casos en que el arrendador no puede ser echado por el comprador: I. Si hizo pacto con el vendedor de no poderle echar durante el tiempo del arrendamiento. II. Cuando este se hubiese hecho para toda la vida del arrendador, ó para siempre. Góm. *cap.* 3. *n.* 9. quiere estender esta doctrina al caso en que el arrendamiento se haya hecho para diez ó mas años, y lo mismo indica Covar. *lib.* 2. *variar. cap.* 15. *n.* 2.; pero Greg. Lóp. en la *glos.* 7. *de d. l.* 9. inclina á lo contrario. Puede tambien el arrendador dar á otro en arriendo lo que á él se le arrendó, ó como suele decirse subarrendar, como no se le haya prohibido por pacto (2), Góm. 2. *var. cap.* 3. *n.* 11.

15 Por la muerte del locador ó del arrendador no se acaba el arrendamiento: permanecen sus efectos en los herederos del difunto, *l.* 2. *d. tít.* 8. (3). Esto debe entenderse cuando el locador dió en arriendo cosa que pertenecia á su patrimonio. Pero en cuanto á arrendamientos concedidos por el que está en algun oficio, dignidad ó administracion, ha de distinguirse en la manera que se sigue: si los frutos ó rentas de la cosa arrendada pertenecen á alguna iglesia, ciudad ó á algun otro, como sucede en la mayor parte de los arrendamientos que otorgan los prelados de la Iglesia, los que tienen alguna prebenda, los regidores, los tutores ó curadores; dura el arrendamiento aunque muera el que lo concedió, sin que puedan apartarse ni los sucesores en la administracion, ni el arrendador hasta que se concluya el tiempo establecido. Y es la razon, porque este arrendamiento fué hecho en nombre administratorio, y los de esta clase nunca flaquean por la muerte de la persona, y el oficio nunca muere. Pero si los frutos están destinados, y sirven para el uso y sustento del locador, se acabará con su muerte; porque lo hizo, y se entiende hecho á nombre propio, y como que regia el oficio, cuya representacion cesa con su muerte, sin que pueda él estenderla á su sucesor, *l.* 9. *tít.* 17. *P.* 1. De este modo fenecen los arrendamientos que hacen los curas de sus primicias, y los poseedores de bienes mayorazgados ó fideicomisados de los que pertenecen al mayorazgo ó fideicomiso,

(1) L. 25. §. 1. locat. cond. (2) L. 6. C. de locat. et cond.
(3) L. 10. eod.

Góm. 2. *var. cap.* 3. *n.* 8. Covar. 2. *var. cap.* 15. *desde el n.* 5. Molin. *de just. et jur. tract.* 2. *disp.* 492. y el otro Molin. *de primog. Hispan. lib.* 1. *cap.* 21.

16 Advertimos últimamente en conclusion de *este título*, que en los arrendamientos de rentas reales hay lugar á la puja despues de haberse rematado, si alguno quisiere aumentar el precio, de modo que llegase á diezmo entero, esto es, la décima parte del precio en que estaba hecho el remate, ó á lo ménos á la mitad del diezmo que llama *media puja* entera: cuyo aumento ó puja ha de dividirse en cuatro partes iguales, siendo las tres para el real patrimonio, y la otra para aquel á cuyo favor se habia rematado, y es escluido por la puja, *ll.* 2. *y* 3. *tít.* 13. *lib.* 9. *de la Recop.* Despues del segundo ó postrimero remate, no puede ya admitirse puja, si no es que fuere de voluntad de las partes, ó tan grande que montare la cuarta parte de la renta, *l.* 5. *d. tit.* 13. y esta es la que suele llamarse *cuarta puja*. El modo de gobernarse este asunto está esparcido en las leyes del mismo *tít.* 13. Y todas las circunstancias prevenidas para estas pujas, están mandadas observar en los arrendamientos de los bienes pertenecientes á los pueblos (*Propios y Arbitrios*) por *decreto del supremo real Consejo del año* 1771, *que es la ley* 16. *tít.* 16. *lib.* 7. *de la Nov. Rec.* Esta cuarta puja tiene tambien lugar en las ventas ó enajenaciones de los bienes raíces de los hospitales, y otras obras pias, segun el cap. 13. *de la instruccion de* 2 *de febrero de* 1799, mandada observar en dichas ventas.

TÍTULO XIV.

DE LOS CENSOS.

Tít. 15. lib. 10. de la Nov. Rec.

1. *Razon del método.*
2. *Qué sea censo, sus especies, y la definicion del enfitéutico.*
3. *Derechos que produce la enfitéusis á favor del dueño directo.*
4. *Derechos del enfiteuta.*

5. 6. 7. *Particularidades que se observan en el reino de Valencia.*
8. 9. *Qué sea censo reservativo, y lo gravoso que es en muchos pueblos del reino de Valencia.*
10. 11. *Diferencia entre el censo reservativo y enfitéutico; y cómo se ha de decidir si hay duda de si es uno ú otro.*
12. *Modos de constituirse el censo reservativo, y qué se ha de resolver cuando se duda si es tal ó consignativo.*
13. 14. *Modos de constituirse el censo consignativo, y se esplica su definicion.*
15. *Varias divisiones de este censo.*
16. *Se esplica el vitalicio.*
17. *Que no hay censo personal.*
18. *De los juros, y que son propiamente censos.*
19. 20. 21. 22. 23. *Tres cosas son necesarias para la constitucion del censo, precio, pension y cosa en que se funda; y se esplica lo perteneciente al precio.*
24. *De la pension.*
25. 26. 27. 28. 29. 30. *Se trata latamente de la cosa censida, y si es ó no hipoteca.*
31. 32. 33. *Si pereciendo en parte la cosa, de suerte que la parte que restare produzca frutos bastantes para la paga de la pension, perece tambien en parte el censo.*
34. *Que las cosas en que se constituye deben ser fructíferas é inmuebles.*
35. 36. 37. 38. *De los pactos que se suelen poner en los censos.*
39. *hasta el* 47. *Se trata latamente de los modos de estinguirse los censos.*
48. *Del debitorio; y que hablando con rigor no es censo.*
49. *Que en cuanto á la intencion de los acreedores, tanto los debitorios como las cartas de gracia son censos.*
50. 51. *Del oficio de hipotecas, y razon de haberse introducido.*

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEON
DIRECCION GENERAL DE BIBLIOTECAS

Góm. 2. *var. cap.* 3. *n.* 8. Covar. 2. *var. cap.* 15. *desde el n.* 5. Molin. *de just. et jur. tract.* 2. *disp.* 492. y el otro Molin. *de primog. Hispan. lib.* 1. *cap.* 21.

16 Advertimos últimamente en conclusion de *este título*, que en los arrendamientos de rentas reales hay lugar á la puja despues de haberse rematado, si alguno quisiere aumentar el precio, de modo que llegase á diezmo entero, esto es, la décima parte del precio en que estaba hecho el remate, ó á lo ménos á la mitad del diezmo que llama *media puja* entera: cuyo aumento ó puja ha de dividirse en cuatro partes iguales, siendo las tres para el real patrimonio, y la otra para aquel á cuyo favor se habia rematado, y es escluido por la puja, *ll.* 2. *y* 3. *tít.* 13. *lib.* 9. *de la Recop.* Despues del segundo ó postrimero remate, no puede ya admitirse puja, si no es que fuere de voluntad de las partes, ó tan grande que montare la cuarta parte de la renta, *l.* 5. *d. tit.* 13. y esta es la que suele llamarse *cuarta puja*. El modo de gobernarse este asunto está esparcido en las leyes del mismo *tít.* 13. Y todas las circunstancias prevenidas para estas pujas, están mandadas observar en los arrendamientos de los bienes pertenecientes á los pueblos (*Propios y Arbitrios*) por *decreto del supremo real Consejo del año* 1771, *que es la ley* 16. *tít.* 16. *lib.* 7. *de la Nov. Rec.* Esta cuarta puja tiene tambien lugar en las ventas ó enajenaciones de los bienes raíces de los hospitales, y otras obras pias, segun el cap. 13. *de la instruccion de* 2 *de febrero de* 1799, mandada observar en dichas ventas.

TÍTULO XIV.

DE LOS CENSOS.

Tít. 15. lib. 10. de la Nov. Rec.

1. *Razon del método.*
2. *Qué sea censo, sus especies, y la definicion del enfitéutico.*
3. *Derechos que produce la enfitéusis á favor del dueño directo.*
4. *Derechos del enfiteuta.*

5. 6. 7. *Particularidades que se observan en el reino de Valencia.*
8. 9. *Qué sea censo reservativo, y lo gravoso que es en muchos pueblos del reino de Valencia.*
10. 11. *Diferencia entre el censo reservativo y enfitéutico; y cómo se ha de decidir si hay duda de si es uno ú otro.*
12. *Modos de constituirse el censo reservativo, y qué se ha de resolver cuando se duda si es tal ó consignativo.*
13. 14. *Modos de constituirse el censo consignativo, y se esplica su definicion.*
15. *Varias divisiones de este censo.*
16. *Se esplica el vitalicio.*
17. *Que no hay censo personal.*
18. *De los juros, y que son propiamente censos.*
19. 20. 21. 22. 23. *Tres cosas son necesarias para la constitucion del censo, precio, pension y cosa en que se funda; y se esplica lo perteneciente al precio.*
24. *De la pension.*
25. 26. 27. 28. 29. 30. *Se trata latamente de la cosa censida, y si es ó no hipoteca.*
31. 32. 33. *Si pereciendo en parte la cosa, de suerte que la parte que restare produzca frutos bastantes para la paga de la pension, perece tambien en parte el censo.*
34. *Que las cosas en que se constituye deben ser fructíferas é inmuebles.*
35. 36. 37. 38. *De los pactos que se suelen poner en los censos.*
39. *hasta el* 47. *Se trata latamente de los modos de estinguirse los censos.*
48. *Del debitorio; y que hablando con rigor no es censo.*
49. *Que en cuanto á la intencion de los acreedores, tanto los debitorios como las cartas de gracia son censos.*
50. 51. *Del oficio de hipotecas, y razon de haberse introducido.*

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEON
DIRECCION GENERAL DE BIBLIOTECAS

52. *Qué debe hacerse cuando se vende una cosa censida, ú obligada como libre.*

1. Aunque los censos pueden constituirse en testamento sin que preceda contrato alguno, con todo por ser lo regular que sucede casi siempre, de que se constituyan por contrato que tiene mucha semejanza con los de compra y venta y de arrendamiento, *l.* 3. *título* 14. *P.* 1. *l.* 28. *tít.* 8. *P.* 5., y no pocas veces es formalmente venta, nos ha parecido ser este lugar el mas oportuno para tratar de ellos.

2 A las veces se toma la palabra *censo* por lo mismo que tributo. Así se toma en el *cap.* 22. *vers.* 17. *del evangelio de san Mateo: ¿ Licet censum dare Cæsari an non ?* y en la *ley* 8. *tít.* 22. *Part.* 1. leemos. *Censo ó tributo.* Pero esta significacion no es propia de nuestro lugar, en el que entendemos por censo *Un derecho que tenemos de exigir de otro á quien hemos concedido algo, cierto rédito ó pension.* Tres son sus especies, enfitéutico, reservativo y consignativo. A los tres somos muy desafectos por considerarlos muy perjudiciales al Estado, como lo prueba Vizcaino en su tratado *Sobre los estragos que causan los censos;* y con especialidad á los enfitéuticos, aunque tenemos algunos á nuestro favor, heredados de nuestros antepasados. Censo enfitéutico es *Derecho que tenemos de exigir de otro cierto cánon ó pension anua perpetuamente, en razon de haberle trasferido para siempre el dominio útil de alguna cosa raiz, reservándonos el directo, con la condicion de no poder quitarle la cosa á él, ni á sus herederos miéntras pagaren la pension.* Esta definicion va formada segun el modo ordinario de constituirse este censo, y no con escrupulosidad lógica, como lo dijimos de la de los mayorazgos en el *tít.* 7. *n.* 1. *de este lib.* 2. Porque tambien puede constituirse para sola la vida de aquel que recibe el dominio útil, ó por largo tiempo de 10 ó mas años, *d. l.* 3. *tít.* 14. *P.* 1. *d. l.* 28. *tít.* 8. *P.* 5. y en su *glos.* 4. Greg. Lóp. Mol. *tract.* 2. *de just. et jur. disp.* 445., en donde advierte, que si en la concesion del enfitéusis (así se suele llamar con un solo nombre este censo, que tambien se aplica al contrato en que se constituye) no se espresa tiempo, se entiende ser perpetua, por ser esta su naturaleza ordinaria. Y no puede constituirse sino por escrito; porque de otra manera no valdria, *dd. ll.* 3. *y* 28.

3 Los efectos que produce este censo á favor del que le concede, son: I. Que se queda con el dominio directo de la cosa censida. II. Que adquiere derecho de exigir del enfiteuta las pensiones, de modo que si este deja de pagárselas por tres años, ó por dos, si es á iglesia, cae en comiso la cosa, y la puede tomar el señor directo (1) sin mandado del juez; bien que tiene el enfiteuta diez dias para purgar su tardanza ó mora, es decir, que si en dicho término paga sin pleito, debe el dueño directo recibir la paga, y no tomar la cosa. Pero si en ninguno de estos plazos pagare, no necesita dicho dueño para tomar la cosa, haber pedido la pension por sí ó por otro, porque se entiende, que el mismo dia del plazo pide por él, *d. l.* 28. Pero debemos advertir sobre este II. efecto, que Greg. Lóp. en la *gosa* 15. de esta *ley* 28., pone con apoyo de otros autores cuatro limitaciones de su doctrina, á saber, si el enfiteuta resistiere la ocupacion del dueño directo; si este hubiese acudido ya al juez sin protestar, que le quedará salvo el derecho de espulsion; si el enfiteuta negare que no habia pagado, y si dijere que el tiempo de la paga no habia pasado; porque en todos estos casos se pondria en duda la cosa, y por ello debe acudirse al juez. Lo cierto es que el uso no ha recibido esta absoluta potestad del señor directo, y que tal vez turbaria la pública tranquilidad. III efecto. Cuando el enfiteuta quisiere vender la cosa, lo debe hacer saber al dueño directo, y á qué precio, y si este la quiere por el tanto es preferido (2). Y solo cuando dice que no la quiere, ó sabedor calla por dos meses, la puede el enfiteuta vender á otro, de quien pueda el señor directo haber el censo tan lijero como del mismo, *l.* 29. *d. tít.* 8. *P.* 5. A este derecho de tanteo que tiene, le solemos llamar de *fadiga.* IV. Cuando se vende la cosa, tiene el derecho de laudemio ó luismo, que es la quincuagésima parte del precio por que se vende, ó de la estimacion, si se diere, que debe pagarle el nuevo poseedor al que está obligado á recibir por enfiteuta, *d. l.* 29. (3).

4 A favor del enfiteuta produce la enfitéusis los derechos

(1) L. 3. C. de jur. emphyt. (2) L. 3. C. de jur. emphyt. (3) D. l. 3.

siguientes : I. Adquiere el dominio útil de la cosa enfitéutica. II. En consecuencia de este dominio la puede vender en los términos referidos; y sin sabiduría ó noticia del dueño directo empeñarla á persona tan lijera para pagar el censo como el mismo enfiteuta ; cuya circunstancia debe tambien observar cuando la vende, de suerte que si la vende ó empeña á persona mas poderosa, no vale el contrato, y pierde el derecho que tenia en la cosa, *d. l.* 29. Y en su *glosa* 14. dice Gregor. Lóp. que en la misma pena de comiso caerá el enfiteuta si vende la cosa , aunque sea á persona igual , si lo hace sin requerir ántes al señor directo : bien que la ley no lo espresa en este caso , *d. l.* 29. III. Puede de la misma manera imponer servidumbre sobre la cosa , y constituir á beneficio de otro el usufructo de ella , Molin. *de Hispan. primog. lib.* 1. *cap.* 20. *n.* 2. IV. No se le puede quitar la cosa , si no es que cese en pagar la pension por el espacio de dos ó tres años en los términos que hemos esplicado. V. Aunque este censo se paga en reconocimiento de la señoría directa, se acaba y liberta enteramente de su paga el enfiteuta, si la cosa pereciese del todo, ó padeciese tal quebranto que no quedase de ella á lo ménos la octava parte, *d. l.* 28.

5 Por cuanto este reino de Valencia está lleno de señorías directas que le oprimen, y por ello son muy frecuentes las enajenaciones de bienes sujetos á ellas, en las cuales se observan y están en uso varias disposiciones que se apartan del Derecho comun de España, y son conformes á sus fueros que fueron abolidos en el año 1707, y algunas por haberse introducido por costumbre; nos ha parecido notarlas aquí á beneficio de los que tienen bienes ó negocios en este reino, segun se sigue.

6 El luismo es la décima parte del precio de la cosa, *for.* 3. *rubr. de jur. emphyt.* Bas *in theat. jurisp. part.* 1. *cap.* 30. *n.* 138. Nos causa el mayor dolor, que esté en observancia este gravámen tan pesado para los pobres enfiteutas, sin embargo de haberse abolido los fueros que lo introdujeron ; y mas si se atiende, que el precio de que se saca, lo es tambien de las mejoras que se hayan hecho por los enfiteutas en la cosa censida. Sucede con frecuencia, que un pedazo de tierra, que cuando se concedió en enfitéusis, solo valia, por ejemplo, diez pesos á causa de estar inculto, en montaña y entre peñascos , ó era marjal cubierto casi de continuo de agua, vale doscientos ó mas cuando se enajena, debido enteramente este aumento á los sudores del enfiteuta y sus hijos, sin la menor influencia ni gasto del dueño directo, que sin embargo se chupa el luismo de estos pobres é inocentes sudores. Y sucede tambien con alguna frecuencia, que estas tierras se venden dos ó mas veces en 15 ó 20 años, con la misma carga de haberse de pagar siempre este derecho. En cuanto á casas, es todavía mayor la enormidad, pues valiendo á las veces el solar desnudo cuando se concede, 15 ó 20 pesos, vale dos mil la casa que en él se edifica. En los lugares de señorío, que son tantos en este reino, se padece mucho en este particular, nada beneficioso al Estado; y por costumbre se ha introducido, que este derecho le pague el vendedor, Bas *d. cap.* 30. *n.* 142.

7 Tambien se ha introducido por costumbre el derecho que llaman *quindenio*, que es el de cobrar el dueño directo cada quince años el luismo, como si entónces se enajenara la cosa. Le pagan los poseedores de cosa enfitéutica, que se suelen decir *manos muertas*, esto es, las ciudades, iglesias, monasterios, colegios, hermandades y otros cuerpos semejantes, eclesiásticos ó seculares , que siempre permanecen los mismos, aunque se varíen las personas que los representan. La causa de esta introduccion es , que el no poder vender libremente sus cosas estos cuerpos, perjudica al dueño directo en cuanto al luismo, al que tuvo consideracion en la concesion de este censo ; y para salvarle, se finge que se venden cada quince años , Bas *d. cap.* 30. *desde el n.* 182. Matheu *de regim. cap.* 2. §. 5. Y aunque por la misma razon debian pagar este derecho los poseedores de mayorazgos y fideicomisos, no lo pagan, porque la costumbre que le introdujo en las manos muertas no admite estension, Bas *d. cap.* 30. *n.* 197. Matheu *d.* §. 5. *n.* 115. Y últimamente el derecho de retraer, ó de fadiga del dueño directo solo dura 30 dias, *for.* 28. *de jur. emphyt.*

8 El censo reservativo ó retentivo se constituye, *cuando alguno da á otro alguna cosa raíz trasfiriéndole todo el dominio directo y útil, reservándose cierta pension anua en frutos ó en dineros que le ha de pagar el que le recibe.* Toma su nombre de la reservacion de la pension , y

es de orígen antiquísimo; porque ya hizo uso de él Joseph, cuando á nombre de Faraon concedió campos á los egipcios con la obligacion de haber de pagar la quinta parte de sus frutos (1). No se puede negar su justicia; pero sí que podemos llorar, que los señores de lugares hayan cargado tanto la mano en la tasa de la pension. Son muchos los pueblos en este reino de Valencia, en que se les paga la tercera parte, y que siendo el fruto aceitunas, se han de llevar precisamente las dos partes que quedan al cosechero, á molerlas al molino del mismo señor, cuyos arrendadores ponen los operarios á su voluntad; de que se sigue, que moliéndolas mal, y apretando poco la masa, se queda porcion considerable de aceite en ella, que es para el señor, y la hace remoler solo para sí, haciéndose pagar ademas cantidad no despreciable de aceitunas á título de derecho de piedra. Hemos oido varias veces estos clamores, y que ofreciendo el labrador partir por mitad las aceitunas, para poder llevar su parte adonde les acomode, no quieren admitirlo los arrendadores. Pudieran los señores haber tomado el referido ejemplo de Joseph, y aun con alguna baja, en atencion á que entónces no pagaban (como ni ahora) diezmos los egipcios, y que tal vez seria aquella quinta parte de frutos todo el tributo que satisfacian á Faraon: lo que no es ni puede ser aquí. Dejo aparte los gravámenes que estos infelices pagan por razon de sus casas, porque ya seria salir de nuestro asunto.

9 Si sus lamentos llegaran en humildes súplicas á S. M. (Dios le guarde), podria esperarse que lograsen alivio. Así acaba de suceder en el año pasado de 1800 en Sagra y Sanet, lugares de la gobernacion de Denia, que entre los dos tienen cien vecinos, y forman una encomienda de la religion de Santiago. Oprimidos de los escesivos derechos de señoría que satisfacian, de los cuales eran los principales los frecuentes luismos, y la particion de frutos de uno por cuatro, que no les permitian poder vivir; acudieron con respetuosa representacion á la paternal benignidad del rey, que tuvo la bondad de pasarla al Consejo de órdenes para que le informase. Y este sapientísimo y prudentísimo tribunal, á consecuencia de haber formado espediente judicial, con sus traslados al comendador y fiscal de las religiones, evacuó su informe, y en seguida se sirvió mandar el rey, que en lo sucesivo la particion que era de uno por cuatro, fuese de uno por seis, cuya beneficencia les produce el alivio de mas de mil pesos anuos, con los que pueden pagar á su tiempo el real derecho de equivalente, socorrerse en sus necesidades, y cultivar mejor sus campos en beneficio tambien del Estado. Hemos sido largos y exactos en la relacion de este monumento de real beneficencia, por el especial afecto que le tenemos, á causa de haber corrido el asunto bajo de nuestra direccion, y haber formado desde esta ciudad la citada representacion. Vino el real despacho con fecha de 30 de setiembre del año 1800, y se halla registrado en la secretaría del Acuerdo de este reino.

(1) Cap. 47. del Génesis.

10 Entre este censo y el enfitéutico hay algunas diferencias, que refieren Covarrúbias 3. *var. cap.* 7. *n.* 1. Molin. *de just. et jur. tract.* 2. *disp.* 381. desde el *vers. Differt*, y otros, que son: I. Que por el reservativo se trasfiere tanto el dominio útil, como el directo, y por el enfitéutico solo el útil, quedando el directo en el concedente, que por ello se llama dueño ó señor directo. Avend. en su tratado *de censibus cap.* 13. *n.* 3. dice ser esta la llave de esta materia, para conocer la naturaleza de ambos censos, que todos reconocen por tal. Y de ella viene lo que suele decirse, que pagamos la pension del censo reservativo de cosa nuestra, y la enfitéutica de cosa ajena, por pertenecer su dominio al que concedió la enfitéusis. II. Que el enfiteuta no puede vender la cosa sin hacerlo saber al dueño directo; y si de otro modo lo hace, cae la cosa en comiso á favor de dicho dueño. Y ademas cuando la vende, pertenece á este el luismo y la fadiga, segun dijimos arriba *n.* 3.; todo lo cual no tiene lugar en el censo reservativo, Molina, *d. disp.* 381. *vers. Tertio*, y comunmente los demas que tratan de este asunto.

11 III. Cae tambien en comiso la cosa enfitéutica, si el enfiteuta deja de pagar la pension por dos ó tres años en los términos que hemos esplicado en *dicho núm.* 3. (1): lo que no sucede en el censo reservativo, aunque por mil

(1) § 3. Inst. de locat. et cond.

años no se pague, Covar. *d. n.* 1. con la comun, de modo que es esto fuera de toda duda, con tal que no se haya pactado lo contrario; porque si en su constitucion se pone pacto ó condicion, que no pagando el censuario la pension, caiga en comiso la cosa, debe observarse, *l.* 1. *tit.* 15. *lib.* 10. *de la Novísima Recop.* (68. *de Toro*) que debe entenderse de este censo reservativo, como la entendió Molina en *d. disp.* 381. *vers. Dubium*, y lo prueba latamente Avendaño en *d. su tratado cap.* 90. *n.* 4. Cuya inteligencia está recibida en la práctica de los tribunales, como lo confiesan aun aquellos doctores que juzgan convenir las palabras de la ley al censo consignativo, como son entre otros Covar., en *d. n.* 1. y latísimamente Gutiérrez *de juram. confirm. part.* 1. *cap.* 31. *n.* 10. y *pract. quæst. lib.* 2. *quæst.* 68. en donde dice, que la pena de comiso en el censo consignativo es injusta é inicua, y que por ello ni está en uso, ni debe estarlo. Del mismo sentir es Avend. tratando latamente este asunto en *d. cap.* 90. *n.* 2. La razon de admitirse este pacto en el censo reservativo, la traen Molina y demas autores en los lugares citados, de que concediéndose en este censo el dominio directo y útil de la cosa, puede justamente el concedente no quererle conceder sino bajo dicho pacto, como en el enfitéutico lo quiere hacer y hace el dueño directo, respecto del dominio útil. Y si llegare á dudarse si un censo es enfitéutico ó reservativo, deberá decidirse por las diligencias de un buen exámen de las circunstancias, atendiendo mas á la naturaleza y sustancia del contrato, que á las palabras que confunden frecuentemente los escribanos por su impericia, como afirman Avend. en el *cap.* 13. *n.* 6. Covar. y otros. Y si de las circuntancias no pudiere sacarse, ántes se considerará reservativo que enfitéutico, Covarrúb. 3. *var. cap.* 7. Molin. *d. tract.* 2. *disp.* 383. *vers. Contrarius*, porque grava ménos al que le debe.

12 Se puede constituir este censo por convencion, como es lo regular, ó por testamento, como si el testador legase á alguno cosa fructífera, con la reserva de haber de pagar cierta porcion de sus frutos á sus herederos, Avend. *d. tract. cap.* 3. Y las mas veces se establece en la propia escritura por que se concede en enfitéusis un campo, imponiéndole al mismo tiempo la carga de particion de frutos á

razon de uno por cada cuatro, cinco ó seis. Y puede ser perpetuo, durante la vida del censuario, ó absolutamente redimible. Y si se dudare en este particular de la voluntad del concedente, ántes se debe considerar perpetuo, que redimible, por ser esta su naturaleza ordinaria, como advierten Feliciano *de censib. tom.* 2. *lib.* 1. *cap.* 10. *n.* 8. *vers. Denique*, y Molina *d. tract.* 2. *dis.* 382. *vers. Secundus*; y tambien, porque reservándose el dueño la pension, retiene el derecho de percibirla, el cual como subrogado en lugar del dominio, es perpetuo como lo era el dominio; por cuya razon y otras son de este mismo parecer Avend. *d. tract. cap.* 14. y Covar. *d. lib.* 3. *var. cap.* 10. *n.* 5., en donde tambien afirma, que en caso de duda, mas se debe considerar el censo reservativo, que consignativo, poniendo algunas escepciones por conjeturas que deberá examinar el juez. Pero Vela *disert.* 33. *n.* 70. defiende, que habiendo duda, primero ha de considerarse consignativo, que reservativo, y ántes redimible, que irredimible; fundado en que el consignativo redimible es el mas frecuente y lijero para el deudor: lo que no nos parece mal, por ser siempre mas favorables las partes del reo que las del actor (1).

13 Falta esplicar el censo que se llama consignativo, porque se consigna ó impone sobre bienes del que lo debe, quedando este con el dominio directo y útil de dichos bienes, y alguna vez sobre su misma persona: lo que si puede ó no hacerse, disputan fuertemente los autores, y nosotros lo examinamos mas abajo. Seremos mas largos en la esplicacion de este censo por las muchas circunstancias que envuelve, y varias ocurrencias que suelen acontecer y deben examinarse. Lo regular es constituirse por cierto precio, que consiste en dinero efectivo, y entónces su constitucion es verdadera venta. Pero puede constituirse por otros títulos, como permuta, donacion, compensacion de tributos, obsequios ú obras, ó por última voluntad, y segun el título toma su naturaleza. Nosotros hablaremos del constituido por contrato de venta como á mas frecuente, y porque con su esplicacion se entenderá con facilidad, lo que deba decirse de los constituidos por otros títulos.

14 Con este respecto definimos al censo consignativo,

(1) L. favorabiliores. 125. de div. reg.

que aprueban nuestras leyes, y varias constituciones pontificias como luego veremos, diciendo ser *Compra por la cual, dando alguno cierto precio en dinero efectivo sobre bienes raíces de otro, merca el derecho de cobrar cierta pension anua del dueño de dichos bienes, que lo queda como lo era ántes.* Decimos *dando algun cierto precio*, porque el censo no se perficiona por sola la convencion como las demas compras, sino que desea numeracion del precio, verdadera ó fingida, como prueba Vela *disert.* 34. *n.* 37. En el censo vitalicio exige la *ley* 6. *tít.* 15. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* que la numeracion ó paga del dinero sea real, y lo nota el mismo Vela *disert.* 36. *desde el n.* 37. Segun la definicion, se compra el derecho de cobrar ó exigir la pension, y no la pension misma, como prueba Covar. *d. lib.* 3. *cap.* 7. *n.* 2. y Avendaño *d. tract. de censib. cap.* 37. *n.* 20., y por eso no puede objetarse que se dan dineros por dineros; aunque algunas veces, hablando impropiamente, se dice comprarse los réditos ó las pensiones.

15 Se divide el censo por razon de la cosa que se paga, en pecuniario, cuya pension se ha de pagar en dinero; y en fructuario, que se puede pagar en frutos, trigo, vino, aceite ú otros; pero en nuestra España prohibe la *ley* 3. *d. tít.* 15. espresamente, que se pueda constituir con pension que no sea dinero: de lo cual trataremos luego exprofeso. En razon del tiempo puede constituirse de manera, que la pension se pague por años, cada mes, ó á otros tiempos señalados. Y por razon de la duracion en perpetuo y temporal; cuyas especies se subdividen, á saber, el perpetuo en irredimible, que es absolutamente perpetuo; y en redimible, que se constituye con el pacto de *retrovendendo*, y llamamos *al quitar:* y hablando con propiedad se dice tambien perpetuo, por no acabarse con el tiempo, como prueban Vela, *disert.* 33. *n.* 51. y Cencio *de censib. quæst.* 2.; bien que en la *ley* 5. *d. tít.* 15. se opone al perpetuo; lo que suelen hacer tambien nuestros autores.

16 Y el temporal puede constituirse ó para número cierto de años, como 20, 30 ó 40, ó para incierto, miéntras viviere el comprador, el vendedor ó algun otro, y entónces se llama *vitalicio:* el cual es tan estraordinario y anómalo, que si se le examina por las reglas de los demas censos, parece no serlo. Pues por él, enajenando para siempre el precio ó capital sin esperanza de recobrarle jamas, compramos el derecho de exigir la pension anua sin respecto á cosa alguna ni á industria, ni á obras del que la ha de pagar, si solo de la vida de aquel para la cual fué constituido; acabada la cual se acaba él tambien, y no de otra manera; de suerte que pende de ella en el constituirse y en el conservarse. Todas estas cosas, y el ser menor su precio, ó mayor su pension, que es lo mismo, contribuyen á que sea lícito, por ser incierto el tiempo de la muerte, Salgad. *in labyrint. part.* 1. *cap.* 20. Covarrúbias *d. cap.* 7. *n.* 3. Felic. *lib.* 1. *cap.* 7. *n.* 19. Vela *disert.* 35. *n.* 57. y mas latamente en la *disert.* 36. *n.* 42. Estas divisiones tienen todas lugar tambien en el censo reservativo. Molin. en *d. tract. disp.* 383. hasta la 389. examina todas las especies del censo consignativo con la solidez y hermosura que acostumbra.

17 El mismo Molina en *d. disp.* 383. añade otra division en real y personal, llamando personal á aquel, que solamente se coloca en la persona con respecto á su industria ú obras, sin que haya cosa alguna obligada. Pero opinando que no puede haber censo personal, la desechan muchos autores, á quien citan y siguen Faria ad Covarrubias 3. *var. cap.* 7. *n.* 27. Vela *disert.* 35. *nn.* 27. 102. *y cinco siguientes.* Avend. *de censib. cap.* 58., en donde trata muy latamente esta cuestion, y responde á 16 objeciones de Feliciano, Covar. y otros, que son de la opinion contraria. Tambien nos parece mejor la sentencia de los que reprueban la division; y el propio Molina no está léjos de pensar así, puesto que dice en la *disp.* 387. ser muy difícil de poderse sostener el censo personal. Ni vale decir con los adicionadores á la Biblioteca de Ferráris en la voz *census*, y Martínez en la *Librería de Jueces, tomo* 7. *lib.* 5. *tít.* 15. *n.* 220, estar en el dia aprobado el censo personal por la *cédula de* 10 *de julio de* 1764, *que es la ley* 23. *tít.* 1. *lib.* 10 *de la Nov. Rec.*, publicada á representacion de los cinco gremios mayores de Madrid. Porque en ella solamente se aprueban los contratos, en los cuales algunos, principalmente las viudas, y otros destituidos de propia industria, les entregaban dinero para el comercio á razon de tres ó dos y medio por ciento; y estos contratos no constituyen censo, sino una especie de compañía, en cuya virtud se parten de tal modo la ganancia los contra-

yentes, que contentándose los que pusieron su dinero con una porcion segura, pero muy inferior á la de una ganancia regular, pertenezca la restante á los gremios. Pero debemos advertir que de esta reprobacion del censo personal se entiende esceptuado el vitalicio, segun dijimos en el *n. antecedente.*

18 Asimismo debe advertirse, que tenemos ciertos censos conocidos con el nombre de *juros*, y consisten en rentas que el rey concedió á alguno en compensacion ó remuneracion de sus servicios ó méritos, ó por cierto precio sobre salinas ú otros derechos. Cuyas concesiones son otras tantas constituciones de censo consignativo. Y de ahí es, que cuanto se ha establecido de los censos, tiene lugar en los juros, *nota* 1. *y* 2. *tít.* 15. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.*, con sola la diferencia, que de su venta no se paga alcabala, como de las de los otros censos, como todo lo prueba Larrea *aleg.* 23. Y aunque cuanto llevamos dicho es cierto y bastante claro, con todo, por no haberse espresado los juros en la *ley* 8. *de d. tít.* 15., que en el año 1705 aumentó el precio, ó disminuyó la pension en los censos consignativos al quitar, como luego veremos, segun lo habian espresado las citadas leyes anteriores que tuvieron el mismo objeto: no se observaba en los juros la baja de pension establecida en *d. l.* 8. y fué menester, que en el año 1727, se mandara observar tambien en ellos, por la razon de que eran censos, *ley* 4. *tít.* 14. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* que dice: *Y arreglada su constitucion, y la paga á los censos, por serlo.*

19 Tres son las cosas que deben atenderse en este censo consignativo, el precio por que se compra ó constituye, al que solemos llamar *capital;* la pension ó rédito que se paga; y la cosa en que se consigna ó constituye. En el precio estableció el famoso *Motu proprio del papa Pio V. de creand. censib.* publicado en el año 1569, entre otras cosas, que hubiese de consistir en dinero efectivo: por lo cual en los lugares en que está en observancia, no se puede dudar de ello. Pero no estando recibido en nuestra España, segun la *ley* 7. *d. tít.* 15., hay lugar á la cuestion de si debe ó no consistir en dinero, la cual tiene por una y otra parte muchos defensores. Avend. en *d. tract. cap.* 37., se esfuerza en probar con muchos argumentos la

opinion negativa. Nos parece sin embargo mas fundada la afirmativa, porque cierra la entrada á los fraudes que son frecuentísimos en este contrato; y porque estableciéndolo espresamente así por la misma razon en el censo vitalicio, la *ley* 6. *d. tít.* 15., nos da motivo para creer que nuestros legisladores han tenido la intencion de alejar de todos los censos los fraudes, y que la espresion que de ellos hicieron en *d. l.* 6. se estendiese y sirviese para los demas. Y por otra parte, no satisface Avend. debidamente los argumentos que se propone á favor de nuestra opinion. A lo que añadimos el dicho de Feliciano *lib.* 1. *de censib. capit.* 4. *n.* 10. de que cada dia declara el supremo real Consejo, que se rescindan (esto es, que son nulos) los censos constituidos por precio que no sea dinero. De esta regla claro es, que deben esceptuarse los juros, de que acabamos de hablar. Ni en ellos puede haber fraudes. Y advertimos no ser necesario que la tradicion del precio sea real: bastará la fingida. Podrá pues por la ficcion que llaman *brevis manus*, constituirse censo, estableciendo el precio en deuda de dinero cierta y líquida, á cuya paga podia ser estrechado el deudor, como lo prueba bien Avend. en el *cap.* 38. haciendo ver ser esto útil al mismo deudor. En los censos que se constituyen por testamento ó donacion, no interviene tradicion de precio; bien que si se alarga la cuerda, tambien se puede acomodar la fingida: lo cierto es, que se debe considerar tenerle para los casos de redencion ó enajenacion de la cosa censida.

20 Se requiere tambien en el precio que sea justo, esto es, que su cantidad corresponda á la de la pension, teniendo con ella una justa proporcion. Esta se varía por las circunstancias de lugar y tiempo, como enseñan Covarrúbias 3. *var. cap.* 9. y Avend. *cap.* 32. En España fué tasada en los censos al quitar el año 1563, á razon de uno por 14, *l.* 3. *nota* 1. *d. tít.* 15. y despues en el de 1608 á uno por 20, *l.* 13. *nota* 2. *del mismo tít.*, y últimamente en el de 1705, para los reinos de Castilla y Leon, y en el de 1750, para los de la corona de Aragon, á uno por 33 con un tercio, ó como solemos decir, á tres por 100, *ll.* 8. *y* 9 *tít.* 15. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* Cuyas tasas deben tambien observarse en los censos mas viejos que *dichas leyes*, como se previene en *ellas*, y en la *nota*

2ª *tít.* 15., en las cuales se impone la pena de perdimiento de oficio á los escribanos que autoricen escrituras con pension mas alta. En el censo vitalicio fué tambien tasado el precio en el año 1583, *l.* 6. *del mismo tít.*, y despues en el de 1608, *l.* 13. *y nota* 2ª *del mismo.* En la primera tasa á razon de uno por 7, cuando se constituia para la vida de uno solo; y de uno por 8 en los que habian sido cargados para dos vidas, prohibiéndose, que en lo sucesivo se pudiesen cargar por mas de una vida. Y la segunda, la tasa que era por 7, se aumentó á 10, y la que por 8 á 12. En *dd. leyes* se espresan las tasas de tantos al millar; pero nos ha parecido acomodarnos en la esplicacion al modo regular con que hablan las gentes, y sale la misma cuenta.

21 Del precio del censo irredimible no tenemos tasa señalada, y está tambien sujeto á variaciones por la diversidad de tiempo y lugares. Y en atencion á ser mas pesado para el censuario que le debe, que el otro al quitar, por no tener en él la facultad de redimirle, que tiene en este, y se considera parte del precio, como los demas pactos que favorecen al vendedor (1), todos confiesan deber ser mayor su precio, que el de los censos al quitar. Covar. 3. *var. cap.* 10. *n.* 1. dice, que este aumento no se debe hacer temeraria é inconsideradamente, sino por el dictámen de varon bueno, y justo moderador. Y de lo que allí mismo trae, y Molin. *d. tract. de just. et jur. disp.* 385. *vers. Secundum*, parece ser justo, que este precio debe ser mayor en la tercera parte, que el del censo al quitar. Y añade Molina, que no debe reprobarse con facilidad en algun lugar lo que esté recibido por el uso, y del mismo sentir es Covar. 3. *var. cap.* 9. *n.* 5. vers. *Ex quibus*, diciendo, que para la justa estimacion de estos censos, se ha de observar la costumbre de la provincia, y la comun estimacion de los hombres, que suele definir el justo precio de las cosas (2). En este reino de Valencia el precio de estos censos que llamamos *muertos*, es al doble mayor del que tenian los de al quitar, ántes de los años 1705 y 1750 en que se aumentó, esto es, á razon de dos y medio por ciento. Bas *in theat. Jurisp. cap.* 30. *n.* 52.

(1) L. 79. de contr. empt. (2) L. 65. ad leg. Falc.

22 Nota asimismo muy bien Molin. en el *lugar citado*, que debe ser mucho mayor el precio en el censo enfitéutico, que en los otros; porque ademas de conservar el dominio directo de la cosa el que le concedió, le pertenecen el luismo y demas derechos considerables enfitéuticos. Y no es inútil esta advertencia, porque si bien es verdad, que en la constitucion regular y ordinaria de este censo, cuando uno concede una cosa suya en enfitéusis, no se hace mencion de precio, se debe tener consideracion de él, regulando lo que valgan los derechos del señor directo, cuando se venda la cosa enfitéutica, porque este valor se baja del que tiene la cosa, y solamente de lo restante se paga el luismo, Bas *d. cap.* 30. *n.* 141. En este reino de Valencia se observa que sea á razon de dos y medio por 100, de suerte que es el mismo que el del consignativo irredimible ó muerto; al que solemos llamar *doble capital*, y en idioma valenciano *doble march*, por ser doblado que el de los censos al quitar, ántes del último aumento.

23 Y por cuanto de lo que acabamos de decir aparece claramente, que debe ser al doble mayor que el de los redimibles, y mucho mayor que el de los irredimibles; exigian la justicia y equidad, que aumentando el precio de los redimibles á razon de 3 por 100, se aumentara el del enfitéutico á uno y medio por 100. Y con efecto así está regulado, por lo tocante á casas, y areas ó solares de Madrid, en el *auto-acordado del año* 1770, *l.* 12. *tít.* 15. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.*, en el cual se permite tambien al enfiteuta la facultad de redimir estos censos al referido respecto de uno y medio por 100. Y por *cédula de* 6 *de noviembre de* 1799, *que es la ley* 21. *tít.* 15. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.*, se permite la redencion en vales de todo censo perpetuo, al quitar, ó enfitéutico, para disminuir su circulacion. Y últimamente en el *n.* 5. *del reglamento insertado en otra cédula de* 17 *de abril del corriente año* 1801, *que es la ley* 22. *d. tít.*, relativa á la *pragmática-sancion* espedida en 30 de agosto de 1800, para la redencion de vales reales, se permite redimir con dichos vales los cánones enfitéuticos impuestos sobre las casas de las ciudades del reino, pagando un capital doble por el cánon, regulado á razon de 33 y un tercio por millar, esto es, 3 por 100, y por derecho de laudemio la cantidad

que á un 3 por 100 reditúe en 25 años una cincuentena del valor de la casa, rebajado el importe de las cargas á que esté sujeta. Y en el *n.* 6. se previene, que en los censos al quitar se proceda á la redencion á razon de 3 por 100, y al doble en los perpetuos; y con el mismo respecto de 3 por 100, en cualquiera tributo que no tenga capital señalado. Y en el *n.* 2. se concede tambien que puedan redimir sus cargas, al propio respecto de 3 por 100, los poseedores de fincas afectas á carga de aniversario, capellanía, misa, festividad, limosna, dote y cualquiera prestacion anua.

24 En cuanto á la pension ó rédito del censo al quitar, estableció la *ley* 3. *d. tit.* 15. en el año 1534, que se hubiese de pagar en dinero efectivo. Y porque en Galicia y otras provincias referidas en la *ley* 5. *del mismo tít.* que es del año 1573, se constituian en fraude de *d. l.* 3. muchos censos, bajo el nombre de perpetuos é irredimibles, con la espresion de pagar el rédito en trigo, vino, aceite, ú otros frutos, se mandó en la *misma ley* 5., que todos estos censos que se hubieren fundado y fundaren desde dicho año 1534, se consideren redimibles, y en todo se juzgue de ellos por las leyes que hablan de los redimibles; y de consiguiente están sujetos á la decision de *d. l.* 3. Y aunque ella solo habla de los censos al quitar, nos parece muy bien la opinion de Azevedo en su comentario, de que debe estenderse su doctrina á los irredimibles; porque los perjuicios y fraudes que intenta evitar, son mas graves en estos. Esta ley que tambien reguló los censos mas antiguos que ella, no se puede negar que es muy útil á la república. Pero sin embargo la *ley* 9. *d. tít.* 15., publicada en el año 1750. de la que hemos hablado al *n.* 20, permitió la costumbre de pagar las pensiones en frutos, diciendo, *que en donde estuviere recibida la costumbre de poder ajustar el rédito en granos, se regule la paga de estos por reduccion de la real pragmática* (entiende la ley antecedente *penúlt. del mismo tit.*, que redujo la pension del 5 al 3 por 100.), *sin esceso alguno.* La cual indulgencia ha dejado lugar á la cuestion, de si la reduccion establecida en *dd. ll. pen. y últ.* se ha de hacer con respecto á la cantitad de frutos, de modo que pague 3 medidas el que ántes pagaba 5; ó se ha de atender tambien al precio, que

ha tenido mucho aumento en los años posteriores. Cuya decision pende en el supremo real Consejo, á instancia de las iglesias de Benasal, Adsaneta, y otros pueblos del territorio de Morella en este reino de Valencia. Y posteriormente habiendo acudido al supremo Consejo de Castilla Melchor Belles, del lugar de Culla, y otros del mismo, y algunos circunvecinos, deudores de censos de dicho territorio, pidiendo la regulacion de pensiones, remitió aquel supremo tribunal la pretension á la Audiencia de este reino, para que arreglase las pagas de pensiones al 3 por 100; la cual, seguida causa entre los interesados, declaró por sentencia de revista en 7 de julio de 1794, por la escribanía de cámara de Don Antonio Aparisi, que el pago debia hacerse á razon de 3 por 100, en dinero, ó trigo, segun el valor y precio que tuviese este en cada un año, en los respective pueblos de los deudores. En la sentencia de vista se dijo deber atenderse en esto el dia 16 de agosto, y así se observa.

25 Esplicado lo perteneciente al precio y á la pension, pasamos á examinar las dificultades que ocurren acerca de la cosa en que está consignado el censo, que son harto considerables. Feliciano *de censib. tom.* 2. *lib.* 1. *cap.* 1. *n.* 5. Covar. 3. *var. cap.* 7. *desde el n.* 5., con otros muchos que refiere Avend. *cap.* 23. *n.* 9., juzgan, que la cosa censida tiene la calidad de hipoteca; y añade el mismo Covar. que esta hipoteca no sigue en todo las reglas de las demas hipotecas; porque en primer lugar el comprador del censo puede reconvenir al pago de las pensiones al que compró la cosa censida, saltando al que la enajenó despues de haber consignado en ella el censo. Y por otra parte, si el censo hubiere sido colocado, por ejemplo, en tres campos que perteneciesen á tres diferentes poseedores, no pueden ser reconvenidos los tres por el todo, sino cada uno por su parte: las cuales dos cosas se observan al contrario en las hipotecas regulares, porque la accion hipotecaria no puede intentarse contra los poseedores, sin hacer ántes escusion de los bienes del deudor que contrajo, *l.* 14. *t.* 13. *P.* 5. (1), y no se divide por el número de los poseedores por ser individua. Pero confiesa el mismo Covar. que en esto último

(1) Authen. Hoc si debitor. C. de pignor.

está en contrario la práctica, apoyada, al parecer, en que siendo hipotecaria esta accion, debe ser individua, y descuidando de su irregularidad.

26 Pero Molin. en *d. tract. de just. et jur. disp.* 383., Avend. en *d. cap.* 23. *n.* 10., citando á muchos, y latísimamente Vela, *disert.* 34. *y* 35., defienden, que la constitucion de censo se debe considerar á la manera de una servidumbre impuesta sobre la cosa en que está colocado. Cuya sentencia nos parece mas verdadera y justa; y se acomodan á ella los efectos que observamos en la práctica: confesamos sin embargo, que en el uso general de hablar se la llama hipoteca, y no tenemos reparo de conformarnos con él, si se le añade el adjetivo *irregular* ó *anómala*. Los efectos consiguientes de esta opinion son: I. Que aquel que impuso el censo sobre cosa suya, solamente está tenido á la paga de las pensiones en cuanto lo posee, ó está obligado á la eviccion; por lo que la accion para exigir las pensiones, es de aquellas que los romanos llamaron *in rem scriptæ*, que siempre se dirigen contra el poseedor (1). Vela *disert.* 14. *nn.* 38. *y* 56., y en la *disert.* 34. *n.* 54. Y de ahí viene, que enajenada la cosa, se reconviene al poseedor, que no contrajo con el acreedor, sin que pueda valerse del beneficio del órden ó escusion; pues segun veremos mas abajo, no hay otro deudor.

27 II. Que el poseedor de la cosa está obligado á pagar no solamente las pensiones del tiempo en que posee, sino tambien las anteriores que se deban. No hemos hallado ley alguna nuestra que lo diga; pero lo dijeron las romanas de los vectigales ó tributos reales, con la buena razon que se acomoda á los censos, de ser los predios, y no las personas los obligados (2); añadiendo que si el comprador de la cosa ignoraba deberse pensiones atrasadas, puede recobrarlas del vendedor. Molina, esplicando latamente este asunto en *d. tract.* 2. *de just. et jur. disput.* 534. *vers. últ.* dice, que las pensiones anteriores á la enajenacion de la cosa, se pueden exigir indiferentemente, ó del actual poseedor, que como tal las debe, como hemos visto, ó del anterior, que aun las debe por razon del tiempo pasado, en que como poseedor que entónces era, percibiendo sus frutos, las adeudó; y que si las pagó el último tiene recurso para recobrar del primero las correspondientes á los años en que poseyó: lo que nos parece cuadrar muy bien á la equidad y naturaleza del censo.

(1) L. 9. § fin. quod. met. cau. (2) L. 7. de publican. et vectigal.

28 III. Que pereciendo la cosa censida, perece tambien el censo, á la manera que pereciendo el predio sirviente, perece la servidumbre, como latamente lo prueban Avendaño en el *cap.* 60., y Leotar. *de usur. quæst.* 57., en donde tambien trata cuándo vuelve á nacer. Este efecto es muy conforme á la naturaleza del censo, si se examina atentamente; porque como dice sútil y sólidamente Molina en *d. tract. disp.* 385. *vers. Contrarium*, el censo no es otra cosa que venta pro indiviso de parte del derecho en la cosa que está consignado, y pereciendo la cosa no puede dejar de perecer el derecho que habia en ella. Fuera de esto, como considera muy bien Vela en *la disert.* 35. *desde el n.* 21., seria casi ninguno el peligro del comprador del censo, si pereciendo la cosa sobre la cual y sus réditos compró el derecho de exigir la pension, estuviese todavía el vendedor obligado á pagarla: lo cual á mas de ser contra las reglas del contrato de compra y venta, seria iniquidad; porque le es bastante al pobre vendedor del censo, el sentir la pérdida en haber perecido la cosa, sin quedar obligado á la paga de pensiones; pues de otra suerte sentiria por un mismo respecto dos gravámenes, y contra el humano axioma se añadiria afliccion al afligido. Y tambien, porque si el comprador del censo no sintiera el peligro de perecer la cosa, poco ó nada distaria del que dió mutuo con usuras, que tiene segura en todo evento la cantidad que dió. Por cuyas solidísimas razones movidos Vela en la *disert.* 33. *n.* 51., y Cencio *de censib. quæst.* 54., creyeron ser cosa inicua é ilícita, que el censo se constituyera generalmente sobre todos los bienes del vendedor; porque rarísimamente podria suceder, que alcanzare al comprador el peligro de la estincion de su derecho, llorándolo siempre amargamente el pobre vendedor. Todavía avanzamos mas hasta decir, que si la cosa ó cosas en que se impone el censo, fuese tan pingüe que produjera frutos muy escesivos para pagar la pension, se debia corregir el esceso por el arbitrio del juez, para no caer en el mismo absurdo, y que se guarde la igualdad que corresponde entre los contrayentes.

29 En consecuencia de lo que acabamos de decir, nos parece verdadera la opinion de Avend. en el *capit.* 59., Sarmiento *lib.* 7. *select. cap.* 1. *n.* 28., y otros que juzgan, que en la constitucion del censo no se contrae obligacion alguna personal, por la cual el vendedor ó sus herederos que no poseen la cosa censida ó la quieren dejar, puedan ser compelidos á pagar las pensiones, aunque se hubiese pactado así; pues todavía deberia considerarse inútil, y por no puesta la obligacion personal, si no es que dijera respecto al caso en que tuviese lugar la eviccion, para el cual, y no para otro, podria sostenerse. Y en verdad recomiendan esta opinion la equidad é igualdad que debe guardarse en todos los contratos; y es muy conforme á ella la naturaleza del contrato de compra y venta, á la que se refiere la constitucion del censo; porque el que compra alguna cosa solamente adquiere derecho en ella, sin tener regreso contra la persona, sino en el caso de eviccion. ¿Por qué pues ha de concederse mas favor é indulgencia á los compradores de censos? ¿Por qué á la compra del censo odiosa, y no muy distante de las usuras, se le ha de dar un fruto mas pingüe, que á las compras de las demas cosas tan útiles y aun necesarias á los hombres?

30 Turba sin embargo algo esta doctrina la *ley* 9. *tit.* 15. *lib.* 10. *de la Nov. Rec. del año* 1750, de la que hemos hecho mencion en el *n.* 20., contando tres especies de censos consignativos al quitar, donde dice, *Reales, personales ó mistos*, por cuyas palabras parece aprobar no solo los censos en que accede obligacion personal, sino tambien los colocados en la sola persona, significando á aquellos por la palabra *mistos*, y á estos por la *personales*. Pero no por esto debemos reprobar la sentencia de Avend. que niega estas dos especies en los *nn.* 58. *y* 59. Porque se responde, que el legislador en *d. l. últ.* solo tuvo la intencion de reducir todos los censos al quitar á la razon de 3 por 100, sin estenderse á otro fin; y que atendiendo únicamente al que tenia, puso aquellas palabras, no aprobando los censos mistos y personales, sino para manifestar, que todos los censos al quitar de cualquiera calidad que fueren, debian estar sujetos á la reduccion que hacia, sin que sus dueños pudiesen pretender cosa en contrario, á título de que seria misto ó personal: cuya pretension podia

temerse, por ser muchos los autores que la admiten. Y aunque la opinion de estos no es tan fundada como la nuestra, el tener tantos defensores ha sido probablemente la causa de que los escribanos ordenen segun ellas las escrituras de cargamento que autorizan, siguiendo unos á á otros como á ovejas: lo que no debe dar cuidado, por lo que dijimos en el *n.* 11. O tal vez la ambicion y poder de los compradores ha sido la causa de ponerse estas espresiones mas gravosas á los pobres, que justas; y esto ha dado asa al estilo.

31 Si cuando no perece toda la cosa censida, sino solamente una parte suya, perece tambien prorata el censo, aun en el caso que la parte que queda pueda dar frutos bastantes para pagar toda la pension, es cuestion harto difícil, Molina *disp.* 391. *cláusula* 8. Vela *disert.* 33. *nn.* 37. *y* 38. Faria *in addit. ad Covar.* 3. *var. cap.* 7. *nn.* 35. *y* 36. citando á otros, defienden la opinion afirmativa, cuyos fundamentos son: I. Porque lo que se dice del todo en cuanto al todo, se dice de la parte en cuanto á la parte (1). II. Porque el censo está de tal modo estendido en la cosa, que todo está en toda ella, y parte en la parte. III. Porque así está espreso en la *cláusula* 8. del *Motu proprio de san Pio V.*, cuyas palabras puestas en latin fácil de entender, como allí están, son: *Postremo census in futurum creandos, re in totum, vel pro parte perempta aut infructuosa in totum, vel pro parte effecta volumus ad ratam perire.* A cuyo caso y á otros declaratorios de Derecho antiguo, no parece debe estenderse la suplicacion para no admitir este *Motu*, de que habla la *ley* 7. *tit.* 15. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.*, sino solamente á aquellos en que fuera del Derecho comun establece alguna cosa nueva, como prueba Vela *disert.* 33. desde el *n.* 18. y mas latamente en las *disert.* 35. *y* 36.

32 Pero sin embargo de estos fundamentos, tenemos por mas problable la sentencia contraria defendida por Leot. *de usur. d. quæst.* 57. Cencio *quæst.* 100. que cita á otros, y á una *decision de la Rota ante el cardenal Nellini, en* 30 *de octubre de* 1602. Las razones de esta opinion son las siguientes: I. Porque el censo está simplemente

(1) L. quæ de tota 76. de rei vind.

constituido sobre toda la cosa y sobre cada una de sus partes. II. Porque quedando el dominio de la cosa censida en el vendedor del censo cuando se constituye, sin pasar al del comprador que solo merca el derecho de exigir la pension, parece que la destruccion ha de pertenecer enteramente al vendedor, miéntras le queda parte de que pueda sostener la paga de la pension. III. Porque pudiéndose constituir de nuevo un censo del mismo valor en la parte que quedó salva, seria cosa irregular, que no permaneciese entero el ya constituido, siendo mas fácil la conservacion de una cosa, que su nueva constitucion.

33 IV. Porque el censo no se considera terminativamente con respecto á la cosa censida, sino á sus frutos, es decir, no tiene por término ó fin la misma cosa, sino sus frutos, de donde viene que se estingue aun permaneciendo la cosa, si se hace enteramente infructífera para siempre, como luego veremos: á lo cual es consiguiente, que si la parte que queda produce frutos bastantes para la paga de la pension, de ninguna manera puede decirse estinguida la cosa en cuanto al censo, ni aun en cuanto á la parte que pereció. Cuyas razones, al paso que afianzan esta opinion, destruyen los dos primeros fundamentos de la contraria. Ni da tampoco pena el tercero sacado de la referida *cláusula* 8. del *Motu de san Pio V.*, porque aquellas palabras, *volumus ad ratam perire* (queremos que perezca prorata) se deben entender del caso en que la parte que resta no puede producir los frutos suficientes para el pago de la pension, como las entendió la Rota en la *citada decision*, que es la primera de las mas antiguas que pone Cencio en su *Tratado de censib.* Si el censo no se tomase por el derecho de exigir las pensiones, como le tomamos aquí, sino por lo mismo que tributo, como se toma alguna vez, segun dijimos en el *n.* 2., sí que deberia disminuirse su pago á proporcion de la parte de la cosa que pereciese (1). Advertimos últimamente en remate de esta cuestion, que si un censo fuere constituido con facultad real sobre dos mayorazgos, y se le quitara al poseedor el uno, se le deberia bajar á proporcion el pago de la pension por las razones especiales que espresa Salgado in *Labyr. par.* 2. *cap.* 11. *n.* 13.

(1) L. 4. § 2. de censib.

34 Queda que advertir, en cuanto á las cosas en que han de consignarse los censos, que deben ser fructíferas é inmuebles ó raíces. Lo primero se evidencia en que comprándose en la constitucion del censo el derecho de exigir las pensiones ó réditos, si la cosa no los produjera, seria ridículo y usurario el contrato, Avend. *cap.* 53. Leotard. *quæst.* 56. Y es tambien cierto, que deben ser inmuebles, porque ademas de exigirlo así las *Estravagantes de Martino V. y Calisto III.* que están en el *Cuerpo del Derecho canónico* en el *tít. de empt. et vend.* entre las *Estravagantes comunes*, se prueba de lo que dijimos, que el censo se considera á manera de servidumbre, la cual nunca se impone sobre cosas muebles, y tiene tracto sucesivo perpetuo, ó á lo ménos que se considera de mucha duracion: por cuyas razones y otras lo prueba bien Cencio en la *cuest.* 29. y Avend. en los *capp.* 50. *y* 57., en donde cita á otros. Y advierten el mismo Cencio en *d. cuest.* 29. y Avend. en el *cap.* 52., que tambien deben entenderse por cosas inmuebles aquellos derechos incorporales, que natural é inseparablemente van adherentes á la tierra, como los de pacer, pescar, decimar ú otros semejantes. Y vemos tambien muchos impuestos sobre derechos que se consideran perpetuos, aunque no digan respecto á la tierra, como los propios de los pueblos, y los derechos comunes de los oficios de los artesanos.

35 Por cuanto en las constituciones de censos se suelen poner algunos pactos de los que puede dudarse si son válidos y deben observarse, nos ha parecido notar los mas frecuentes y considerables. Es el primero no poderse enajenar la cosa censida, con la pena de que caiga en comiso si se enajena. II. Reservarse el comprador el derecho de tanteo ó prelacion, si la cosa se enajenare. De los dos trata latamente Avend. en los *capp.* 85. *y* 86. Para examinar bien este asunto, se ha de distinguir entre los censos que no tienen precio establecido por la ley, y los que le tienen, cuales son los redimibles ó al quitar. Es cosa sabida que hay tres géneros de precio, supremo, medio é ínfimo; y en los primeros que solo tienen precio por la estimacion prudente de los hombres, se sostendrán los pactos, si el censo se constituyere al precio supremo ó al medio; porque sin embargo de que son gravosos al vendedor, como luego vere-

mos, no se le hace agravio, si queda el contrato dentro de los límites del precio ínfimo, que tambien participa la razon de justo. Pero si fuere constituido al ínfimo, que ya no admite baja en la esfera de lo justo, deberá decirse lo mismo que vamos á decir de los que lo tienen tasado por la ley.

36 En estos, que segun dijimos en el *n.* 20. son los redimibles ó al quitar, y los vitalicios, juzga Avendaño *dd. cap.* 85. *y* 86. que tambien son válidos, y deben observarse los espresados dos pactos, y lo mismo defiende del segundo Gutiérrez, *lib.* 2. *pract. quæst.* 167. A nuestro dictámen, la contraria sentencia es la verdadera, que sigue Leotard. *de usur. quæst.* 56. *nn.* 32. *y siguientes, y quæst.* 65. *n.* 5. y Olano *in concord. antimoniar. jur. litter. nn.* 99. 107. 108. La razon de esta sentencia es tan clara y sólida, que no tiene resistencia, si bien se considera. Consiste en que nuestros reyes, mirando por los pobres, tasaron tan severamente los precios en las leyes que hemos citado al *n.* 20, que no quisieron que en manera alguna fuesen menores ó mas gravosos á los vendedores, como claramente lo manifiestan ellas mismas. Y ninguno que examine con atencion el asunto, podrá negar que los referidos pactos, y cualesquiera otros que embarazan, de cualquier modo que sea, la libertad de enajenar, gravan á los vendedores del censo, poseedores de la cosa censida, y de consiguiente minoran el precio que recibieron: lo que estrechamente prohiben dichas leyes.

37 Ni satisface la solucion de los autores de la otra opinion diciendo, que dichos pactos, y con especialidad el segundo del derecho de tanteo ó prelacion, no disminuye el precio por no ser gravoso al vendedor, respecto á que dándole el comprador que usa del tanteo, el mismo precio, y con las mismas condiciones que le daba el otro comprador, en nada le perjudica. Porque esta respuesta es capciosa, á causa de que el perjuicio del vendedor tiene mas alta su raíz, á saber, que valiendo dicho pacto, no se encontraria con tanta facilidad quien quisiere comprar la cosa á su justo precio, por el rezelo de que acudiria á quitársela el comprador con su derecho de tanteo, como es claro, y lo juzgó la Rota *ante el cardenal Serafin, decis.* 1474. *n.* 1. *vers. Nec obstat*, citada por Leotard. en *d. n.* 32, y por

ello se veria precisado á venderla mas barata. Y ademas no pudiéndose negar que dicho pacto es útil al comprador, que por tal le solicita, es preciso confesar que es gravoso al vendedor, por ser correlativo lo uno de lo otro. A que se añade, que estando constituidas *dichas leyes* en beneficio de los vendedores, se deben ampliar á favor suyo. Matienzo en la *ley* 1. *tít.* 15. *lib.* 10. *de la Nov. Rec. glosa* 1. dice, que no debe tenerse consideracion de este pacto, porque mas debe atribuirse á la impericia de los escribanos, que á la voluntad de las partes: lo juzgamos tambien así; pero añadimos que no debe valer, aunque conste haberse puesto por voluntad de los contrayentes. Ni tampoco nos embaraza la *cláusula* 5. del *Motu de San Pio V.* que aprueba este pacto; porque ademas de que no habla de los censos que tienen precio tasado por la ley, no está recibido en España, como hemos manifestado al *n.* 19. Y en estos censos se causaria un enorme gravámen, que no está en el órden admitan los príncipes seculares, mayormente no exigiendo esta circunstancia la naturaleza del censo, que es un contrato secular; ni por ahí se causa perjuicio á las almas, como raciocina con su estraordinaria finura Molina en el *coment. de d. cláusula* 5. *tract.* 2. *de just. et jur. disp.* 390.

38 Decimos pues con relacion á lo que va espuesto, que todos los pactos que por ser gravosos al vendedor disminuyen el precio, se deben considerar no escritos, Faria *ad Covar.* 3. *var. cap.* 7. *n.* 14., pero no harán nulo el contrato. Solo de un pacto se podria decir lo contrario de esto último á vista de una ley, si no hubiese otra que lo impidiese. Tal seria, si en la constitucion del censo se convinieren espresamente los contrayentes en que el precio fuese menor que el tasado por las leyes. Si hubiéramos de atender únicamente á la *ley* 6. *tít.* 15. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.*, estaríamos precisados á decir, que era nulo el contrato por estas sus palabras: *Y las ventas y contratos de los dichos censos que en otra manera y á menor precio se hicieren y otorgaren, sean en sí ningunos y de ningun valor y efecto.* Pero á pesar de lo claro y decisivo de estas palabras, la *l.* 8. *y notas* 1.ª *y* 2.ª *tít.* 15. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* que hablan con mas estension de este asunto, nos precisan á decir, que no se viciaria todo el contrato, sino el aumento de la pension tan solamente, reformándose

de modo, que correspondiese á la tasa. Si por ejemplo pues te diere yo 100 para que cada año me pagaras 4, quedando válido el contrato, solo estarias obligado á pagarme 3. Porque *estas ll.* despues de referir las palabras de *d. l.* 8. añaden las siguientes: *Y que no se pueda en virtud de ellos pedir, ni cobrar en juicio, ni fuera de él, mas de á la dicha razon y respecto* (es la tasa). Por lo cual es visto, que *d. l.* 8. habló ménos de lo que quiso, y que se debe ampliar por las otras. Se puede ver á Avendaño, que prueba latamente esta sentencia en el *cap.* 36. y Larrea en la *alegac.* 25. *n.* 8. citando á otros.

39 Veamos ahora los modos de estinguirse los censos. I. Se pierden ó acaban por perecer la cosa censida, de cuyo modo, por haberse ofrecido la ocasion, hemos hablado en el *n.* 28. II. Si la misma cosa se hubiese hecho en un todo y para siempre infructífera, como por ejemplo, si avanzando el mar cubriese de mucha arena el campo, como lo prueba Leotard. *de usur. quæst.* 57. La razon es la misma con que hemos fundado en el *n.* 34. deber ser fructíferas las cosas en que se imponen los censos; y porque de la cosa que así se ha hecho infructífera ó estéril, se debe juzgar como de la que ha perecido del todo, en cuanto al efecto de percibir frutos de ella. Pero por cuanto no está en la potestad del censuario hacer que se empeore la cosa, y de este modo perjudicar al dueño del censo, le podrá este obligar á que la cuide como los diligentes padres de familias, Leotard. *d. quæst.* 17. *n.* 6. Y si por su dolo ó culpa pereciese, ó se hiciese infructífera, aunque se estinguiria el censo por falta de cosa en que poder subsistir, podria el dueño repetir el precio, y lo que interesare, como lo prueba Leotard. en *d. quæst.* 57. *nn.* 56 y 57. y Cencio *de censib. quæst.* 101., y es conforme á lo dispuesto en el Derecho sobre el dolo y culpa.

40 Porque puede dudarse algunas veces, si por la mudanza ó quebranto que ha padecido la cosa, debe considerarse que ha perecido, ó se ha vuelto infructífera del todo para siempre, y con este pretesto escusarse el deudor de la paga de las pensiones; somos de parecer, que si esto sucediere, tiene derecho el dueño del censo de precisarle á que pague las pensiones, ó haga dimision de la cosa á su favor; porque de esta suerte se cortan con facilidad los pleitos, sin

perjuicio de ninguno, y escluyen los fraudes que podian intentar los deudores. Y tambien, porque siendo el censo á manera de servidumbre, como dijimos en el *n.* 26, carga sobre toda la cosa y todas sus partes, y permanece *in habitu*, como solemos decir, en la cosa estéril y mudada, ó cualquiera de sus partes que se conserve, como queda en el solar el derecho de hipoteca, quemada la casa (1): y en tanto se considera estinguido, en cuanto el acreedor no tiene derecho para exigir las pensiones, ni para obligar al deudor á que reedifique la casa. Y esto se observará, aunque el deudor se hubiese obligado á sufrir cualquier perjuicio, y á reedificar la casa, si no es que se hubiere compensado esta obligacion aumentando el precio en la tercera ó cuarta parte, ú otra sobre la tasa, que deberia moderarse, segun el arbitrio del juez, para que fuese correspondiente al aumento de obligacion que habia tomado sobre sí el deudor, Molin. *disp.* 389. *y* 391. Avend. *cap.* 60. *n.* 11. Vela *disert.* 33. *desde el n.* 72., en donde trata latísimamente de la renuncia de los casos fortúitos, su fuerza y estension. Recordamos lo que hemos dicho de los pactos gravosos al deudor en los *nn.* 31. *y siguientes.*

41 Y ¿qué diremos, si la casa que se habia arruinado enteramente, se reedificase de nuevo? La comun sentencia niega, que reviva el censo que se estinguió, como sucede en el usufructo. Pero es mas verdadera la opinion contraria; porque quedando *in habitu*, como hemos probado, el censo en el solar, no tanto debe considerarse estinguido, como suspendido y vuelto infructuoso, del mismo modo, que si un campo que se creyó perpetuamente estéril é infructuoso, sin haber producido fruto alguno por muchos años, se hiciera de nuevo fructífero por alguna muy rara ocurrencia. Ni hace fuerza el ejemplo en contrario del usufructo; porque este derecho personal es muy delicado, y se pierde con mucha facilidad, de suerte, que el de un pinar se pierde con solo haber cortado los pinos, y haberse hecho tierra campa para sembrarla; lo que ninguno ha soñado decir en los censos. Mas por esta reviviscencia no tendrá derecho el acreedor de exigir las pensiones correspondientes á los años de la ruina; porque entónces no se adeudaron. De la práctica

(1) L. 29. § pen. de pignor.

contraria se queja con razon Socueva en su librito *de los censos*, §. 4. *al fin*, diciendo ser la causa de haber en Sevilla tantos solares, y estar la ciudad afeada con ruinas. Será pues muy del caso, para evitar pleitos, que el poseedor del solar afecto á censo, pacte con el dueño de este ántes de reedificar.

42 El III. modo de estinguir los censos es la dimision, esto es, si el poseedor de la cosa censida la dimite ó desampara á favor del acreedor, como lo prueba Avend. en el *cap.* 110. *nn.* 6. *y* 12. La razon es en sustancia la misma que la del caso en que perece la cosa, á saber, que siendo el censo cargo á la manera de servidumbre, carga sobre sola la cosa, y la persona solamente está obligada en cuanto la posee; y de consiguiente debe serle permitido dejar la cosa, y libertarse con ello del censo, de la misma manera que el dueño del predio sirviente puede dejarle, y quedar libre de la servidumbre. Por la misma razon dijo muy bien el jurisconsulto Marciano (1), que debia ser oido el legatario, á quien el testador legó un campo, con la carga de dar á otro cierta cantidad, si él quisiere no admitir el legado, ó prestar el campo para no pagar el fideicomiso.

43 El IV. modo de estinguirse los censos es la prescripcion de 30 años, cuando alguno poseyere la cosa como libre de tal carga por dicho término, con buena fe y sin interrupcion, como generalmente sin diferencia de poseedores lo defienden Góm. 2. *var. cap.* 11. *n.* 45. y Carleval *de jud. lib.* 1. *tit.* 3. *disp.* 4. *n.* 20. Pero otros doctores juzgan deberse distinguir, si el poseedor de la cosa es el mismo que impuso el censo, ó algun sucesor suyo universal; ó es otro que la adquirió por título singular. Estos en el primer caso siguen la sentencia citada de Gómez y Carleval, y dicen deber entenderse de este caso la *l.* 6. *nota* 1. *tit.* 15. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* (63. *de Toro*), que pone este término á las obligaciones con hipoteca ó mistas. Y en el segundo se dividen en diferentes opiniones. Gutiér, *lib.* 1. *pract. quæst.* 90. con otros muchos que cita al *n.* 9., juzga que el tercero que poseyere con buena fe y justo título la cosa como libre por 10 años entre presentes, y 20 entre ausentes, consigue la libertad de la cosa, segun las *leyes* 39. *tit.* 13.

(1) L. 114. §. 4. de legat. et fideic. 1.

P. 3. *y* 17. *tit.* 29. *P.* 3., que cree no estar corregidas por *d. l.* 6., lo que no nos place; porque ademas de ser generales las palabras de esta ley, donde dice: *La deuda se prescriba por* 30 *años*, sin que hagan mencion de diferencia de poseedores, no aparece razon alguna para decirse, que es correctoria de las *referidas* 39. *y* 27. *de la Partida* 3. en cuanto en ellas se requerian 40 años en el primer caso, como el mismo dice; y no lo es por la otra parte, en que se contentaban con 10 en el segundo.

44 Ni tampoco nos parece bien la opinion de Avend. en el *capit.* 103. *n.* 7. de que el tercer posseedor no puede prescribir sino por tiempo inmemorial, ó de 40 años con título, fundado en que en la constitucion del censo se añade siempre el pacto de no enajenar la cosa, el cual como impeditivo de la traslacion del dominio, resiste á la prescripcion. Cuya razon tiene muchas satisfacciones: I. Porque no se ha de dar tanta fuerza á este pacto, como prueba Gutiér. *d. quæst.* 90. *n.* 9. II. Porque no tratamos de prescribir la cosa, sino el censo impuesto en ella, el cual sin enajenarse la cosa puede prescribirse por el mismo que le impuso, ó á lo ménos por su heredero ó legatario, si tiene buena fe. III. Porque no siempre se pone dicho pacto. IV. Porque cuando se ponga, se debe considerar no puesto por ser gravoso al deudor; y no deber tener lugar en los censos los que son de esta clase, como latamente hemos probado en los *nn.* 36. *y siguientes.* Es verdad, que en algunos de los irredimibles podria tenerle; pero son bastantes las otras razones para escluir esta opinion. Concluimos pues siguiendo la sentencia de Góm. y Carleval, que es muy conforme á la citada *ley* 6., que no haciendo diferencia entre poseedores y poseedores, establece la prescripcion de 30 años en las obligaciones mistas, ó no meramente personales, cuya calidad ninguno ha negado jamas á la de censo. Queremos por último advertir aquí, que en este reino de Valencia está recibido y autorizado por innumerables sentencias de los tribunales, necesitarse cien años para prescribirse los censos, como enseña Bas *in Theat. jurisp. cap.* 12. *n.* 23. Pero no habiendo ahora razon alguna para decir, que esta jurisprudencia no está corregida por *d. l.* 6., desde que en este reino nos gobernamos por las leyes de Castilla, parece podrá decirse, que tambien

en él se deberán prescribir los censos por 30 años. Ni pesa mucho la razon que en *d. n.* 23. señala Bas.

45 Esta prescripcion que estingue el censo, empieza á correr desde el tiempo en que se cesó del todo en las pagas de las pensiones, esto es, desde que el acreedor no las cobró de persona alguna, como lo prueba bien Avend. en el *cap.* 105, de suerte que aunque no haya pagado el poseedor de la cosa, no habrá prescripcion, ni aun empezada, si paga el que contrajo con el acreedor, ó algun otro en su nombre, Cencio de *censib. quæst.* 117. *nn.* 16. *y* 17. Si estinguido el censo por la prescripcion, se entienden estinguidas todas las pensiones, así la del primer año en que se dejó de pagar, como de los siguientes, ó sean necesarias para estinguirlas todas, tantas prescripciones como ellas son, de modo que cada pension necesite de su prescripcion, contadera desde que ella debió pagarse; es cuestion de mucha dificultad, que trata con estension Avend. en el *cap.* 104. y juzga, que con la prescripcion del censo se estinguen todas las pensiones. Trae allí mismo la razon, y tambien Carleval *de judic. lib.* 1. *tit.* 3. *disp.* 4. *n.* 20. á saber, que el censo es lo principal, y las pensiones lo accesorio; y es bien sabido que destruido lo principal, se pierde tambien lo accesorio. Inclinamos algo á esta opinion, pero confesando ser tambien muy probable la contraria, que defienden muchos que cita Ayllon *ad Gómez* 2. *var. cap.* 11. *n.* 45. La tratamos en nuestro *apéndice.*

46 Y últimamente se estingue el censo por la redencion, que es el modo mas sencillo y natural de todos, cuando el deudor restituye al acreedor el precio ó capital que este le habia dado al tiempo de su constitucion. Es pues permitido al deudor restituir cuando quiera el capital que recibió, y librarse del censo con esta restitucion. Y no está obligado á restituirlo todo de una vez: lo podrá hacer en partes, aun resistiéndolo el acreedor, como lo prueban bien satisfaciendo los argumentos contrarios, Avend. *cap.* 107. Felician. *lib.* 1. *cap.* 8. *n.* 16. *y tom.* 2. *cap.* 8. *n.* 12. Gutiér. *lib.* 2. *pract. quæst.* 174. y Vela *disert.* 34. *desde el n.* 48, citando muchas sentencias de las Audiencias de Sevilla y Granada. La principal razon de estos autores, es que las *Estravagantes de Martino V. y Calixto III.* que citamos arriba al *n.* 34., recibidas por todos en este asunto,

y muy recomendables, como que fueron las primeras que dieron la forma á estos censos, ó los aprobaron, establecen que la redencion se puede hacer en parte. Y como la palabra *parte*, puesta simplemente sin añadidura alguna, segun se lee en *dd. Estravagantes*, significa la mitad (1); y la facultad de redimir por partes, es contraria á la doctrina comunmente recibida en asunto de pagas de que no pueden hacerse por partes, resistiéndolo el acreedor; nos parece bien la opinion de Vela en *d. disert.* 34. *n.* 5. de no serle permitido al deudor redimir una parte que sea menor que la mitad.

47 Pero tampoco nos desagrada la de Gutiérrez, que en *d. quæst.* 174. quiere que la parte que se desee redimir, debe ser mediana, como la tercera, ú otra al arbitrio del juez, atendida la cantidad del censo, y la de las personas; y que este en caso de duda debe ser mas propenso á admitir la redencion que á negarla, especialmente si el censo fuese ya viejo, porque estos censos son odiosos: si no es que fuese tan pequeña la parte, que su limitada redencion causara grave perjuicio al acreedor. Notan aquí los mismos autores, que no valdria el pacto que prohibiese la redencion por partes, si no es que fuese compensado, por haberse dado en la constitucion del censo mayor precio que el tasado por la ley; dando la razon de que este pacto, por ser gravoso al deudor disminuye el precio, lo que prohiben severamente nuestras leyes, como hemos visto al *n.* 36., removiendo por ella todos los pactos gravosos en el *n.* 38. No debemos omitir aquí que la naturaleza del censo no permite que se conceda al acreedor facultad de poder obligar al deudor á que le redima; porque si esto sucediera, no seria censo, sino mutuo, y las pensiones usurarias, como advierte bien Feliciano *d. lib.* 1. *cap.* 8. *n.* 18. y en otras partes.

48 Queremos hacer memoria aquí de un contrato muy semejante al del censo, y harto frecuente en el reino de Valencia, que se llama debitorio, y es *Compra en que el comprador, recibiendo la cosa que se le vende, se retiene el precio, obligándose á pagarlo á cierto tiempo, y entre tanto la pension que se establece, reservándose el*

(1) L. 43. de usufr. l. 164. § 1. de verb. sign.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

vendedor el derecho de exigirla, en compensacion de los frutos de la cosa que entrega al comprador. Covar. 3. *var. cap.* 4. refiere varios pactos semejantes á este, que en las compras suelen poner los contrayentes, y aprueba su justicia: porque la pension que exige el vendedor, es en compensacion de la cosa que entregó, y por no carecer del precio y de los frutos, aprovechándose de uno y otro el comprador (1). Los autores de este reino que han examinado con cuidado este contrato, Leon *decis.* 48. y Bas *in Theat. jurispr. cap.* 12. *n.* 18. *y siguientes* dicen unánimes que no es censo; porque recibiendo el acreedor que vendió la cosa, las pensiones con solo el respecto á sus frutos, y por no carecer de ellos, y al mismo tiempo de las utilidades del precio que no recibió; es consiguiente ser tan personal la obligacion de pagarlas el comprador, que ni se radica en cosa alguna, ni dice respecto á industria ú obras de la persona, en cuyos términos todos confiesan, no haber censo alguno, á escepcion del vitalicio. Y tal vez por este motivo no ha tenido lugar hasta ahora en los debitorios el aumento de precio, ó baja de pension á razon de 3 por 100, de que hemos hablado en el *n.* 20, segun *la real resolucion del año* 1762, en la cual el rey, á súplica de las villas de Castellon de la Plana, Villareal y otras, y á consulta del supremo real Consejo manda, que los debitorios permanezcan en el mismo estado que tenian ántes del año 1750, en que se hizo la baja de la pension en este reino, y demas de la corona de Aragon; reservando á los deudores el derecho de pedir ante el mismo Consejo la baja de la pension en juicio de propiedad; de suerte que dicha real resolucion solo dice respecto á la posesion.

49 Aunque mirada la cosa con delicadeza, los debitorios no son censos, hemos de confesar que hacen sus veces, por lo ménos en la intencion de los que venden sus cosas á su tenor; porque solo piensan en sacar renta á razon de 5 por 100, segun la daban los censos, ántes de la baja del citado año 1750. Y esto mismo sucede en las ventas que se hacen con el pacto dicho *de retrovendendo ó á carta de gracia*, como solemos llamarlas, y hemos esplicado en el *tít.* 11. *n.* 26. Es lo regular en ellas buscar el vendedor una persona estraña que haga el papel de arrendatario, y el mismo

(1) L. 3. C. de act. empt. et vend.

vendedor se constituye su fiador, y en su consecuencia se queda cultivando el campo, y percibiendo sus frutos, como si no le hubiese enajenado, á la sombra del simulado arrendamiento; y cuidando solamente el comprador de sacar el cinco por 100 del dinero que dió en precio: lo que da mucho motivo á inumerables pleitos y perjuicios; porque ignorándose casi todas estas ventas, á causa de querer tenerlas en oculto los que las hacen, sucede con alguna frecuencia, que estos mismos vendedores vendan á otro las cosas como si todavía fuesen suyas. Lloramos que esto suceda tambien en varias ventas que se hacen á comunidades eclesiásticas; y aun mas que en algunas se observa obligar al vendedor á que haya de pagar el real derecho de equivalente que adeudan las cosas así vendidas. Hay falta del remedio que hemos espresado en *d. n.* 26.

50 Para obviar estos inconvenientes y fraudes que tambien se observan en las constituciones de censos, se han establecido varias leyes, en el año 1539, la *l.* 1. *tít.* 16. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.*, en el de 1713 *la ley* 2. *tít.* 16. *lib.* 10. *Nov. Rec.*, y últimamente en el de 1768 la *l.* 3. *d. tít.* 16. que confirma las dos anteriores, y da un remedio mas completo, que contiene lo siguiente: I. Que en todas las cabezas de partido se establezca un *oficio de hipotecas*, para cuyo gobierno sea obligacion del escribano de ayuntamiento tener un libro en que tenga registro separado de cada uno de los pueblos del distrito, y en ellos tomar razon de todas las escrituras, con la espresion de su fecha, nombres y vecindad de los otorgantes, y de la calidad del contrato, obligacion ó fundacion, diciendo si es de imposicion, venta, fianza, vínculo ú otro gravámen de esta clase, y los bienes raíces gravados ó hipotecados que contiene el instrumento, con espresion de sus nombres, cabidas, situacion y linderos en la misma forma que se esprese en el instrumento: con la prevencion, que por bienes raíces, ademas de casas, heredades y otros de esta calidad, inherentes al suelo, se entienden tambien los censos, oficios y otros derechos perpetuos que pueden admitir gravámen ó constituir hipoteca. II. Que todos los escribanos que autorizaren escrituras de las que habla *esta ley*, estén obligados á hacer en ellas la advertencia de que se ha de tomar la razon dentro del preciso término de seis dias, si el otor-

gamiento fuese en la misma cabeza de partido, y dentro de un mes, si fuere en otro pueblo del partido. III. Que no cumpliéndose con el registro y toma de razon, no hagan fe las escrituras en juicio ni fuera de él, para el efecto de perseguir las hipotecas, ni para que se entiendan gravadas las fincas contenidas en la escritura, cuyo registro se haya omitido; y que los jueces ó ministros que contravengan, incurran en las penas de privacion de oficio y de daños con el cuatrotanto que previene *la citada ley* 2. Y que bajo la misma pena tengan obligacion los escribanos de prevenir esta formalidad en todas las escrituras que recibieren. IV. Que por lo tocante á los instrumentos anteriores á *esta ley*, cumplirán las partes con registrarlos ántes de presentarlos en juicio: bien entendido, que sin preceder esta circunstancia, no podrá juzgarse por tales instrumentos, ni harán fe para dicho efecto de perseguir las hipotecas, ó verificacion del gravámen de las fincas, bajo las mismas penas; aunque hagan fe para otros efectos diversos. V. Que si alguno llevare á registrar instrumentos de redencion de censos, ó liberacion de la hipoteca ó fianza, y se hallare la obligacion ó imposicion en los registros, se busque y ponga nota al márgen, á continuacion de estar redimida; y si no se halla, ó hallándose, quiere la parte, se tome razon de la redencion del mismo modo que de la imposicion. Por no ser mas largos, omitimos otras circunstancias menores, que puede ver en *d. ley* el que quisiere saberlas todas. [Por *real decreto de* 31 *de diciembre de* 1829 se mandó que desde 1.° de enero próximo se exigiese con título de derechos de hipotecas, por las ventas, cambios, donaciones y contratos de todas clases que contengan traslacion de dominio directo ó indirecto de bienes inmuebles, un impuesto de medio por ciento del capital sobre que versen los dichos contratos, pagadero en el acto de tomarse razon en los oficios de hipotecas; y en la instruccion para el cobro de este impuesto, circulada *en* 29 *de julio de* 1830, se mandó que las escrituras de contratos comprendidos en el anterior decreto se hubiesen de registrar en el término de tres dias, si se otorgaban en el pueblo cabeza de partido, y en el de veinte, si fuera de él. Pero *en* 26 *de junio de* 1832 se amplió este término al de diez dias en los pueblos donde hubiese dichos oficios de hipotecas, y á treinta donde no los haya.

El tenor del artículo 2.° de la *Pragmática sancion de* 31 *enero de* 1768 (*lei* 3.ª, *tít.* 16., *lib.* 10. *Nov. Rec.*) ha dado márgen á dudar, si la pena impuesta en ella y en las leyes á que se refiere, en el caso de no haberse tomado razon de las escrituras de imposicion en el oficio de hipotecas dentro del término que en diferentes épocas se ha fijado al intento, especialmente en 12 de julio de 1825, con calidad de perentorio, se limita únicamente á los documentos otorgados con posterioridad á la publicacion de dicha pragmática, ó si deberá estenderse tambien á las escrituras hechas con anterioridad á ella. Deseando S. M. hacer cesar toda incertidumbre, se sirvió mandar por *real órden de* 31 *de octubre de* 1835 lo siguiente: 1.° Que los poseedores de escrituras de imposicion anteriores á la promulgacion de la *Pragmática sancion de* 31 *de enero de* 1768, sobre los bienes de que tratan la misma y otras leyes del *tít.* 16. *lib.* 10. *Nov. Rec.*, las presenten en los respectivos oficios de hipotecas, para que se tome en ellos la razon correspondiente, en el preciso, perentorio é improrogable término de tres meses á contar de esta fecha; pasado el cual sin haberlo verificado, no tendrán ningun efecto en juicio, conforme á lo dispuesto en las leyes del citado *título de la Nov. Rec.* 2.° Que en adelante no se admitan ni dé curso en la Secretaría de Estado y del despacho de Gracia y Justicia, ni en la de la seccion de Gracia y Justicia del Consejo Real de España é Indias, ni en ninguno de los tribunales ni juzgados del reino, á las solicitudes dirigidas á obtener autorizacion para que pasado el término se tome razon de las escrituras de la naturaleza indicada, cualquiera que sea su objeto, ya sea su otorgamiento anterior, bien sea posterior á la mencionada *Pragmática*.

En virtud de nuevas reclamaciones para que se ampliase este término, se dictó la *real órden de* 22 *de enero de* 1836, por la que S. M., decidida á poner término á este negocio, y á hacer que tuviesen pleno cumplimiento las leyes, pero queriendo al mismo tiempo que no quedase el menor pretesto á ningun género de queja, se sirvió prorogar por lo restante de aquel año, el término de tres meses, que se habia concedido en la citada *circular de* 31 *de octubre anterior*, siendo este nuevo plazo perentorio é improrogable. Pero atendiendo á los graves inconvenientes

y dificultades que ofrecia el estado de la guerra civil, se mandó en 24 de octubre del mismo año 1836 que aun despues de pasado el término ántes citado pudieran registrarse dichos instrumentos, reservándose S. M. señalar mas adelante el dia conveniente en que hubiese de concluir esta facultad, que no era el ánimo de S. M. prorogar indefinidamente, sino miéntras subsistiesen los obstáculos que se presentaban entónces. Y por *real órden de 24 de agosto de* 1842 se ha señalado el dia 31 de diciembre próximo inclusive como último, fatal é improrogable, hasta el cual se puedan registrar en los respectivos oficios ó contadurías de hipotecas las escrituras anteriores á la citada *Pragmática de* 1768 (*ley* 3. *tít.* 16. *lib.* 10. *Nov. Rec.*), en el concepto de que segun la misma y demas leyes recopiladas de dicho título y libro no pueden hacer fe ni ser válidos en juicio para los efectos en ellas espresados los instrumentos que carezcan de tan esencial requisito.]

51 El fin de las leyes que acabamos de notar es, segun en las mismas se esplica, para que puedan llegar á noticia de todos las cargas de las cosas, y evitarse de este modo la ocasion de engañar á los compradores, causándoles embarazos y perjuicios. Y por el mismo motivo se establece en la *ley* 2. *de d. tít.* 19., que si el dueño de la cosa sujeta á censo ó tributo impusiese sobre ella otro censo ó tributo, tenga obligacion de manifestar y declarar los censos á tributos que hasta entónces tuviere cargados sobre dichas cosas, so pena que si así no lo hiciere, pague con el dostanto la cuantía que recibiere por el censo que así vendiere y cargare de nuevo, á la persona á quien vendiere dicho censo.

52 Si el dueño de la cosa censida ú obligada á algun cargo, la vendiese como libre, tendrá el derecho el comprador de precisarle á que la liberte de la carga; y si no hubiese dado precio, podrá retenerle, pero no pedir que se deshaga la venta, porque toda vez que quede con la cosa libre, nada tiene de que poder quejarse, Molin. *d. tract.* 2. *disp.* 394. *vers. E contrario*, *y* Gutiér. *lib.* 2. *pract. quæst.* 169., en donde dice haberlo visto sentenciar así en la chancillería de Valladolid. Si el cargo fuese censo irredimible, del que el vendedor no tiene facultad para liberar la cosa censida, se ha de tomar otro camino. *La ley* 63. *tít.* 5. *P.* 5. concede derecho al comprador para que pueda deshacerse la venta, y recobrar el precio que dió con los daños y menoscabos que haya tenido por esta razon, Gutiérrez *d. quæst.* 169. *y* Gómez 2. *var. cap.* 2. *n.* 45., en donde dice con razon, que atendida *esta ley*, es eleccion del comprador pedir la rescision de la venta, ó retener la cosa, y solicitar la satisfaccion de su interes por la accion *quanti minoris*, por aquellas palabras de la ley: *Puede el comprador desfacer la vendida.* En el dia ya puede redimirse por la *cédula del año* 1801, que hemos notado al *núm.* 23.

[APÉNDICE AL TÍTULO XIV.

DE LOS SEÑORÍOS.

Muévenos á insertar en este lugar las leyes relativas á los señoríos, la gran semejanza que estos tienen con los censos enfitéuticos, á cuya clase pertenecen gran número de ellos. Ya en 1811 se creyó necesario abolir los derechos jurisdiccionales de los señores, incompatibles con la unidad monárquica de la nacion, y manantial inagotable de injusticias y calamidades para los pueblos; cuya disposicion fué respetada, á pesar del ceño reaccionario con que en 1814 se miraron las demas de la misma época. En 1823 pareció poco lo hecho en 1811, y se mandó que para que se considerasen subsistentes y en la clase de propiedad particular los señoríos territoriales y solariegos, hubiesen de presentar títulos legítimos los poseedores de ellos; cuya ley, que apénas llegó á ponerse en práctica por haberse promulgado al ir á espirar el régimen constitucional, fué restablecida *en* 2 *de febrero de* 1837 por la siguiente: ART. 1.° Se restablece en toda su fuerza y vigor la ley de señoríos, sancionada en 3 de mayo de 1823. ART. 2.° Asimismo se restablece el decreto de las Cortes generales y estraordinarias, su fecha 6 de agosto de 1811, á que se refiere dicha ley.

La ley de 3 *de mayo de* 1823 es la siguiente: ART. 1.° Para evitar dudas en la inteligencia del *decreto de las Cortes generales y estraordinarias de* 6 *de agosto de* 1811, se

y dificultades que ofrecia el estado de la guerra civil, se mandó en 24 de octubre del mismo año 1836 que aun despues de pasado el término ántes citado pudieran registrarse dichos instrumentos, reservándose S. M. señalar mas adelante el dia conveniente en que hubiese de concluir esta facultad, que no era el ánimo de S. M. prorogar indefinidamente, sino miéntras subsistiesen los obstáculos que se presentaban entónces. Y por *real órden de 24 de agosto de* 1842 se ha señalado el dia 31 de diciembre próximo inclusive como último, fatal é improrogable, hasta el cual se puedan registrar en los respectivos oficios ó contadurías de hipotecas las escrituras anteriores á la citada *Pragmática de* 1768 (*ley* 3. *tít.* 16. *lib.* 10. *Nov. Rec.*), en el concepto de que segun la misma y demas leyes recopiladas de dicho título y libro no pueden hacer fe ni ser válidos en juicio para los efectos en ellas espresados los instrumentos que carezcan de tan esencial requisito.]

51 El fin de las leyes que acabamos de notar es, segun en las mismas se esplica, para que puedan llegar á noticia de todos las cargas de las cosas, y evitarse de este modo la ocasion de engañar á los compradores, causándoles embarazos y perjuicios. Y por el mismo motivo se establece en la *ley* 2. *de d. tít.* 19., que si el dueño de la cosa sujeta á censo ó tributo impusiese sobre ella otro censo ó tributo, tenga obligacion de manifestar y declarar los censos á tributos que hasta entónces tuviere cargados sobre dichas cosas, so pena que si así no lo hiciere, pague con el dostanto la cuantía que recibiere por el censo que así vendiere y cargare de nuevo, á la persona á quien vendiere dicho censo.

52 Si el dueño de la cosa censida ú obligada á algun cargo, la vendiese como libre, tendrá el derecho el comprador de precisarle á que la liberte de la carga; y si no hubiese dado precio, podrá retenerle, pero no pedir que se deshaga la venta, porque toda vez que quede con la cosa libre, nada tiene de que poder quejarse, Molin. *d. tract.* 2. *disp.* 394. *vers. E contrario*, *y* Gutiér. *lib.* 2. *pract. quæst.* 169., en donde dice haberlo visto sentenciar así en la chancillería de Valladolid. Si el cargo fuese censo irredimible, del que el vendedor no tiene facultad para liberar la cosa censida, se ha de tomar otro camino. *La ley* 63. *tít.* 5. *P.* 5. concede derecho al comprador para que pueda deshacerse la venta, y recobrar el precio que dió con los daños y menoscabos que haya tenido por esta razon, Gutiérrez *d. quæst.* 169. *y* Gómez 2. *var. cap.* 2. *n.* 45., en donde dice con razon, que atendida *esta ley*, es eleccion del comprador pedir la rescision de la venta, ó retener la cosa, y solicitar la satisfaccion de su interes por la accion *quanti minoris*, por aquellas palabras de la ley: *Puede el comprador desfacer la vendida.* En el dia ya puede redimirse por la *cédula del año* 1801, que hemos notado al *núm.* 23.

[APÉNDICE AL TÍTULO XIV.

DE LOS SEÑORÍOS.

Muévenos á insertar en este lugar las leyes relativas á los señoríos, la gran semejanza que estos tienen con los censos enfitéuticos, á cuya clase pertenecen gran número de ellos. Ya en 1811 se creyó necesario abolir los derechos jurisdiccionales de los señores, incompatibles con la unidad monárquica de la nacion, y manantial inagotable de injusticias y calamidades para los pueblos; cuya disposicion fué respetada, á pesar del ceño reaccionario con que en 1814 se miraron las demas de la misma época. En 1823 pareció poco lo hecho en 1811, y se mandó que para que se considerasen subsistentes y en la clase de propiedad particular los señoríos territoriales y solariegos, hubiesen de presentar títulos legítimos los poseedores de ellos; cuya ley, que apénas llegó á ponerse en práctica por haberse promulgado al ir á espirar el régimen constitucional, fué restablecida *en* 2 *de febrero de* 1837 por la siguiente: ART. 1.° Se restablece en toda su fuerza y vigor la ley de señoríos, sancionada en 3 de mayo de 1823. ART. 2.° Asimismo se restablece el decreto de las Cortes generales y estraordinarias, su fecha 6 de agosto de 1811, á que se refiere dicha ley.

La ley de 3 *de mayo de* 1823 es la siguiente: ART. 1.° Para evitar dudas en la inteligencia del *decreto de las Cortes generales y estraordinarias de* 6 *de agosto de* 1811, se

declara, que por él quedaron abolidas todas las prestaciones reales y personales, y las regalías y derechos anejos, inherentes y que deban su orígen á título jurisdiccional ó feudal, no teniendo por lo mismo los ántes llamados señores accion alguna para exigirlas, ni los pueblos obligacion á pagarlas. ART. 2.° Declárase tambien que para que los señoríos territoriales y solariegos se consideren en la clase de propiedad particular, con arreglo al artículo 5.° de *dicho decreto*, es obligacion de los poseedores acreditar previamente con los títulos de adquisicion, que los espresados señoríos no son de aquellos que por su naturaleza deben incorporarse á la nacion, y que se han cumplido en ellos las condiciones con que fueron concedidos, segun lo dispuesto en el mencionado artículo, sin cuyo requisito no han podido ni pueden considerarse pertenecientes á propiedad particular. ART. 3.° En su consecuencia solo en el caso de que por la presentacion de títulos resulte que los señoríos territoriales y solariegos no son de los incorporables, y que se han cumplido las condiciones de su concesion, es cuando deben considerarse y guardarse como contratos de particular á patricular, segun el *artículo 6.° del propio decreto*, los pactos y convenios que se hayan hecho entre los ántes llamados *señores* y *vasallos*, aprovechamientos, arriendos de terrenos, censos, ú otros de esta especie; pero sin embargo quedarán siempre nulas y de ningun valor ni efecto todas las estipulaciones y condiciones que en dichos contratos contengan obligaciones ó gravámenes, relativos á las prestaciones, regalías y derechos anejos é inherentes á la cualidad jurisdiccional ó feudal que quedó abolida. ART. 4.° Por lo declarado y dispuesto en los artículos precedentes, los poseedores que pretendan que sus señoríos territoriales y solariegos son de los que se deben considerar como propiedad particular, presentarán ante los jueces respectivos de primera instancia los títulos de adquisicion, para que se decida segun ellos si son ó no de la clase espresada, con las apelaciones á las Audiencias territoriales, conforme á la *Constitucion* y á las leyes. En este juicio que debe ser breve y meramente instructivo, con audiencia de los mismos señores, de los promotores y ministros fiscales y de los pueblos, no se admitirá prueba á las partes en ninguna de las instancias, sino sobre los dos puntos precisos de ser ó no

los señoríos incorporables por su naturaleza, ó de haberse ó no cumplido las condiciones de su concesion, en el caso de que estas circunstancias no resulten completamente de los mismos títulos; y sobre si efectivamente son ó no territoriales y solariegos los espresados señoríos, en caso que los pueblos nieguen esta calidad. ART. 5.° Miéntras que por sentencia que cause ejecutoria no se declare que los señoríos territoriales y solariegos no son de los incorporables á la nacion, y que se han cumplido en ellos las condiciones con que fueron concedidos, los pueblos que ántes pertenecieron á estos señoríos, no están obligados á pagar cosa alguna en su razon á los antiguos señores; pero si estos quisiesen presentar sus títulos, deberán los pueblos dar fianzas seguras de que pagarán puntualmente todo lo que hayan dejado de satisfacer, y corresponda segun el artículo 3.° de este decreto, si se determinase contra ellos el juicio; y de ningun modo perturbarán á los señores en la posesion y disfrute de los terrenos y fincas que hasta ahora les hayan pertenecido, como propiedades particulares, sino en los casos y por los medios que ordenan las leyes; entendiéndose todo sin perjuicio de los derechos que competan á la nacion acerca de la incorporacion ó reversion de dichos señoríos territoriales. Sin embargo se declara que si á algunos de los espresados señoríos perteneciere algun foro ó enfitéusis que se haya subforado ó vuelto á establecer por el primer poseedor del dominio útil, solo este será el obligado á dar la fianza prescrita en este artículo, para satisfacer á su tiempo lo que corresponda al señor del dominio directo segun lo que resulte del juicio; pero tendrá derecho á exigir las pensiones contratadas del subforatario ó del segundo poseedor del dominio útil, y estos de los demas á quienes haya vuelto á traspasar el propio dominio. ART. 6.° Cuando en vista de los títulos de adquisicion se declare que deben considerarse como propiedad particular de los antiguos señores los señoríos territoriales y solariegos, los contratos espresados en dicho art. 3.° se ajustarán enteramente en lo sucesivo á las reglas del Derecho comun, como celebrados entre particulares sin fuero especial ni privilegio alguno. ART. 7.° Por consiguiente en los enfitéusis de señorío que hayan de subsistir en virtud de la declaracion judicial espresada, se declara por punto general, miéntras

se arreglan de una manera uniforme estos contratos en el Código civil, que la cuota que con el nombre de laudemio, luismo ú otro equivalente, se deba pagar al señor del dominio directo siempre que se enajene la finca infeudada, no ha de esceder de la cincuentena ó sea del dos por ciento del valor líquido de la misma finca, con arreglo á las leyes del reino; ni los poseedores del dominio útil tendrán obligacion á satisfacer mayor laudemio en adelante, cualesquiera que sean los usos ó establecimientos en contrario. Tampoco la tendrán de pagar cosa alguna en lo sucesivo por razon de fadiga ó derecho de tanteo, y este derecho será recíproco en adelante para los poseedores de uno y otro dominio, los cuales deberán avisarse dentro del término prescrito por la ley, siempre que cualquiera de ellos enajene el dominio que tiene; pero ni uno ni otro podrán nunca ceder dicho derecho á otra persona. ART. 8.° Lo que queda prevenido, no se entiende con respecto á los cánones ó pensiones anuales que segun los contratos existentes se pagan por los foros y subforos de dominio particular, ni á las que se satisfacen con arreglo á los mismos contratos por reconocimiento del dominio directo, ó por laudemio en los enfitéusis puramente alodiales (1); pero cesarán para siempre donde subsistan las prestaciones conocidas con los nombres de *Terratje*, *quistia*, *fogatje*, *jova*, *llosol*, *tragi*, *acapte*, *lleuda*, *peatje*, *ral de batlle*, *dinerillo*, *cena de ausencia y de presencia*, *castillería*, *tiraje*, *barcaje* y cualquiera otra de igual naturaleza, sin perjuicio de que si algun perceptor de estas prestaciones pretendiere y probare que tienen su orígen de contrato, y que le pertenecen por dominio puramente alodial, se le mantenga en su actual posesion, no entendiéndose por contrato primitivo las concordias con que dichas prestaciones se hayan subrogado en lugar de otras feudales anteriores de la misma ó de distinta naturaleza. ART. 9.° Así los laudemios como las pensiones y cualesquiera otras prestaciones anuales de dinero ó frutos que deban subsistir en los enfitéusis referidos, sean de señorío ó alodiales, se podrán redimir como cualesquiera censos perpetuos bajo las reglas prescritas en los artículos 4.°, 5.°, 6.°, 7.°, 8.° y 12.° de la *real cédula de*

(1) Llámanse *bienes alodiales* los libres y esentos de toda carga ó derecho señorial.

17 de enero de 1805 (*ley* 24. *tít.* 15. *lib.* 10. *Nov. Rec.*); pero con la circunstancia de que la redencion se podrá ejecutar por terceras partes á voluntad del enfiteuta, y que se ha de hacer en dinero ó como concierten entre sí los interesados, entregándose al dueño el capital redimido ó dejándolo á su libre disposicion.

El decreto de las Cortes de 6 *de agosto de* 1811, á que se refiere la ley anterior, es el siguiente: ART. 1.° Desde ahora quedan incorporados á la nacion todos los señoríos jurisdiccionales, de cualquiera clase y condicion que sean. ART. 2.° Se procederá al nombramiento de todas las justicias y demas funcionarios públicos por el mismo órden y segun se verifica en los pueblos de realengo. ART. 3.° Los corregidores, alcaldes mayores y demas empleados comprendidos en el artículo anterior, cesarán desde la publicacion de este decreto, á escepcion de los ayuntamientos y alcaldes ordinarios, que permanecerán hasta fin del presente año. ART. 4.° Quedan abolidos los dictados de vasallo y vasallaje, y las prestaciones así reales como personales, que deban su orígen á título jurisdiccional, á escepcion de las que procedan de contrato libre en uso del sagrado derecho de propiedad. ART. 5.° Los señoríos territoriales y solariegos quedan desde ahora en la clase de los demas derechos de propiedad particular, si no son de aquellos que por su naturaleza deban incorporarse á la nacion, ó de los en que no se hayan cumplido las condiciones con que se concedieron; lo que resultará de los títulos de adquisicion. ART. 6.° Por lo mismo los contratos, pactos ó convenios que se hayan hecho en razon de aprovechamientos, arriendos de terrenos, censos ú otros de esta especie, celebrados entre los llamados señores y vasallos, se deberán considerar desde ahora como contratos de particular á particular. ART. 7.° Quedan abolidos los privilegios llamados esclusivos, privativos y prohibitivos que tengan el mismo orígen de señorío; como son los de caza, pesca, hornos, molinos, aprovechamiento de aguas, montes y demas, quedando al libre uso de los pueblos, con arreglo al Derecho comun y á las reglas municipales establecidas en cada pueblo; sin que por esto los dueños se entiendan privados del uso que como particulares pueden hacer de los hornos, molinos y demas fincas de esta especie, ni de los aprovechamientos

comunes de aguas, pastos y demas, á que en el mismo concepto puedan tener derecho en razon de vecindad. ART. 8.° Los que obtengan las prerogativas indicadas en los antecedentes artículos por título oneroso, serán reintegrados del capital que resulte de los títulos de adquisicion; y los que los posean por recompensa de grandes servicios reconocidos, serán indemnizados de otro modo. ART. 9.° Los que se crean con derecho al reintegro de que habla el artículo antecedente, presentarán sus títulos de adquisicion en las chancillerías y Audiencias del territorio, donde en lo sucesivo deberán promoverse, sustanciarse y finalizarse estos negocios en las dos instancias de vista y revista con la preferencia que exige su importancia, salvos aquellos casos en que puedan tener lugar los recursos estraordinarios de que tratan las leyes; arreglándose en todo á lo declarado en *este decreto*, y á las leyes que por su tenor no queden derogadas. ART. 10. Para la indemnizacion que deba darse á los poseedores de dichos privilegios esclusivos por recompensa de grandes servicios reconocidos, precederá la justificacion de esta calidad en el tribunal territorial correspondiente; y este la consultará al Gobierno con remision del espediente original, quien designará lo que deba hacerse, consultándolo con las Cortes. ART. 11. La nacion abonará el capital que resulte de los títulos de adquisicion, ó lo reconocerá, otorgando la correspondiente escritura; abonando en ambos casos un tres por ciento de intereses desde la publicacion de *este decreto* hasta la redencion de dicho capital. ART. 12. En cualquier tiempo que los poseedores presenten sus títulos, serán oidos, y la nacion estará á las resultas para las obligaciones de que habla el artículo anterior. ART. 13. No se admitirá demanda ni contestacion alguna que impida el puntual cumplimiento y pronta ejecucion de todo lo mandado en los artículos anteriores, sobreseyéndose en los pleitos que haya pendientes: llevándose inmediatamente á efecto lo mandado, segun el literal tenor de *este decreto*, que es la regla que en lo sucesivo debe gobernar para la decision; y si se ofreciese alguna duda sobre su inteligencia y verdadero sentido, se abstendrán los tribunales de resolver é interpretar, y consultarán á S. M. por medio del Consejo de Regencia con remision del espediente original. ART. 14. En adelante nadie podrá llamarse

señor de vasallos, ejercer jurisdiccion, nombrar jueces, ni usar de los privilegios y derechos comprendidos en *este decreto;* y el que lo hiciere, perderá el derecho al reintegro en los casos que quedan indicados.

Como complemento de las anteriores leyes se dictó *la de 26 de agosto de* 1837 que dispone lo siguiente: ART. 1.° Lo dispuesto en el *decreto de las Cortes generales y estraordinarias de 6 de agosto de* 1811, y en la *ley aclaratoria del mismo de 3 de mayo de* 1823, acerca de la presentacion de los títulos de adquisicion para que los señoríos territoriales y solariegos se consideren en la clase de propiedad particular, solo se entiende y aplicará con respecto á los pueblos y territorios en que los poseedores actuales ó sus causantes hayan tenido el señorío jurisdiccional. ART. 2.° En consecuencia de lo dispuesto en el artículo anterior, se consideran como de propiedad particular los censos, pensiones, rentas, terrenos, haciendas y heredades sitas en pueblos que no fueron de señorío jurisdiccional; y sus poseedores no están obligados á presentar los títulos de adquisicion, ni serán inquietados ni perturbados en su posesion, salvos los casos de reversion é incorporacion, y las acciones que competan por las leyes, tanto á los pueblos como á otros terceros interesados, acerca de la posesion ó propiedad de los mismos derechos, terrenos, haciendas y heredades. ART. 3.° Tampoco están obligados los poseedores á presentar los títulos de adquisicion, para no ser perturbados en la posesion de los predios rústicos y urbanos y de los censos consignativos y reservativos, que estando sitos en pueblos y territorios que fueron de su señorío jurisdiccional, les han pertenecido hasta ahora como propiedad particular. Si ocurriere duda ó contradiccion sobre esto, deberán los poseedores justificar por otra prueba legal, y en un juicio breve y sumario, la cualidad de propiedad particular independiente del título de señorío, y será prueba bastante en cuanto á los censos consignativos la escritura de imposicion; pero en cuanto á los reservativos, ademas de la escritura de dacion á censo, acreditarán que al tiempo de otorgarla pertenecia la finca gravada al que la dió á censo por título particular diverso del de señorío. La resolucion que recaiga en estos juicios, decidirá solo sobre la posesion, quedando salvo el de propiedad. ART. 4.° Por último, no

estarán obligados á presentar los títulos de adquisicion aquellos señores que hayan sufrido ya el juicio de incorporacion ó el de reversion y obtenido sentencia favorable ejecutoriada; pero si fueren requeridos, exhibirán la ejecutoria, la cual será cumplida y guardada en todo lo sentenciado y definido por ella, escepto en cuanto á los derechos jurisdiccionales y á los tributos y prestaciones que denoten señorío ó vasallaje, y que quedan abolidos por las leyes anteriores y por la presente. ART. 5.° Con respecto á los otros predios, derechos y prestaciones, cuyos títulos de adquisicion deban presentarse, se concede á los que fueron señores jurisdiccionales, el término de dos meses, contados desde la promulgacion de esta ley, para que los presenten; y si no cumplieren con la presentacion en este término, se procederá al secuestro de dichos predios, proponiendo en seguida la parte fiscal la correspondiente demanda de incorporacion (1). ART. 6.° Si los presentaren dentro del término, continuarán las prestaciones, rentas y pensiones que consten en los mismos títulos, hasta que recaiga sentencia que cause ejecutoria; cuyos efectos en caso de ser contraria á los señores, se declararán eficaces desde el dia en que se promulgue esta ley. ART. 7.° La presentacion de los títulos de adquisicion se verificará en los juzgados de primera instancia, que deben conocer del juicio instructivo, de que trata el *artículo 4.° de la ley de* 1823; y se hará ó de los mismos títulos originales, ó de testimonios literales é íntegros de ellos, que se pedirán en los juzgados de partido en que se hallen los archivos de los señores. Para ello se exhibirán los títulos originales; y puestos los testimonios, se concertarán con aquellos á presencia del juez y del promotor fiscal, que firmarán la diligencia que se estienda á continuacion de los mismos testimonios; todo sin perjuicio de los otros cotejos, comprobaciones y reconocimientos que soliciten las partes interesadas. ART. 8.° Cuando los señores no puedan presentar los títulos originales, porque hayan sido destruidos por incendio, saqueo ú otro accidente inevitable, cumplirán con presentar copia íntegra legalizada fehaciente de los mismos títulos,

(1) El término señalado en este artículo no corre contra los impedidos de cumplir dentro de él por fuerza mayor, nacida de las circunstancias actuales y justificada con citacion de los interesados. *Lei de 11 de diciembre de* 1837.

acreditando la destruccion de estos con otros documentos ó informaciones de testigos, hechas en la época coetánea y próxima á los sucesos que causaron dicha destruccion. Si presentaren todo lo que previene este artículo en el juzgado de partido en que se hallen los archivos, se les darán los testimonios que pidan, en los mismos términos y para los fines que prescribe el artículo anterior con respecto á los títulos originales. ART. 9.° Se declara, que por el restablecimiento de la *citada ley de* 3 *de mayo de* 1823 no tienen derecho los pueblos ni los particulares para reclamar y repetir de sus señores lo que les hayan pagado, miéntras que aquella no ha estado en vigor y observancia. ART. 10. Cuando los predios que fueron de señorío se hayan dado á foro, censo ó enfitéusis, aunque el señorío sea reversible ó incorporable á la nacion, continuará el dominio útil en los que lo hayan adquirido, considerándose como propiedad particular. Los contratos que se hayan celebrado despues de la primera concesion para trasferir á otras manos los foros, censos y enfitéusis, se cumplirán como hasta ahora y segun su tenor. ART. 11. Lo dispuesto en el *artículo* 8.° *de la referida ley de* 1823 acerca de que cesen para siempre las prestaciones y tributos que se mencionan, se entiende tambien con respecto á las conocidas bajo los nombres de *pecha; fonsadera, martiniega, yantar, yantareja, pan de perro, moneda forera, maravedises, plegarias*, y cualesquiera otras que denoten señorío y vasallaje, pues todas las de esta clase deben cesar desde luego y para siempre, preséntese ó no el título de su adquisicion, aunque los pueblos ó territorios que fueron de señorío y en que se pagaban, reviertan ó se incorporen á la nacion por cualquiera causa. ART. 12. Se declara que el *citado artículo* 8.° *de la ley de* 3 *de mayo de* 1823 en lo que dispone acerca de la prestacion conocida en algunas provincias con el nombre de *terratje*, no comprende la pension ó renta convenida por contratos particulares entre los propietarios de las tierras y sus arrendatarios ó colonos. ART. 13. En todos los pleitos y espedientes que se instauren á consecuencia y para el cumplimiento de lo que queda establecido, serán parte los respectivos promotores fiscales de los juzgados de primera instancia y los fiscales de las Audiencias, y unos y otros los promoverán y seguirán con actividad y zelo, procediendo ya

de oficio, ya á escitacion de los ayuntamientos ó contribuyentes, ó ya como coadyuvantes, sin necesidad de que preceda el medio de conciliacion.

Por *real órden de* 19 *de enero de* 1839, en virtud de consulta elevada por el director general de rentas y arbitrios de amortizacion, se dispuso que en los señoríos que administrase dicha direccion por haber pertenecido á comunidades suprimidas, no se procediese á la exhibicion de títulos, puesto que aun caso de ser estos nulos, habrian de quedar los bienes en su calidad de mostrencos, aplicados al mismo objeto que entónces tenian señalado. Mas por otra *real órden de* 30 *de agosto de* 1842, á cosecuencia de reclamacion de la Audiencia territorial de la corte, se dejó sin efecto la anterior, pues nunca pudo ser la mente del Gobierno alterar en manera alguna el espíritu de la *ley de* 26 *de agosto de* 1837.]

TÍTULO XV.

DE LA COMPAÑÍA Ó SOCIEDAD, Y DEL MANDATO.

Tít. 10. y 12. P. 5. (1).

1. 2. 3. *Qué sea compañía, y sus especies.*
4. *Cómo se parte la ganancia ó la pérdida.*
5. 6. *De las compañías en que alguno pone por caudal su trabajo ó industria.*
7. 8. 9. 10. *De los modos de acabarse la compañía.*
11. *Diligencia que deben prestar los compañeros, y su obligacion en resulta de culpa ó dolo, y efecto notable de la buena fe que debe observarse en este contrato.*
12. *Las resultas de la compañía alcanzan á los herederos.*
13. 14. *Qué sea mandato, y sus especies.*
15. *De la mutua obligacion entre mandante y mandatario.*

(1) Tit. 26. et 27. lib. 3. Inst.

16. *Mandatos que no valen.*
17. *Modos de fenecer el mandato.*

1 El tercer contrato consensual es el de compañía ó sociedad, la cual es *Ayuntamiento de dos ó mas hombres, hecho con intencion de ganar algo.* Nace de ella grande utilidad, cuando se hace entre hombres buenos y leales, que se socorren los unos á los otros, como si fuesen hermanos. Y se puede hacer ayuntando los que la contraen, su haber ó caudal, y á las veces poniendo el uno solamente su industria ó trabajo (1). Y se contrae por el solo consentimiento ú otorgamiento de los que quieren ser compañeros, *princ. y ley* 1. *tit.* 10. *P.* 5. Y la puede hacer cualquiera que no sea mentecato ó menor de 14 años, *d. l.* 1. Pero solo de cosas buenas y honestas, porque de malas que sean contra las buenas costumbres, no puede haber compañía, *l.* 2. *d. tit.* 10. (2).

2 Se puede contraer hasta cierto tiempo, ó por toda la vida, *d. l.* 1. y de dos maneras: la una cuando la hacen de modo, que todas las cosas que han los contrayentes cuando la hacen, y las que ganaren de allí en adelante, sean comunes, y tambien la ganancia como la pérdida. La otra es cuando la hacen sobre una cosa señaladamente, como vender vino, paño ú otra cosa semejante, *l.* 1. *d. tit.* 10. (3). El efecto de la primera es hacerse comunes todos los bienes que tienen al tiempo del contrato, sin ser necesaria verdadera tradicion ú ocupacion en el uno de lo que ántes era del otro, *l.* 47. *tit.* 28. *P.* 3., que lo pone por otro de los ejemplos de la fingida; y los que despues les vinieren en cualquiera manera que sea, aunque fuese peculio castrense ó cuasi castrense, con todas sus ganancias. Y de ahí es, que cada uno de los compañeros puede usar de estos bienes, y hacer demanda sobre ellos. Pero si alguno tuviese señorío, jurisdiccion ó derecho de cobrar de sus deudores, los otros no lo pueden demandar ni usar de la jurisdiccion, si señaladamente no les fuere otorgado del otro poderlo hacer, *l.* 6. *d. tit.* 10., cuyo poder le deberá otorgar; y lo que cobraron ó percibieron será comunalmente de todos, *d. l.* 47.

(1) L. 7. pro soc. (2) L. 57. eod. (3) Princ. Inst. de societ.

de oficio, ya á escitacion de los ayuntamientos ó contribuyentes, ó ya como coadyuvantes, sin necesidad de que preceda el medio de conciliacion.

Por *real órden de* 19 *de enero de* 1839, en virtud de consulta elevada por el director general de rentas y arbitrios de amortizacion, se dispuso que en los señoríos que administrase dicha direccion por haber pertenecido á comunidades suprimidas, no se procediese á la exhibicion de títulos, puesto que aun caso de ser estos nulos, habrian de quedar los bienes en su calidad de mostrencos, aplicados al mismo objeto que entónces tenian señalado. Mas por otra *real órden de* 30 *de agosto de* 1842, á cosecuencia de reclamacion de la Audiencia territorial de la corte, se dejó sin efecto la anterior, pues nunca pudo ser la mente del Gobierno alterar en manera alguna el espíritu de la *ley de* 26 *de agosto de* 1837.]

TÍTULO XV.

DE LA COMPAÑÍA Ó SOCIEDAD, Y DEL MANDATO.

Tít. 10. y 12. P. 5. (1).

1. 2. 3. *Qué sea compañía, y sus especies.*
4. *Cómo se parte la ganancia ó la pérdida.*
5. 6. *De las compañías en que alguno pone por caudal su trabajo ó industria.*
7. 8. 9. 10. *De los modos de acabarse la compañía.*
11. *Diligencia que deben prestar los compañeros, y su obligacion en resulta de culpa ó dolo, y efecto notable de la buena fe que debe observarse en este contrato.*
12. *Las resultas de la compañía alcanzan á los herederos.*
13. 14. *Qué sea mandato, y sus especies.*
15. *De la mutua obligacion entre mandante y mandatario.*

(1) Tit. 26. et 27. lib. 3. Inst.

16. *Mandatos que no valen.*
17. *Modos de fenecer el mandato.*

1 El tercer contrato consensual es el de compañía ó sociedad, la cual es *Ayuntamiento de dos ó mas hombres, hecho con intencion de ganar algo.* Nace de ella grande utilidad, cuando se hace entre hombres buenos y leales, que se socorren los unos á los otros, como si fuesen hermanos. Y se puede hacer ayuntando los que la contraen, su haber ó caudal, y á las veces poniendo el uno solamente su industria ó trabajo (1). Y se contrae por el solo consentimiento ú otorgamiento de los que quieren ser compañeros, *princ. y ley* 1. *tit.* 10. *P.* 5. Y la puede hacer cualquiera que no sea mentecato ó menor de 14 años, *d. l.* 1. Pero solo de cosas buenas y honestas, porque de malas que sean contra las buenas costumbres, no puede haber compañía, *l.* 2. *d. tit.* 10. (2).

2 Se puede contraer hasta cierto tiempo, ó por toda la vida, *d. l.* 1. y de dos maneras: la una cuando la hacen de modo, que todas las cosas que han los contrayentes cuando la hacen, y las que ganaren de allí en adelante, sean comunes, y tambien la ganancia como la pérdida. La otra es cuando la hacen sobre una cosa señaladamente, como vender vino, paño ú otra cosa semejante, *l.* 1. *d. tit.* 10. (3). El efecto de la primera es hacerse comunes todos los bienes que tienen al tiempo del contrato, sin ser necesaria verdadera tradicion ú ocupacion en el uno de lo que ántes era del otro, *l.* 47. *tit.* 28. *P.* 3., que lo pone por otro de los ejemplos de la fingida; y los que despues les vinieren en cualquiera manera que sea, aunque fuese peculio castrense ó cuasi castrense, con todas sus ganancias. Y de ahí es, que cada uno de los compañeros puede usar de estos bienes, y hacer demanda sobre ellos. Pero si alguno tuviese señorío, jurisdiccion ó derecho de cobrar de sus deudores, los otros no lo pueden demandar ni usar de la jurisdiccion, si señaladamente no les fuere otorgado del otro poderlo hacer, *l.* 6. *d. tit.* 10., cuyo poder le deberá otorgar; y lo que cobraron ó percibieron será comunalmente de todos, *d. l.* 47.

(1) L. 7. pro soc. (2) L. 57. eod. (3) Princ. Inst. de societ.

3 Esta *l.* 6. y la 3. solo ponen las dos especies de compañía que acabamos de referir, al tenor de las *Instituciones* de Justiniano donde se hizo así (1). Pero atendidas las *leyes* 7. *y* 12. del mismo *tit.* 10. debemos decir para mayor claridad de la materia, que la compañía que no es universal de todos los bienes de los contrayentes, se ha de subdividir en tres especies, á saber, ó para un solo negocio, como se esplica *d. l.* 6., ó simplemente sin espresar bienes sobre que se hace, segun la *l.* 7. *tit.* 10., ó sobre las ganancias que hicieren segun la 12. del mismo *tit.* En la primera de estas tres especies claro está que únicamente debe atenderse á las ganancias ó pérdidas en aquel negocio: las ganancias que por otro respecto hiciere cualquiera de los compañeros no son comunes, sino propias del que las hizo. En la segunda se han de partir aquellas ganancias que provinieren de aquel menester ó mercadería que usaren, *d. l.* 7., de modo que solo pertenecen á ella las ganancias cuestuarias que salen de la industria ó trabajo, como advierte bien Gregor. Lóp. en la *glos.* 1. *de d. l.* (2). En la tercera entran todas las ganancias, tomada latamente esta voz, de manera que comprenda todo lo adquirido, aunque no fuese por trabajo ó industria, sino por herencia ú otro título semejante, *l.* 12. *d. tit.* 10. Es pues esta compañía media entre la universal de todos los bienes y la cuestuaria. En el Derecho romano no la hemos advertido.

4 En cuanto á las partes de ganancia y pérdida, se guardará lo que los contrayentes hayan espresado, como sea cosa guisada ó justa; y si nada espresaron deberán ser iguales. Si espresaren las de la ganancia, y no las de pérdida, se partirán estas como se espresó en la ganancia, y al contrario, de modo que la espresion de una sirve para la otra, *l.* 3. *d. tit.* 10. (3). Y adviértase, que la igualdad no ha de ser aritmética, sino geométrica ó proporcional al caudal que cada uno ha puesto, es decir, que si el caudal de uno fueren 300 y el del otro 200, y la ganancia importare 10, tendrá 6 el de 300, y 4 el de 200, porque la misma equidad dicta, que cada uno saque á proporcion de lo que ha puesto. Si sucediere que por ser uno de los compañeros mas perito en la negociacion, ó poner mas trabajo, ó aventurarse á mas peligros que los otros, se le señalare mas porcion de la ganancia, seria válida esta convencion. Asimismo valdria el pacto de que uno no tuviese parte en la pérdida en los términos que esplicaremos al *n.* 6., y sí en la ganancia. Pero no si el pacto fuere de que uno no tuviere parte en la ganancia, sino que toda esta fuese del otro: cuya compañía llaman las leyes *leonina*, *l.* 4. *d. tit.* 10. (1) tomando la denominacion de la fábula de Esopo, en que toda la ganancia ó presa fué para el leon, sin tener parte alguna sus compañeros en la caza, el asno y la zorra. Puede ponerse la division de partes en el arbitrio de un tercero señalado, y si este las hiciere justas, se habrán de guardar; pero si las hiciere injustas, señalando mas á uno que á otro, sin mostrar razon alguna, debe regularse su arbitrio por el dictámen de hombres buenos que examinen y decidan bien la cosa, *l.* 5. *d. tit.* 10. (2).

5 Pudiendo contraerse compañía de modo que uno solo ponga su industria y trabajo, y el otro el caudal, como dijimos en el *n.* 1. *princ. d. tit.* 10. (3); y siendo harto frecuente esta manera de contraerla entre ganaderos y pastores, queremos manifestar aquí la diversidad que en esto puede haber; pues aunque no hemos hallado mencion de ella en nuestras leyes, se encuentra en nuestos autores, y hacen preciso su conocimiento las muchas concurrencias en que es necesario. Le facilitamos en la manera siguiente. Unas veces por ser el trabajo corto y el caudal de buena calidad, se coteja ó compara aquel con solo el uso de este, y el peligro de perderle; y otras por ser contrarias las circunstancias, con el dominio. Cuando sucede lo primero, el que puso el trabajo no se hace partícipe del caudal que puso el otro; y de consiguiente para este solo, que es su único dueño, queda salvo ó perece, sin que tenga parte alguna el que puso el trabajo: todo lo cual sucede al contrario en el caso segundo. Si en el contrato se esplicó cuál de estos dos modos quisieron los contrayentes que debia observarse, ese se observará.

6 Pero si esto no apareciese, interpretaremos su voluntad á favor del primero, si el trabajo fué poco y el caudal de calidad buena, fácil de tener aumento, y dar frutos pin-

(1) Princ. Inst. de societ. (2) L. 7. pro soc.
(3) §§. 1 et 3. Inst. de societ.

(1) § 2. eod. l. 29. § 2. pro soc. (2) L. 6. pro soc.
(3) L. 7. eod. § 2. Inst. de societ.

gües, y por el segundo, si mereciese tanta estimacion el trabajo como valia el caudal, por ser aquel mucho y este de mala calidad, como lo prueban bien Covar. 3. *variar. cap.* 2. *n.* 2. Escobar, *comput.* 22. Vin. *lib.* 1. *select. quæst. cap.* 54. Pongamos dos ejemplos, para que se vea con claridad esta doctrina: I. Pedro puso caudal que valia mil pesos en la compañía, y tú prometiste poner y pusiste tanto trabajo, que os pareció igualar el trabajo con el valor del caudal: disuelta la compañía, se dividirá en partes iguales lo que se hallare, sin tener cuenta de si hubo ganancia ó pérdida. II. El trabajo que se habia de poner era tan corto, que solo quisisteis igualarle con el beneficio que podia producir el uso del caudal: el valor de lo que quedare hasta mil pesos, todo será de Pedro, y tú solo tendrás la mitad del sobrante, si lo hubiere, y la otra mitad será para Pedro. Si en este segundo ejemplo hay pérdida en el caudal, se suele decir, que todo el daño es de Pedro, y ninguno del que puso el trabajo; y de consiguiente que es válido pactar, que uno de los compañeros tenga parte de la ganancia, y no de la pérdida, como hemos dicho al *n.* 4. Pero claro es, que el no tenerla de esta, se entiende solamente respecto del caudal, del que nada pierde, porque nada puso ni tuvo; mas en realidad pierde el trabajo que puso, y de ahí lo válido y lícito de esta convencion.

7 Los modos de acabarse la compañía referidos en la *l.* 10. *d. tit.* 10. son: I. La muerte natural de alguno de los compañeros, y en tanto grado, que siendo muchos los compañeros, se acaba por la muerte de uno solo, si no es que hubieren pactado de que muerto uno, siguiesen los demas en compañía (1). Pero no valdria el pacto de que muerto un compañero, hubiese de durar la compañía en sus herederos, si no es que lo fuese de arrendamiento de cosas del rey ó de algun comun, *l.* 1. *d. tit.* 10. (2). II. Si alguno de los compañeros fuese desterrado para siempre, porque nunca ha de salir del destierro, y pierde sus bienes (3). III. La cesion de bienes de alguno de los compañeros (4). IV. Morirse ó perderse la cosa, por la cual fué hecha la compañía (5), ó porque mudase de estado haciéndose sagrada.

(1) § 5. Inst. de societ. (2) L. 59. de pro soc. (3) § 7. eod. (4) § 8. eod. (5) § 6. eod.

8 Tambien se acaba por otro modo que refiere la *l.* 11. del mismo *tit.* 10. que es la renuncia (1). Si esta no es dolosa ó intempestiva, nada mas hay que advertir sobre ella. Pero sí, cuando tuviere alguna de estas malas calidades. La que se hizo con dolo ó engañosamente, al paso que no libra al renunciante de sus compañeros, liberta á estos del que renunció. Si por ejemplo pues, viendo el renunciante que le venia por herencia ú otro título alguna ganancia, hiciere la renuncia, serán sus compañeros partícipes de esta ganancia; pero por lo contrario, si viniere alguna á los otros despues de la renuncia, nada participará de ella el que renunció, *d. tit.* 10. *l.* 12. (2). De la renuncia intempestiva que se hace ántes de acabarse el negocio, ó el tiempo que habia de durar la compañía, dice la *l.* 11. *d. tit.* 10. que debe pagar el que la hiciere á los otros todo el daño ó menoscabo que les viniere por esta razon, salvo si se hubiere pactado cuando se otorgó la compañía, que la pudiese desamparar cualquiera, siempre que quisiere ántes ó despues del tiempo espresado.

9 La doctrina de *d. ley* ha de entenderse cuando el renunciante no tiene justa causa para renunciar; porque si la tuviere podrá hacerlo impunemente. La *l.* 14. *d. tit.* 10. señala cuatro: I. Cuando uno de los compañeros es tan bravo ó de tan mala índole, que los demas compañeros no le pudiesen sufrir ó vivir con él en buena manera. II. Si algun compañero es enviado por el rey ó el comun de alguna ciudad ó villa con poderes, ó le dan algun oficio, ó le mandan hacer algun servicio ó cosa que sea á beneficio del rey ó del comun del lugar. III. Cuando no guardan á algun compañero la condicion que se puso al contraerse la compañía. IV. Cuando aquella cosa por la cual se hizo la compañía, es embargada de manera, que no pueden usar de ella. Esta IV razon, de que pone ejemplos la ley, puede referirse al modo IV de acabarse la compañía que acabamos de notar.

10 Por lo que hemos manifestado se ve acabarse la compañía, por dos modos que no tienen lugar en los otros contratos, á escepcion del de mandato, en que tambien lo tienen en parte, como luego veremos, y son la muerte y la

(1) § 4. eod. (2) L. 14. pro soc.

renuncia, sin embargo que tienen contra sí dos axiomas ó reglas capitales, á saber: *El que contrae, contrae para su heredero, l. 11. tít. 14. P. 3.* (1), y el otro: *De la obligacion una vez contraida, no puede apartarse uno de los contrayentes contra la voluntad del otro* (2). La razon de no obstar el I. es, porque en contraer la compañía, tienen los contrayentes respeto y consideracion á la industria ó habilidad de la persona, y á las veces el heredero de hombre muy hábil es un bolo. Y el II. para mantener la tranquilidad de las gentes: porque el mantenerse en comunion los que no tienen voluntad de ello, produce desacuerdos y discordias, *l. 11. tít. 15. P. 6.* (3).

11 Para concluir este asunto, falta que digamos algo de las obligaciones que tienen entre sí los compañeros, y modo en que deben portarse en la administracion de las cosas comunes. Las debe gobernar el compañero que las administra con el mismo cuidado y diligencia que si fuesen cosas propias, de suerte que deberá prestar la culpa leve, segun la regla del *tít. 10. n. 38.* Si lo hiciere así, los daños y menoscabos que haya en ellas, serán comunes á todos; pero si sucediesen por dolo suyo de no haber puesto cuidado, serán todos de su cuenta, debiendo resarcir á los otros los perjuicios que les hubiere causado, *l. 7. d. tit. 10.* (4), sin que le sirva decir, que por otra parte hizo tantas ganancias que podia ser mejorada la pérdida; y si algun otro hubiere procedido tambien con dolo, deberán los dolosos repartirse entre sí el resarcimiento de perjuicios á favor de los demas, *l. 13. d. tit. 10.* Por la exuberancia de buena fe é igualdad que debe reinar en este contrato (5), establece la *l. 15. d. tit. 10.* que si el que administra los bienes, hubiese dado á uno ó á los dos de sus compañeros alguna porcion sin noticia de los otros, y despues no le quedase parte igual para estos, sin cuya noticia la dió, la han de volver á la compañía los que la recibieron, para hacerse con igualdad, segun corresponda, la division entre todos, si no es que habiendo sabido los que no la recibieron, que se habia dado á los otros, callaron por pereza, entretanto se hizo pobre el administrador

(1) L. 9. de probat. (2) L. 5. C. de obl. et act. (3) L. 77. § 10. de legat. 2.
(4) § 9. Inst. de societ. (5) L. 3. C. pro soc.

sin poderla dar á ellos; en cuyo caso sufrirán este perjuicio por su culpa (1).

12 Aunque, segun hemos visto, se acaba la compañía por la muerte del compañero, sus resultas de cuentas, tanto activas como pasivas, respectivas al tiempo que duró, pasan á los herederos, *l. últ. d. título 10.* Y últimamente advertimos, que al compañero le compete el beneficio que llaman de competencia, que consiste en no poder ser reconvenido en mas de lo que pudiere hacer, *d. l. 15. d. tit. 10.* (2); de cuyo beneficio hablaremos en su lugar.

13 El cuarto y último contrato de los que se contraen por solo el consentimiento de ambos, es el mandato ó mandamiento, y es *Encargo que uno hace á otro que le recibe con obligacion de cumplirle.* Y se puede hacer entre presentes, ó por cartas ó mensajeros entre ausentes; y tambien á dia cierto, ó so condicion. A dia cierto, como si uno dijera á Pedro: *Te mando ó quiero des á comer á Juan hasta el dia primero del año* 1804; ó, *si quedare viudo*, si lo quisiere hacer so condicion. Y bastan para contraerse, cualesquiera palabras que manifiesten la intencion de obligarse, *l. 21. tit. 12. P. 5.* Y se puede tambien contraer tácita ó calladamente, *l. 12. d. tit. 12.*

14 Por razon del fin se puede contraer de cinco maneras referidas con ejemplos en las *leyes 20. 21. y 22. d. tit. 12.* á saber: I. Por utilidad de solo el mandante. II. Por la de un tercero solamente. III. Por la del mismo mandante y la de un tercero. IV. Por la del mandante y la del mandatario. V. Por la del mandatario y la de un tercero. No juzgamos ser necesario poner los ejemplos, porque ademas de estar referidos en *dd. ll.*, es tan fácil formarlos, que lo puede hacer cualquiera con muy poca meditacion (3). Pero si se hiciere por sola la utilidad del que le recibe, no tanto seria mandato como consejo, sin producir obligacion en el mandante, si no es que le hubiese dado maliciosamente ó con engaño, en cuyo caso deberia pagar todo el daño que recibió por esta razon aquel á quien le dió, *l. 23. d. tit. 12.* (4).

15 Este contrato del mandato ó mandamiento es tam-

(1) L. 63. § 3. pro soc. (2) § 38. Inst. de action.
(3) Princ. et §§ 1. 2. 3. 4. et 5. Inst. de mandat.
(4) § 6. Inst. de mandat. l. 47. de div. reg. jur.

bien bilateral, en que se obligan mutuamente los contrayentes. La obligacion del mandante es haber de pagar al mandatario lo que hubiere gastado ó espendido en cumplir el mandamiento; y la de este haberlo de cumplir de manera, que si en no cumplirlo, ó cumplirlo mal, comete engaño ó culpa, ha de satisfacer al mandante el daño que le haya ocasionado, *d. l.* 20., que da la razon de que los mandamientos se hacen por hacer amor, y no para hacer daño. Gregor. Lóp., interpretando la palabra *culpa*, que espresa la ley, dice en su *glosa* 5. que debe entenderse de toda *culpa*, de modo que comprenda tambien la levísima, apoyado en el Derecho romano (1), que es su ídolo. No lo respetamos tanto; pero no dejamos de conocer, despues de haberle estudiado medianamente, que á escepcion de algunas escrupulosidades y formalidades de las que ya quitó muchas Justiniano, casi todas sus leyes contienen una escelente doctrina y buena moralidad.

16 Para que valga el mandato y produzca las obligaciones que acabamos de referir, es menester que no sea contra las buenas costumbres; pues si lo fuere, no vale ni aprovecha para cosa alguna, como si por ejemplo mandaras á Pedro que robase, hiciera algun homicidio, ó incendiara alguna casa; y por ello aunque Pedro lo ejecutara gastando en ello algun dinero, nada te podia pedir en su razon; pero tanto tú como él estariais obligados á las malas resultas de este ímprobo cumplimiento, por ser los dos reos del delito. Por ser de esta misma clase, no valdria tampoco el mandamiento que hiciere un menor de 25 años de que alguno saliese fiador de una barragana, ú otra mala mujer, *l.* 25. *d. tit.* 12. (2).

17 En cuanto á fenecer el mandato por la renunciacion ó por la muerte, no hemos hallado ley alguna nuestra que lo diga; aunque lo dijeron afirmativamente las romanas (3). Solo encontramos, que Greg. Lóp. comentando aquellas palabras de *d. l.* 20., en que hablando del mandatario dice simplemente sin añadidura alguna, *Tenudo es de cumplirlo*, quiere inferir que en España, ni aun estando las cosas enteras, podrá el mandatario renunciar. De la muerte decimos nosotros, que de las últimas palabras de la misma

(1) L. 13. l. 21. C. mand. v. contr. (2) § 7. Inst. eod. l. 12. § 4. mand. vel con. (3) §§ 10. et 11. Inst. eod.

l. 20., *por facerles amor*, podrá decirse que el mandato se le considera personal, y de consiguiente no pasa á los herederos. El docto lector hara de estas dos especies el juicio que le pareciere mejor. Y advertimos últimamente, que por razon del objeto, se divide el mandato en estrajudicial y en judicial; y que aquí solamente hemos hablado del primero, dejando el segundo para cuando tratemos de lo perteneciente á los juicios en el *libro III.*

TÍTULO XVI.

DEL CONTRATO VERBAL Ó DE PALABRAS.

1. *Estado del Derecho romano en el contrato verbal.*
2. 3. *Se esplica la famosa* l. 2. tít. 16. lib. 5. de la Rec. *á favor de las obligaciones.*
4. *Cómo se hace este contrato, y quiénes pueden hacerle.*
5. *De qué cosas no vale la promesa*
6. *De la congruencia entre la pregunta y respuesta.*
7. 8. 9. *Se esplican los tres modos de contraer esta obligacion.*
10. *Qué sucede cuando hay dos reos de prometer ó de estipular.*

1 Fué muy famoso entre los romanos el contrato verbal, al que con un solo nombre llamaron *estipulacion* (*stipulatio*), y para cuya legítima constitucion se requerian al principio varias solemnidades escrupulosas, de las cuales han quedado todavía algunas en el Derecho, reformadas por Justiniano, aunque este y su antecesor Leon cuidaron de abolir las que les parecieron mas embarazosas. Las palabras formales y solemnes, que eran necesarias ántes del emperador Leon que las quitó, la hacian distinguir clarísimamente del nudo pacto; despues es difícil alguna vez de conocer si la promesa queda en la clase de pacto, ó pasa á ser estipulacion, aunque siempre han quedado muchas diferencias en cuanto á los efectos, con la principal de que aquellos no producen accion, y estas sí.

2 Permítaseme esta digresion ó correría hácia el Derecho romano para celebrar mas la dicha que tenemos en nuestra

bien bilateral, en que se obligan mutuamente los contrayentes. La obligacion del mandante es haber de pagar al mandatario lo que hubiere gastado ó espendido en cumplir el mandamiento; y la de este haberlo de cumplir de manera, que si en no cumplirlo, ó cumplirlo mal, comete engaño ó culpa, ha de satisfacer al mandante el daño que le haya ocasionado, *d. l.* 20., que da la razon de que los mandamientos se hacen por hacer amor, y no para hacer daño. Gregor. Lóp., interpretando la palabra *culpa*, que espresa la ley, dice en su *glosa* 5. que debe entenderse de toda *culpa*, de modo que comprenda tambien la levísima, apoyado en el Derecho romano (1), que es su ídolo. No lo respetamos tanto; pero no dejamos de conocer, despues de haberle estudiado medianamente, que á escepcion de algunas escrupulosidades y formalidades de las que ya quitó muchas Justiniano, casi todas sus leyes contienen una escelente doctrina y buena moralidad.

16 Para que valga el mandato y produzca las obligaciones que acabamos de referir, es menester que no sea contra las buenas costumbres; pues si lo fuere, no vale ni aprovecha para cosa alguna, como si por ejemplo mandaras á Pedro que robase, hiciera algun homicidio, ó incendiara alguna casa; y por ello aunque Pedro lo ejecutara gastando en ello algun dinero, nada te podia pedir en su razon; pero tanto tú como él estariais obligados á las malas resultas de este ímprobo cumplimiento, por ser los dos reos del delito. Por ser de esta misma clase, no valdria tampoco el mandamiento que hiciere un menor de 25 años de que alguno saliese fiador de una barragana, ú otra mala mujer, *l.* 25. *d. tit.* 12. (2).

17 En cuanto á fenecer el mandato por la renunciacion ó por la muerte, no hemos hallado ley alguna nuestra que lo diga; aunque lo dijeron afirmativamente las romanas (3). Solo encontramos, que Greg. Lóp. comentando aquellas palabras de *d. l.* 20., en que hablando del mandatario dice simplemente sin añadidura alguna, *Tenudo es de cumplirlo*, quiere inferir que en España, ni aun estando las cosas enteras, podrá el mandatario renunciar. De la muerte decimos nosotros, que de las últimas palabras de la misma

(1) L. 13. l. 21. C. mand. v. contr. (2) § 7. Inst. eod. l. 12. § 4. mand. vel con. (3) §§ 10. et 11. Inst. eod.

l. 20., *por facerles amor*, podrá decirse que el mandato se le considera personal, y de consiguiente no pasa á los herederos. El docto lector hara de estas dos especies el juicio que le pareciere mejor. Y advertimos últimamente, que por razon del objeto, se divide el mandato en estrajudicial y en judicial; y que aquí solamente hemos hablado del primero, dejando el segundo para cuando tratemos de lo perteneciente á los juicios en el *libro III.*

TÍTULO XVI.

DEL CONTRATO VERBAL Ó DE PALABRAS.

1. *Estado del Derecho romano en el contrato verbal.*
2. 3. *Se esplica la famosa* l. 2. tít. 16. lib. 5. de la Rec. *á favor de las obligaciones.*
4. *Cómo se hace este contrato, y quiénes pueden hacerle.*
5. *De qué cosas no vale la promesa*
6. *De la congruencia entre la pregunta y respuesta.*
7. 8. 9. *Se esplican los tres modos de contraer esta obligacion.*
10. *Qué sucede cuando hay dos reos de prometer ó de estipular.*

1 Fué muy famoso entre los romanos el contrato verbal, al que con un solo nombre llamaron *estipulacion* (*stipulatio*), y para cuya legítima constitucion se requerian al principio varias solemnidades escrupulosas, de las cuales han quedado todavía algunas en el Derecho, reformadas por Justiniano, aunque este y su antecesor Leon cuidaron de abolir las que les parecieron mas embarazosas. Las palabras formales y solemnes, que eran necesarias ántes del emperador Leon que las quitó, la hacian distinguir clarísimamente del nudo pacto; despues es difícil alguna vez de conocer si la promesa queda en la clase de pacto, ó pasa á ser estipulacion, aunque siempre han quedado muchas diferencias en cuanto á los efectos, con la principal de que aquellos no producen accion, y estas sí.

2 Permítaseme esta digresion ó correría hácia el Derecho romano para celebrar mas la dicha que tenemos en nuestra

España, de no haber la menor diferencia entre un pacto serio promisorio y la estipulacion, y todavía hay mas en la famosísima *l.* 1. *tit.* 1. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.*, cuyas palabras queremos notar aquí: *Paresciendo*, dice, *que alguno se quiso obligar á otro, por promision, ó por algun contrato, ó en otra manera, sea tenudo de cumplir aquello que se obligó, y no pueda poner escepcion, que no fué hecha* estipulacion, *que quiere decir prometimiento con cierta solemnidad de derecho, ó que fué hecho el contrato ú obligacion entre ausentes ó que no fué hecho ante escribano público, ó que fué hecha á otra persona privada en nombre de otros entre ausentes, ó que se obligó alguno que daria otro, ó haria alguna cosa; mandamos que todavía vala la dicha obligacion y contrato que fuere hecho, en cualquier manera que parezca que uno se quiso obligar á otro.* Esta *ley* constituye un modo de producir obligacion y accion tan desnudo de solemnidades, y distante de ser estipulacion, que ni aun es nudo pacto, como que consiste en que solo conste de la voluntad de quererse uno obligar, sin ser necesario para su valor que consienta otro, sin lo cual no puede haber pacto. La esplica latamente Azev., y lo bastante con la solidez que acostumbra Covarrúb. *lib.* 1. *var. cap.* 14. *n.* 3. probando, que si uno manifiesta querer dar, ú obligarse á dar á un ausente, vale desde luego la donacion ó promesa revocablemente hasta que el otro la sepa y acepte, y despues de la aceptacion irrevocablemente. Es pues un modo de producir obligacion anómalo ó estraordinario, que destruye muchos vestigios de las estipulaciones que se leen en el *tit.* 11. *P.* 5. que habla de las promisiones. Si le hubiéramos de referir á alguna clase de contratos, mas seria á la de los consensuales, que á la de los verbales. Sin embargo le ponemos en el título de estos, porque el fin principal de establecer *esta ley*, creemos fué el que se despreciase toda la escrupulosidad y solemnidad de palabras.

3 Y con este desprecio apénas se puede decir que tenemos en España contrato verbal, que no esté refundido en *d. l.* 2. y que por ello es en gran parte inútil, sin poder servir el citado *tit.* 11. *de la P.* 5. que consta de 40 leyes. El *tit.* 1. *del lib.* 45. *del Digesto romano*, á quien corresponde, tiene 141, lo que hace ver lo mucho que degolló la

referida *ley* 1. No obstante lo que llevamos dicho, no hay prohibicion ni reparo, que estando presentes, pregunte el uno al otro si le promete dar alguna cosa, ó hacerla por él, y responda que sí el preguntado: lo que sucede lo bastante, y en estos términos no puede negarse que hay un contrato verbal, llano y regular, *l.* 1. *d. tit.* 11. No quiso *d. l.* 1. destruir esto: quiso no hacerlo necesario, y purgar este contrato, cuando se haga, de muchísimas escrupulosidades, que copiadas de las leyes romanas fueron establecidas en el espresado *tit.* 11. *de la P.* 5., las cuales deberán considerarse derogadas por *d. l.* 1. en lo que no sean conformes á su sencillez y espíritu. Bajo de este supuesto, pasamos á hablar brevemente de él, en cuanto queda subsistente despues de *d. l.*

4 En este contrato, al que llaman las leyes de la Partida *promision*, *l.* 1. *d. tit.* 11., el uno pregunta al otro pidiendo que le dé ó haga por él alguna cosa, y este le responde otorgándoselo, quedando por ello obligado á cumplirlo. Pueden prometer todos los que no están prohibidos, y para que se sepa los que lo están, los refieren las *leyes* 4. 5. *y* 6. *d. tit.* 11. *P.* 5. y son, el loco ó desmemoriado, el infante ó menor de siete años, el pupilo que es mayor de siete y menor de catorce, sino en cuanto le sea útil la promesa, y en los mismos términos el mayor de 14 años y menor de 25 que teniendo curador se quisiere obligar sin su consentimiento, pero si no tuviere curador, vale su promesa, bien que con sujecion á la restitucion *in integrum*; y en los propios términos que el pupilo, el pródigo ó desgastador de sus bienes. Ni puede tampoco prometer el padre á su hijo que tiene en su patria potestad, ni el hijo al tal padre, si no es en razon del peculio castrense ó cuasi castrense. Esceptúanse las promesas de mejorar, al tenor de lo que dijimos arriba *tit.* 6. *n.* 3.

5 No vale la promision de las cosas que están fuera del comercio de los hombres, como son las que llamamos de derecho divino; y en tanto está reprobada, que no valdria ni aun en el caso que despues se hicieren profanas, *l.* 22. *d. tit.* 11. (1). Ni vale tampoco la promesa de cosa que ni es, ni pudiese ser (2); ó de cosa cierta que fuese ya muerta,

(1) § 2. de inut. stipul. (2) § 1. cod.

como de un caballo, sin que tenga el que la hizo, obligacion de dar cosa alguna en razon de ella *l.* 21. *d. tit.* 11. Mas si la matare sin justa causa, habria de pagar su importe, *l.* 19. *d. tit.* 11. Pero sí que vale la promesa de las cosas que aun no han nacido, como los frutos de este año, de tal campo, ó el parto de tal caballería; y tendrá obligacion de cumplirla el promisor, luego que la cosa nacida estuviere en estado de poderse dar. Y si nada naciere de la cosa que señaló, nada tendria obligacion de dar, salvo si hiciere alguna cosa maliciosamente porque no naciese, que entónces habria de pagar lo que importare, por el engaño, *l.* 20. *d. tit.* 11.

6 Para que valga este contrato es preciso que haya congruencia ó conformidad entre la pregunta y la respuesta; porque sin convenir los que tratan en una misma cosa, es imposible que resulte contrato alguno. Por ello no le habria verbal, si preguntado Pedro si daba un buey, respondia que daba un caballo. Y lo mismo sucederia si siendo la pregunta pura, la respuesta fuese condicional, ó al contrario, aunque fuese de una misma cosa. Seria del todo inútil el contrato en estos dos casos, por ser total la incongruencia; pero si esta fué parcial, solo seria de ningun valor en la parte en que hubiese incongruencia, y válido en la que habia congruencia; como si preguntado uno si queria dar 40 respondia que daba 10, ó al contrario; en cuyos casos valdria la promesa en 10, porque en esta cantidad los dos convenian; no en los 30 de mas, porque en este esceso no estaban concordes: así lo dispone la *l.* 26. *d. tit.* 11. (1), y bien establecido, si la cosa se hubiese de mirar á la sombra del contrato verbal. Pero creemos que toda la doctrina de *esta ley* está corregida por la citada memorable 1. *título* 1. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.*, segun la cual debe estar el promisor obligado á cuanto le salió de la boca, y de este sentir es Antonio Góm. 2. *var. cap.* 9. *n.* 4., discrepando solo en el caso en que la incongruencia fuese en el modo de ser pura la pregunta, y la respuesta condicional, ó al contrario; de cuya discrepancia no hallamos razon sólida.

7 Tres son los modos de constituirse este contrato, á

(1) § 5. Inst. de inut. stipul. l. 1. § 4. de verb. oblig.

saber, puramente, á dia cierto, y so condicion. Será pura la promision, cuando en ella ni hay dia señalado ni condicion, como si preguntándote: *Me prometes* 10 *pesos*, respondieras: *Los prometo:* á dia cierto, si se le añadiera en la pregunta, v. gr. *el dia* 1. *de enero;* y lo mismo seria si fuere cierto que el dia habia de venir, sin poderse señalar el cuándo, como lo es el dia de la muerte. Y por último so condicion, si estuviere puesta en la pregunta, como si Pedro te dijera: *Me prometes* 50 *pesos, si me casare, l.* 12. *d. tit.* 11. *P.* 5. Estos tres modos tienen tambien lugar en todos los otros contratos, en las donaciones, y en su manera en las obligaciones; y los produce la referida *l.* 2., siendo dignos de saberse sus efectos. Cuando la promision es pura, pende del arbitrio del juez señalar el dia en que debe cumplirla el que la hizo; y si fuese espresado el lugar en que el promisor la habia de cumplir, y maliciosamente no quisiere ir allá, habiendo pasado tanto tiempo que podia haber ido, le puede apremiar á que la cumpla donde la hizo, con los daños y menoscabos que recibió el otro, *l.* 13. *d. tit.* 11. Los romanos en este caso, por falta de accion civil, tenian la pretoria *de eo quod certo loco.* Las promisiones á dia cierto señalado y so condicion, convienen en que no puede pedirse la cosa hasta que venga el dia, ó se cumpla la condicion. Convienen igualmente en que si muriere ántes de este tiempo uno de los contrayentes, quedan los efectos de la promision en sus herederos de la misma manera que estaban en el que murió, *l.* 14. *d. tit.* 11., lo que sucede al contrario en los legados condicionales, porque segun dijimos en el *lib.* 2. *tit.* 6. *n.* 19., muerto el legatario pendiente la condicion, no vale el legado: la razon de la diferencia se toma de la regla que sentamos *en el lib.* 2. *tit.* 15. *n.* 10., segun la *ley* 11. *tit.* 14. *P.* 3., á saber: *El que contrae, contrae para sí y para su heredero.* Los romanos lo esplicaban diciendo, que la esperanza de que hubiese deuda que adquiria el estipulador, la trasmitia á su heredero (1); pero los legados se dejan por el afecto que tiene el testador á la persona del legatario (2), y de ahí es, que se consideran personales. En lo demas hay algunas diferencias y particularidades entre

(1) § 4. Inst de verb. obl. (2) L. 9. pro soc.

las promisiones condicionales y á dia cierto, que deben esplicarse con separacion.

8 Examinemos pues primero lo perteneciente á las promisiones hechas á dia señalado, y despues hablaremos de las condicionales. Si alguno prometiere dar alguna cosa el dia primero del mes, sin espresar cuál, se debe entender del mes primero que viniere despues de hecha la promision. Si dijere, que prometia 20 pesos cada año, no podria pedir el otro hasta el fin del año los pertenecientes á aquel año; pero si dijera, que los prometia en todos los años de su vida, se le podrian pedir al principio de cada año los de aquel año, *l.* 15. *d. tít.* 11. *P.* 5. Lo que se promete á dia cierto, que se sabe con seguridad que vendrá, aunque se ignore el cuándo, cual es el dia de la muerte del promitente (ó cualquiera otro), si lo pagare este ántes de morir, no lo podria repetir; porque no podria dejar de venir el dia en que habria derecho de exigirse, si no se hubiese pagado, *l.* 32. *tít.* 14. *d. P.* 5., que lo dice así hablando en términos de condicion: bien que si se lee con cuidado, se advierte fácilmente, que el decirse so condicion, fué hablando impropiamente atendiendo solo á la fórmula de las palabras; porque no puede haber condicion sin incertidumbre de si existirá ó no, la que no hay en el caso que propone; y con efecto en la parte primera de la *misma ley*, en que se habla de condicion propia, se dice lo contrario, como veremos luego.

9 En la promision condicional no hay deuda hasta que se cumpla la condicion; y de ahí es lo que acabamos de decir hallarse establecido en la primera parte de *d. l.* 32., que si uno paga lo que prometió so condicion ántes de haber existido esta, lo puede repetir; porque puede suceder, que no llegue á deberse. Es pues el efecto de la condicion suspender el valor de la promesa miéntras hay incertidumbre de si existirá ó no. Si se cumple, queda entónces obligado el que prometió; y si consta ya haber faltado, no vale la promision, *l.* 12. *al fin*, *d. tít.* 11. *P.* 5., como lo advertimos ya en el *tít.* 5. al *n.* 7., en el cual y *siguientes* hemos hablado tan latamente de las condiciones, que omitiéndolo aquí por no repetirlo, solo nos queda que decir para complemento de lo que tratatamos, lo poco que se sigue.

10 Si alguno prometiere alguna cosa, y en el caso de no cumplir, cierta pena, estaria obligado á satisfacer lo uno ó lo otro, pasado el tiempo en que debió cumplirlo, si no es que hubiere prometido dar en tal caso ambas cosas; porque entónces deberia dar las dos. Y si al principio de esta promision pusiere una condicion de no hacer, diciendo: *Si no te diere ó hiciere tal cosa*, *te prometo dar* 100 *pesos*, no estaria obligado miéntras viviere y existiere la cosa; porque hasta entónces la pudo dar, y con ello evadir la obligacion de la promesa, *l.* 15. *d. tít.* 11. Cuya doctrina creemos entenderse generalmente en todas las promisiones de no hacer, tanto que se refieran al promisor como al estipulador, pues siempre deberá esperarse la muerte de aquel á quien se refiere la condicion, para que esta pueda decirse cumplida, por ser general y aplicable á todas la sólida razon en que se funda dicha *ley*, sin que tenga jamas lugar aquí la caucion llamada *Muciana*, que lo tiene en los legados, como lo hemos esplicado en el *tít.* 5. *al. n.* 9.

11 Concluimos este título diciendo, que para haber dos reos de prometer, esto es, que los dos estén obligados *in solidum*, ó al todo de lo que prometieron, es menester, que lo espresen así al tiempo de contraer la obligacion; porque si se obligaren simplemente por contrato ó de otra manera, se entienden obligados cada uno por la mitad, *l.* 10. *tít.* 1. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.* (1). Azev. en el *comentario de esta ley* prueba, que debe entenderse tanto de los fiadores como de los que se obligan como principales; y que cuando se obligaren *in solidum*, puede cada uno de ellos ser reconvenido por el todo, sin que pueda oponer la escepcion ó beneficio de la division, aunque ambos hubiesen presenciado la obligacion, siendo solventes. Y que no la necesitan para el caso en que se hubieren obligado simplemente, porque la *misma ley* quiere, que solo estén obligados por mitad; y de consiguiente bastará, que solo lo digan por via de defensa, que desde luego debe aquietar al acreedor y al juez. Segun esta esposicion de Azev. que nos parece conforme, decimos estar corregida por *esta ley* la *l.* 16. *tít.* 12. *P.* 5., que habla de fiadores. Lo esplica-

(1) Authen. Hoc ita. C. de duobus reis.

remos en el *tít. siguiente*. Cuando hay dos reos de estipular, esto es, á quienes se haya prometido todo, se debe todo á cada uno de ellos; pero pagándolo á uno solo, se estingue la deuda, como tambien si hay dos reos de prometer, y solo uno lo paga todo (1). Pueden tambien constituirse dos reos en otro contrato, ó en testamento.

(1) § 4. Inst. de duob. reis.

FIN DEL TOMO PRIMERO.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEON
ALERE FLAMMAM VERITATIS
UANL
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

377

APÉNDICE.

DOS PALABRAS DEL EDITOR.

Consecuente á lo que ofrezco al principio de esta obra, van en el apéndice que sigue, los complementos de los títulos comprendidos en el tomo primero, reservando para el segundo lo que dice relacion con los capítulos que abraza, á fin de que los jóvenes mejicanos puedan consultar mas cómodamente dónde hay falta de conformidad entre el Derecho actual español y el de su república.

Los que profesan en ella la jurisprudencia, conocen mejor que nadie la dificultad de reunir todas las leyes, decretos, cédulas y reglas que rigen en ese Estado, combatido muchos años hace por enemigos esteriores y por disensiones internas, donde el deseo de sentar una buena y permanente legislacion ha tenido que ceder á la obligacion, tan sagrada como perentoria, de rechazar al agresor, triunfar de los ambiciosos que aspiraban al mando, salir del embarazo del momento y atajar inconvenientes de corta duracion; cuidando siempre de salvar los dos grandes principios de *independencia nacional* y *Gobierno electivo*. Tamaños desórdenes han debido en algunas circunstancias impedir hasta la circulacion y publicidad de las disposiciones del cuerpo legislativo, y desde luego retardan el momento de tenerlas juntas en una coleccion bien formada. Increible parece cuánto tiempo y dispendio han sido necesarios para allegar los varios volúmenes que las contienen, y de seguro nada hubiera bastado para conseguirlo, á no

remos en el *tít. siguiente*. Cuando hay dos reos de estipular, esto es, á quienes se haya prometido todo, se debe todo á cada uno de ellos; pero pagándolo á uno solo, se estingue la deuda, como tambien si hay dos reos de prometer, y solo uno lo paga todo (1). Pueden tambien constituirse dos reos en otro contrato, ó en testamento.

(1) § 4. Inst. de duob. reis.

FIN DEL TOMO PRIMERO.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEON
ALERE FLAMMAM VERITATIS
UANL
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

377

APÉNDICE.

DOS PALABRAS DEL EDITOR.

Consecuente á lo que ofrezco al principio de esta obra, van en el apéndice que sigue, los complementos de los títulos comprendidos en el tomo primero, reservando para el segundo lo que dice relacion con los capítulos que abraza, á fin de que los jóvenes mejicanos puedan consultar mas cómodamente dónde hay falta de conformidad entre el Derecho actual español y el de su república.

Los que profesan en ella la jurisprudencia, conocen mejor que nadie la dificultad de reunir todas las leyes, decretos, cédulas y reglas que rigen en ese Estado, combatido muchos años hace por enemigos esteriores y por disensiones internas, donde el deseo de sentar una buena y permanente legislacion ha tenido que ceder á la obligacion, tan sagrada como perentoria, de rechazar al agresor, triunfar de los ambiciosos que aspiraban al mando, salir del embarazo del momento y atajar inconvenientes de corta duracion; cuidando siempre de salvar los dos grandes principios de *independencia nacional* y *Gobierno electivo*. Tamaños desórdenes han debido en algunas circunstancias impedir hasta la circulacion y publicidad de las disposiciones del cuerpo legislativo, y desde luego retardan el momento de tenerlas juntas en una coleccion bien formada. Increible parece cuánto tiempo y dispendio han sido necesarios para allegar los varios volúmenes que las contienen, y de seguro nada hubiera bastado para conseguirlo, á no

mediar la diligencia y buena voluntad de un escelente amigo que me cabe la satisfaccion de tener en Méjico. A duras penas callo su nombre, por no esponerme á que su escesiva modestia se sonroje por el desahogo de mi reconocimiento.

La persona á quien he franqueado todos estos documentos con el objeto de que redactase el presente apéndice, se ha visto muy perpleja en algunos casos para desenmarañar la medida legislativa que ha logrado triunfar de las varias tomadas sobre un mismo objeto en diversas, aunque muy inmediatas, épocas. Colocada á gran distancia del país sobre que versaban sus investigaciones, y no teniendo cerca sugetos que con el conocimiento local pudieran absolver sus dudas, ha tenido que ceñirse estrictamente á lo que las disposiciones legales arrojan de mas esencial para unas instituciones, y añadirlo á la *Ilustracion* de Sala, con la misma escrupulosidad con que otro letrado la ha aumentado hasta el dia por lo tocante al Derecho español. Se ha limitado de consiguiente á esponer la doctrina, segun resulta del testo del legislador, procurando hermanar la claridad con la concision, dotes de que no debe prescindirse en las obras elementares. En esto ha puesto un cuidado especial y minucioso, sin que alimente la confianza de que el éxito haya correspondido á sus deseos.

Si lo dicho no bastase para obtener de los jurisconsultos mejicanos toda la indulgencia que necesita, no podrán estos dejar de convenir en que el estudio de una legislacion estraña y embrollada es ímprobo por su naturaleza y poco fecundo en su aplicacion, hablando en el sentido científico; y reconocerán juntamente que por lo mismo que la empresa lleva visos hasta de temeraria, no le cabrá poca gloria á un abogado de los tribunales de España, si ha conseguido salir de ella de un modo que llene medianamente las miras de los inteligentes y de los escolares.

París, 1° de febrero de 1844.

RESEÑA HISTÓRICA

DEL DERECHO MEJICANO.

Cuando la Corona de España comenzó á gobernar desde la metrópoli el Nuevo continente, se hallaba consumada ya la reunion de los varios reinos de la Península en un imperio, y reasumido todo el poder por el cetro; en cuya consecuencia la nacion conquistadora se veia gobernada por disposiciones sueltas segun los casos y circunstancias, sin distincion de lugar ni de materias. Este mismo método fué adoptado naturalmente para regir las nuevas colonias; y en estas, como en la metrópoli, acaeció muy luego que tanto por el número de disposiciones, como por el sistema de comunicacion, llegó á hacerse sumamente dificultoso, por no decir imposible, su conocimiento. Para obviar este obstáculo en España, dispuso Cárlos I., llevándolo á cabo su sucesor, la formacion de la *Recopilacion* llamada comunmente *Nueva*, y con el propio objeto, pero concretándose al nuevo imperio, dispuso ademas Felipe II., que se compilase otra, la cual no se terminó ni recibió la sancion, hasta el 18 de mayo de 1680, en el reinado de Cárlos II. El título de esta última fué *Recopilacion de leyes de los reinos de las Indias*, llamada comunmente, *Recopilacion de Indias;* y el método que se guardó en su formacion fué el mismo que se siguió al compilar la de Castilla. Compónese pues de nueve libros, dividido cada uno en títulos, y formados estos de las cédulas, provisiones y ordenanzas ya espedidas, con alguna que otra nueva disposicion, todo bajo el nombre y numeracion de *leyes*. Con esto no quiso formarse un cuerpo de doctrina, ó un sistema ordenado de legislacion, que es lo que hoy llamamos *código*, sino simplemente una compilacion de los acuerdos tomados ya, que formaban el Derecho vigente, para reu-

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

nirlos bajo cierto órden de materias, hacer desaparecer algunas contradicciones, completar ciertos puntos, llenar vacíos, y facilitar y promover la difusion de su conocimiento. Estos acuerdos compilados eran por su naturaleza resoluciones tomadas para casos especiales, reglas adoptadas para hacer sólida y duradera la dominacion, disposiciones en fin que se concretaban á un objeto determinado y que eran debidas á respetos y circunstancias singulares; por manera que léjos de buscar en las *leyes de Indias* un cuerpo completo de Derecho aplicado á aquel continente, solo deben mirarse como escepciones del general ó comun de España. Así es que ni un solo título se encuentra acerca de las materias del Derecho civil, ni hay en aquellas cosa que no se refiera al gobierno militar, político y económico del nuevo imperio. Por esta razon las *leyes* 1. *y* 2. *tít.* 1. *lib.* 2. *de dicha Recopilacion de Indias* disponen, que en lo que no se halle resuelto por las comprendidas en esta, se siga la legislacion de Castilla; y así vino á ser el Derecho de América el mismo Derecho español, confirmado en muchas partes, y modificado apénas en alguna por la citada *Recopilacion de Indias*. Esta adopcion sin embargo, si bien fué absoluta entónces, no pudo ser ilimitada para lo sucesivo, porque siendo tan distintas las consideraciones que debian tenerse á la vista, para introducir una inovacion ó tomar un acuerdo en el antiguo ó en el nuevo continente, no podia declararse estensiva á este último toda ley sancionada para el primero. Por lo mismo la 40. *del propio tít.* 1. *lib.* 2. *de aquella Recopilacion* dispuso, que segun lo tenia mandado Felipe IV *en Monzon á* 8 *de marzo de* 1626, no se diese cumplimiento en América á ninguna ley ulterior dictada para España, sin ir acompañada de una cédula especial, despachada por el Consejo de Indias, declarándola estensiva á aquellos reinos.

No fueron solo las de esta clase las que comenzaron á hacer incompleta la *Recopilacion de Indias*, sino otras muchas espedidas directa y esclusivamente para el mismo destino; añadiéndose á todas ellas disposiciones generales del virey y de la Audiencia de Méjico, bajo el nombre de *Providencias del Gobierno superior*, y *Autos acordados*, cuya fuerza pudo ser cuestionable, pero cuya autoridad fué de hecho reconocida. El legislador que no habia previsto

este inconveniente, quiso repararlo, luego que se lo reveló el tiempo, y desde el año de 1776 dispuso que se formase *un nuevo código de leyes de Indias, completo y bien ordenado*. Pero de esta obra no se elevó á su consideracion ni fué sancionado mas que el libro primero, y esto solo para que el Consejo de Indias acomodase á él sus disposiciones, como se dice espresamente en el *real decreto de aprobacion dado en Aranjuez á* 25 *de marzo de* 1792. De aquí proviene el fundarse algunas resoluciones en lo dispuesto por la *ley del nuevo código*, el cual, por las muestras que han llegado á nuestra noticia, no hubiera llevado mas ventajas al antiguo, que las de ser mas completo y estar tal vez mejor ordenado, aunque sin alteracion ninguna en la índole radical de compilacion, ni en el carácter de código de gobierno. Durante su formacion se espidieron dos *Ordenanzas*, la *de Minería*, aprobada por *cédula de* 22 *de mayo de* 1783, y la *de Intendentes*, sancionada *el* 4 *de diciembre de* 1786, las cuales pueden considerarse como códigos especiales sobre sus materias respectivas. El general y antiguo pues, es decir, la *Recopilacion de Indias*, quedó como la única compilacion auténtica de las cédulas, provisiones y ordenanzas espedidas para América hasta 1680; y solo al zelo de un magistrado debemos hoy el tener una noticia de las disposiciones posteriores á esa fecha, y el contesto literal de algunas de ellas. En 1787 vió en efecto la luz pública en Méjico una *Recopilacion* formada por el oidor de su Audiencia D. Eusebio Ventura Beleña, en dos tomos en folio, de los cuales el primero comprende los *Autos acordados de la Audiencia* y las *Providencias del Gobierno superior* desde 1681 hasta el citado año de la impresion, y el segundo varias de las *cédulas*, *pragmáticas*, *bandos* y *ordenanzas* citados en el primero. No se contentó con estractar el contenido y publicar el testo de las disposiciones posteriores á la promulgacion del código, sino que habiéndose hecho muy rara otra compilacion de la misma naturaleza, relativa á los años de 1528 hasta el de 1677, dispuesta por otro de los vireyes, y formada por el doctor y oidor de la misma Audiencia de Méjico D. Juan Francisco Montemayor de Cuenca, la reimprimió en la parte que juzgó conducente, poniéndola al frente de su nueva obra, y añadió los autos y pro-

videncias que pudo recoger correspondientes á los años de 1677 á 1680, para que resultase completa la serie desde 1528 hasta 1787. Pero como obra de un particular, comenzada sin autorizacion del Gobierno, y dada á luz sin la sancion del monarca, no tiene fuerza legal ni puede ser citada en juicio; y para alegar alguna de las *disposiciones* contenidas en ella, como fundamento de una peticion ó de un fallo, es necesario averiguar ántes si es ó no auténtica y correcta.

Lo que no supo acabar el Consejo de Indias para América, logró llevarlo á cabo el de Castilla para España; y en 1805 recibió fuerza legal la *Novísima Recopilacion*, en la cual se habia refundido la *Nueva* anterior, añadiendo los acuerdos posteriores, mejorando el órden, aumentando las materias, reparando equivocaciones y disponiendo que cada año se colocasen en su lugar respectivo las nuevas disposiciones por medio de suplementos. Este último acuerdo no fué llevado á cabo mas que por lo tocante al año siguiente de su publicacion; pero ni en este suplemento, ni en la *cédula* general de sancion declaró el legislador estensivas á Indias sus disposiciones, como era necesario para que tuviesen en ellas fuerza legal, segun ántes hemos dicho. La *Novísima* sin embargo comprende cuasi todas las *leyes* de la *Nueva Recopilacion*, mandada guardar, como hemos visto, despues de *la de Indias;* en ella se hallan insertas ademas, espresándolo así, algunas *cédulas* comunicadas á América del modo prevenido, y en todas estas partes tuvo y conserva autoridad legítima, pudiendo servir de fundamento á las peticiones de los litigantes y á los fallos de los jueces.

Poco despues de la sancion de este código, acaeció el levantamiento, guerra y revolucion de la metrópoli para rechazar la invasion y yugo de las armas francesas, y habiendo sido una de sus fases la de constituir un Gobierno representativo, fueron llamados á formar parte de él diputados por las respectivas provincias del Nuevo continente. Sus *decretos* por lo tanto tuvieron fuerza de *ley* en el Nuevo-mundo, siempre que se cumplió con el indispensable requisito de declarar espresamente en el testo, ó tácitamente por medio de su comunicacion, que eran estensivos á aquellas regiones; y en ellas efectivamente fueron publicados y obedecidos los mas principales, debiendo considerarse por lo tanto como testo legal el de la *Coleccion oficial de los decretos de dichas Cortes*, en la parte que les concierna, y siempre que pueda justificarse la promulgacion en el territorio de la república.

Disuelto este sistema de gobierno, y restablecido el absoluto en mayo de 1814, continuó espidiendo sus cédulas y provisiones, que tuvieron fuerza de *ley* en América, hasta que derrocado á su vez por el representativo de 1820, tornaron á reproducirse las circunstancias de que hemos hablado en el párrafo precedente. Tal era el estado de las cosas, cuando al declinar el mes de setiembre de 1821, se dió en Méjico el grito de emancipacion é independencia; y habiendo cesado de hecho la dominacion de la metrópoli, fué *nacion soberana* la que ántes era *colonia dependiente*, constituyéndose en nuevo Estado, y gobernándose por leyes y Autoridades propias. Desde entónces han sido varias las formas de su Gobierno, aunque siguiendo el espíritu dominante del Nuevo-Mundo todas han sido republicanas en el fondo ménos la primera; pero como ni al tiempo de su emancipacion, ni en las vicisitudes posteriores, le ha sido dable atender á otros cuidados que á los de su conservacion y afianzamiento, no han sido sino muy someras y parciales las reformas introducidas en el Derecho constituido, y aun algunas de ellas han seguido la alternativa de los varios sistemas que se han disputado el imperio. De estas disposiciones se mandó formar una coleccion oficial, publicada en cinco volúmenes en cuarto desde 1829 hasta 1831, los cuales comprenden las *leyes*, *órdenes*, *decretos* y *reglamentos* dados desde 28 de setiembre de 1821 hasta fin de diciembre de 1830. En 1833 se autorizó á un particular para dar á luz los correspondientes á los años de 1831 y 1832; pero sin encargar la formacion de esta coleccion, como en el caso anterior, á una comision de los cuerpos colegisladores. En 1838 se publicaron con esta intervencion los correspondientes á los años de 1833 á 1837 inclusive; y hoy por fin el liciendado D. Basilio José Arrillaga está formando de órden del Gobierno una *Recopilacion de leyes, bandos, reglamentos, circulares y disposiciones que forman regla general de los supremos poderes y otras Autoridades de la república mejicana*, desde 1793

hasta la fecha corriente, de la cual á la hora en que escribimos, han llegado á nuestras manos los correspondientes á los años de 1828 á 1838 inclusive.

Desde esta última fecha hasta el mes de abril de 1842 hemos tenido que recurrir á una coleccion particular de los bandos publicados por el gobernador del departamento de Méjico, y de consiguiente no estamos seguros de poseer todos los documentos relativos á dicho período. Cuando refiriéndonos á ellos ponemos su fecha, y no la del acuerdo que les imprime el carácter legal, es porque el gobernador ha omitido esta circunstancia.

Como se deja suponer, la fuerza obligatoria y la estension de las disposiciones comprendidas en la *Recopilacion* de Arrillaga, y de las que se hayan dictado y vayan dictándose en lo sucesivo, dependen de la naturaleza del poder que las órdena, de los límites hasta donde llegan sus facultades, y de la misma índole de los acuerdos. Suponiéndolos legítimos bajo todos estos conceptos, debe gobernar entre ellos el axioma general de que *la ley posterior deroga la precedente;* y aplicando este principio, el órden gradual en que deben consultarse y ser estimadas las colecciones legales es el siguiente. En primer lugar las *disposiciones dictadas por los Gobiernos de la república bajo todas sus formas desde el* 28 *de setiembre de* 1821: en segundo, los *decretos comunicados de las Cortes españolas, desde* 1820 *hasta el* 23 *de dicho mes de setiembre de* 1824: en tercero, las *cédulas espedidas por el Consejo de Indias desde mayo de* 1814 *hasta* 1820: en cuarto, *los decretos de Cortes desde* 24 *de setiembre de* 1810 *hasta mayo de* 1814, *promulgados en Nueva España:* en quinto, las *cédulas espedidas para Indias, insertas en la Novísima Recopilacion, y las comunicadas oficialmente por su Consejo desde* 19 *de mayo de* 1680 *hasta* 24 *de setiembre de* 1810: en sesto, *la Recopilacion de Indias:* en sétimo, *la Nueva Recopilacion:* en octavo, *los Fueros Real* y *Juzgo:* en noveno lugar, *las Siete Partidas,* y en último, *la Novísima Recopilacion, en los puntos de que no hablan los códigos precedentes,* como acuerdos supletorios tomados para casos no previstos en ellos.

Tanto los códigos que acabamos de mencionar, como las Colecciones que hemos enumerado, no presentan la menor dificultad al principiante para evacuar las citas que de ellas se hagan, porque los primeros están divididos en libros, títulos y leyes, y estas se hallan coordinadas por el órden de fechas. Solo la *Recopilacion* de Montemayor y de Beleña requiere la advertencia de que, para evacuar las citas que se hagan de ella, debe considerarse dividida en tres partes, como que en efecto son tres las foliaciones que comprende el primer tomo. La primera encierra los *autos acordados de la Audiencia de Méjico desde* 1528 *hasta* 1677; la segunda, los *mandamientos y ordenanzas del Gobierno superior durante el mismo período,* con lo cual termina la obra de Montemayor; y la tercera que es la original de Beleña, comprende los *autos acordados de la misma Audiencia desde* 1677 *hasta* 1786, *los de su Sala del crímen durante igual período, y las providencias del Gobierno superior en la propia época,* todo bajo una misma foliacion, aunque con portada y órden particular para cada uno de estos géneros de preceptos. En las citas pues que se hagan de esta obra, hemos debido comprender y notar, no solo la fecha y naturaleza de la disposicion, si se refieren, sino tambien el número bajo el cual está colocada, la página en que se halla, á mayor abundamiento si se quiere, é indispensablemente la foliacion, primera, segunda ó tercera, á que corresponde.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ® DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

LIBRO PRIMERO.

TÍTULO PRIMERO.

DE LA JUSTICIA Y DEL DERECHO.

6 El poder legislativo reside en el Congreso general, compuesto de la Cámara de Diputados y de la de Senadores, y en el Presidente de la república, por lo que respecta á la sancion; y á ellos solos corresponde dictar las leyes, interpretarlas, derogarlas y dispensar su observancia. Todas sus resoluciones tienen por tanto fuerza general obligatoria, y solo se diferencian entre sí en el nombre, llevando el de *ley*, cuando versan sobre materias de interes comun, y el de *decreto*, cuando se refieren á lugar, tiempo, corporacion ó personas determinadas, *art.* 25. 64. *y* 66. *Bases de organiz. polít. de* 12 *de junio de* 1843.

7 En la nueva reconstruccion de la organizacion política de la república no se ha creido necesario confirmar esta doctrina, como lo hacia el *art.* 42. *de la* 3ª. *ley constitucional*, declarando que toda *ley* obliga desde el dia de la fecha de su publicacion, á no ser que ella misma señale otro plazo posterior, y que la promulgacion es requisito indispensable para que pueda tener fuerza obligatoria la que contenga algun precepto; pero en cambio se ha establecido de un modo espreso, que ni aun toda la suma de poderes reunidos está autorizada para dar á ninguna *ley* efecto retroactivo. § 3. *art.* 67. *Bases de organiz. polít. de* 12 *de junio de* 1843.

8 En la república está cometida al Presidente la facultad de conceder privilegios esclusivos, conforme á las leyes, á los inventores, introductores ó perfeccionadores de algun arte ó industria útil á la nacion, §. 27. *art.* 86. *Bases de organiz. polít. de* 12 *de junio de* 1843.

9 La concesion de moratoria por la autoridad judicial está implícitamente derogada por las *Bases de organizacion política*, porque es una diminucion de la propiedad, de cuyo dominio, uso y aprovechamiento no puede ser privado en todo ni en parte, directa ni indirectamente, ningun habitante de la república, mas que para algun objeto de utilidad pública, previa la indemnizacion correspondiente; ó por medio de contribuciones y arbitrios generales, bien consista esta propiedad en cosas, ó ya en acciones ó derechos, §§ 12. *y* 13. *art.* 9. *Bases de organiz. polít. de* 12 *de junio de* 1843.

TÍTULO II.

DEL ESTADO DE LOS HOMBRES, Y DERECHO QUE EN SU RAZON CORRESPONDE.

5 Por la *ley de* 5 *de abril de* 1837 quedó abolida la esclavitud sin distincion ninguna, confirmando lo dispuesto por *decreto de* 15 *de setiembre de* 1829. A mayor abundamiento, el §. 1. *art.* 9. *de las Bases de organizacion política de* 12 *de junio de* 1843, declara espresamente, que ningun habitante de la república puede ser esclavo, y que todo el que, hallándose en tal condicion, sea introducido en su territorio, queda considerado desde luego como hombre libre, y puesto bajo la proteccion de las leyes. Se halla ademas prohibida toda clasificacion por razon del orígen en los registros y documentos públicos y privados, segun la *órden de* 17 *de setiembre de* 1822. La gañanería ó especie de servidumbre adscripticia á que eran condenados los indios, la cual consistia en obligarles á trabajar perpetuamente en una hacienda de labor, de la que eran considerados como parte integrante, no pudiendo ausentarse de ella sin licencia del propietario, y pasando juntamente con la misma en caso de enajenacion á manos del nuevo dueño; no solo está abolida por las *leyes citadas*, sino que lo estaba ya por la 11. *tít.* 2. *lib.* 6. *de la Rec. de Ind.*

12, 13 y 14. Por *decreto de* 2 *de marzo de* 1826 fueron estinguidos para siempre todos los títulos de nobleza; y las demas esenciones ó privilegios de que se trata en

el *testo*, son contrarios á las *Bases de organizacion política de la república.*

16 La limitacion del privilegio de no pagar alcabala, de que se habla en *este párrafo*, está confirmada en la república por la *ley* 17. *tít.* 13. *lib.* 8. *de la Recopilacion de Indias, el auto en visita de* 17 *de diciembre de* 1770, *la real cédula de* 14 *de octubre de* 1785, (Beleña, 5ª fol. pág. 82. n.º 41. pág. 176. n. 295. y tomo 2.º pág. 152.) la *órden del supremo Gobierno de* 29 *de diciembre de* 1780, reiterada en *circular de* 9 *de enero de* 1782, y otras varias *disposiciones.*

19 Los *artículos* 14. *y* 15. *de la primera ley constitucional* determinaron que para adquirir la vecindad, era necesario residir continuamente en un lugar por espacio de dos años, establecer en él casa, trato ó industria provechosa, y manifestar á la Autoridad municipal la resolucion de fijar allí su domicilio, bastando para perderla, despues de adquirida, el mero hecho de levantar la casa, trato ó giro, estableciéndolo en otra parte. Sin embargo el silencio de las *Bases de organizacion política de* 12 *de junio de* 1843 denota, que este punto queda encomendado á las Asambleas departamentales, segun el § 10. *de su art.* 134.

20 Son mejicanos, 1.º Los nacidos en cualquier punto del territorio de la república, y los que nazcan fuera de ella de padre mejicano: 2.º Los que sin haber nacido en la república, se hallaban avecindados en ella en 1821, y no han renunciado su calidad de mejicanos: 3.º Los que siendo naturales de Centro-América, habitaban ya, cuando este formaba parte de la nacion mejicana, y han continuado residiendo despues en territorio de la república: 4.º Los estranjeros que hayan obtenido ú obtengan carta de naturaleza conforme á las *leyes.* Pero debe observarse, respecto á los comprendidos bajo el núm. 1.º, que cuando los nacidos en territorio de la república sean hijos de padre estranjero, ó los que vean la luz fuera de este territorio, no deban el ser á quien, á mas de ser mejicano, esté empleado en servicio de la república; no pueden gozar de los derechos de naturales de ella, á ménos que no muestren su voluntad de adquirirlos en la edad perentoria y del modo solemne que la *ley* designe. Esta cualidad de

mejicano se pierde, 1.º Por naturalizarse en país estranjero: 2º Por servir bajo la bandera de otra nacion sin licencia del Congreso: 3.º Por aceptar condecoracion ó empleo de otro Gobierno sin el mismo permiso, no considerándose como tal empleo, para este efecto, el cargo de cónsul ó vice-cónsul. El Congreso puede rehabilitar esta cualidad despues de perdida, *órd. de* 10 *de junio de* 1838, *y art.* 11. 12. 16. *y* 17. *Bases de organiz. polít. de* 12 *de junio de* 1843.

Los estranjeros gozan en la república de los derechos que les conceden las *leyes* y sus *respectivos tratados;* y los principales son, con arreglo á *las primeras,* libertad en la condicion civil y en la publicacion y circulacion de sus opiniones; las garantías comunes para evitar la prision arbitraria; la anterioridad de la *ley* y del tribunal al castigo y juicio del hecho; la inviolabilidad de la propiedad y del asilo doméstico, etc. Segun las *leyes constitucionales* no podian adquirir bienes raíces á no estar naturalizados, haberse casado con mejicana, y arreglarse á lo demas que prescribia la *ley* respecto de estas adquisiciones; pero hoy pueden ya adquirirlos en la proporcion y bajo las condiciones que previene el *decreto* en que se les otorga este derecho. No pueden sin embargo trasladar su propiedad mobiliaria á suelo estraño, sin cumplir los requisitos y dejar satisfecha la cuota que previenen las *leyes,* porque en este punto no han concedido las *nuevas Bases* libertad absoluta mas que á los mejicanos; y aun los bienes raíces deben venderlos, si se ausentan por mas de dos años de la república con su familia sin permiso del Gobierno, ó la propiedad llega á pasar por herencia, ó cualquier otro título, á poder de persona que no resida en la república. En estas reglas no están comprendidos los colonizadores, *art.* 1. *y* 8. *decreto de* 11 *de marzo de* 1842, *y* 7. *á* 10. *Bases de organiz. polít. de* 12 *de junio de* 1843.

Para el ejercicio de los derechos políticos se dividen tambien los mejicanos en simplemente tales y en ciudadanos. Son ciudadanos los mejicanos que hayan cumplido 18 años, siendo casados, y 21, si no lo son; que tengan ademas una renta anual de doscientos pesos por lo ménos, procedente de capital físico, industria ó trabajo personal honesto; cuya cuota puede aumentar ó disminuir el Con-

greso segun las circunstancias particulares de los departamentos. Desde el año de 1850 en adelante será requisito indispensable saber leer y escribir, á mas de los que llevamos dichos. Los derechos particulares de ciudadano se suspenden, 1.° Por el estado de sirviente doméstico : 2.° Por causa criminal, desde la fecha del mandamiento de prision, si es un particular ; y si es empleado público, desde que se declare haber lugar á la formacion de causa : 3.° Por el estado de interdiccion legal : 4.° Por ser dado á la embriaguez, tahur de profesion, ó tener casa de juegos prohibidos : 5.° Por no desempeñar los cargos de eleccion popular sin causa justificada, en cuyo caso dura la suspension lo que debia durar el desempeño del cargo. Pero tanto en este caso, como en los que comprenden los núms. 3.° y 4.°, la suspension no puede tener efecto hasta que así lo declare la Autoridad competente en la forma que la *ley* disponga. Se pierden estos derechos, 1.° Por sentencia que imponga pena infamante : 2.° Por quiebra declarada fraudulenta : 3.° Por abrazar el estado religioso : 4.° Por malversacion ó deuda fraudulenta contraida en la administracion de algun fondo público. Tambien en este último caso es indispensable la declaracion de Autoridad competente, en la forma que prevenga la *ley*, para que sea efectiva dicha pérdida. Esta puede repararla el Congreso, rehabilitando al que haya incurrido en ella, *art.* 18. 21. *á* 24. *Bases de organiz. polit. de* 12 *de junio de* 1843.

TÍTULO III.

DEL PODER QUE TIENEN LOS PADRES SOBRE SUS HIJOS.

6 El modo de estinguirse la patria potestad por la llamada *muerte civil* se halla implícitamente abolido, porque aun cuando el destierro pudiera ser perpetuo, á despecho del espíritu de la *ley* 7. *tít.* 40. *lib.* 12. *Nov. Rec.*, y el § 2. *art.* 67. *de las Bases de organizacion política de* 12 *de junio de* 1843, está prohibida espresamente la confiscacion de bienes por el *artíc.* 179. *de estas últimas Bases.*

TÍTULO IV.

DE LOS DESPOSORIOS Y MATRIMONIO.

3 á 9 La legislacion de la república despojó tambien á este asunto del carácter judicial que le dieron los últimos monarcas de la metrópoli, y lo convirtió en puramente gubernativo, encomendando su conocimiento á las Autoridades de esta esfera. Así es que segun los *art.* 74. 75. 140. *y* 141. *de la ley de* 20 *de marzo de* 1837, el menor que juzgaba infundado el disenso de los padres ó tutores, en los casos y términos prescritos en el *decreto de* 10 *de abril de* 1803, de que se habla en *el* § 9. *del testo*, debia dirigirse al subprefecto, al prefecto ó al gobernador, quedando á su arbitrio someter la queja al juicio de cualquiera de estas tres Autoridades; pero con el bien entendido de que elevándola primero al gobernador, si bien debia tomar consejo de lo que hoy es Asamblea departamental, su fallo era irrevocable. Estas Autoridades conocian gubernativamente del negocio, y cuando se juzgaban suficientemente instruidas, dictaban su providencia ; pero de esta podia apelarse, escepto en el caso que acabamos de notar, haciéndolo así presente á la misma que habia dado el fallo, dentro de los ocho dias siguientes á su notificacion. Para este segundo exámen era competente la inmediata en la escala de su jerarquía ; y así el prefecto entendia en la reforma ó revocacion del acuerdo tomado por el subprefecto, y el gobernador en la del que hubiese provisto el prefecto ; debiendo el primero tomar parecer de asesor, y oir este último el parecer de lo que hoy es Asamblea del departamento. Pero como estas disposiciones forman parte de un *Reglamento provisional para el gobierno interior de los departamentos*, incompatible con el espíritu de las nuevas *Bases de organizacion política de* 12 *de junio de* 1843, y señaladamente con el *tít.* 7.°, solo puede sentarse como doctrina segura, que esta materia de suplemento de licencia civil para contraer matrimonio, no es judicial, sino gubernativa, y que de ella debe conocerse en la forma y tiempo que determine cada Asamblea en su respectivo departamento.

16 Para los llamados *indios*, el parentesco natural ó de consanguinidad no es impedimento para contraer matrimonio, mas que hasta el segundo grado inclusive; y del que resulta de este segundo grado de consanguinidad y del de afinidad por cópula lícita, y del primero y del segundo con atingencia al primero en la línea trasversal, y de este primero por cópula ilícita, pueden dispensar los diocesanos, y *sede vacante* los cabildos, *Breves de Clemente XIV. de 7 de marzo de 1770, Pio VI. de 23 de julio de 1778 y 11 de setiembre de 1779, y Pio VII. de 10 de mayo de 1816, y real céd. de 12 de octubre de 1816.*

17 La pena de confiscacion de bienes no puede hoy imponerse, en virtud del *artículo 179. de las Bases de organizacion política de 12 de junio de 1843.* — En América ademas se ha guardado desde muy antiguo el derecho de que todos los curas párrocos, seculares ó regulares, y con su licencia los vicarios ú otros sacerdotes pueden casar sin necesidad del beneplácito del Ordinario, siempre que conste la libertad de entrambos contrayentes por medio de la informacion debida, y no resulte impedimento canónico de las diligencias ordinarias. Pero están esceptuados de esta regla general los que no tienen domicilio fijo y se llaman *vagantes*, y los que son de diversa nacion ó de diócesis distinta, y se apellidan *estranjeros*, para los cuales es necesaria la intervencion del diocesano, *real céd. de 26 de julio de 1774.* (Beleña, 3.ª fol. pág. 187. n. 320.)

20 El segundo caso en que, segun el *testo*, cesaba la sociedad conyugal no puede darse en la república, porque la pena en que se funda tal doctrina, está abolida por el *art. 179. de las Bases de organizacion política de 12 de junio de 1843.*

23 Como que en la república no existe la institucion de los mayorazgos, no puede tener cabida en ella la escepcion que se hace en el *testo* respecto á las mejoras con que se haya aumentado el valor de sus bienes.

29 Entre los mejicanos es ociosa la cuestion sobre si el mayor de 18 años y menor de 25 casado gozarán ó no del *caso de corte*, porque no existe ya semejante prerogativa.

TÍTULO VI.

DE LA LEGITIMACION Y DEL PORFIJAMIENTO Ó ADOPCION.

3 Este modo de legitimar debe entenderse por autorizacion ó disposicion del Congreso, que es quien ejerce la autoridad que en este punto cometian al monarca las *leyes de Partida.*

5 La intervencion y autoridad que la *ley de Partida* daba al monarca en esta materia, la ejercen hoy los gobernadores de los departamentos, porque en concepto de los jurisperitos mejicanos no encierra esta arrogacion acto alguno judicial ni legislativo, y corresponde por lo tanto al poder ejecutivo. Nuestra opinion es diversa; pero no nos permite la índole de la obra esponer sus fundamentos.

TÍTULO VII.

DE LA TUTELA Y CURADORÍA.

8 La doctrina de *este párrafo* no puede tener aplicacion en la república, porque está abolida en ella la esclavitud por la *ley de 5 de abril de 1837 y el § 1. art. 9. de las Bases de organizacion política de 12 de junio de 1843.*

11 En la república mejicana no puede darse semejante especie, por la razon que acabamos de esponer.

13 En la república no existen títulos ni prerogativas de nobleza, segun el *decreto de 2 de marzo de 1826* y el espíritu de su sistema de gobierno, y de consiguiente no puede haber mozos *grandes*, á quienes deba dar tutor el supremo poder ejecutivo en reemplazo del monarca.

14 El segundo y tercer modo de acabarse la tutela no pueden tener cabida en la república, porque el destierro de que se trata en el *testo*, supone cuando ménos la confiscacion de bienes, abolida por el *art. 179. de las Bases*

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

de organizacion política de 12 *de junio de* 1843, y la esclavitud lo está tambien por el § 1. *art.* 9. *de las mismas Bases, y la ley de* 5 *de abril de* 1837.

15 Aunque esta vénia es una dispensa de *ley*, y como tal parece que su otorgamiento debia corresponder al Congreso, se ha preferido en la república fijar por medio de una *ley* las circustancias que deben reunirse para obtenerla, y dejar á cargo del Presidente de la república el cuidado de examinar y declarar, si concurren ó no en el candidato los requisitos necesarios. Miéntras no se promulgue esa *ley*, á que se refiere el testo de las *Bases* que vamos á citar, estos requisitos están comprendidos en la palabra general *idoneidad*, de que se habla en el § 1. *art.* 66. *y* § 28. *art.* 87. *Bases de organiz. política de* 12 *de junio de* 1843.

21 Con el tiempo dejará de poder tener cabida en la república la escusa décima de las que se refieren en el *testo*, por hallarse abolida la esclavitud, segun varias veces hemos dicho.

TÍTULO VIII.

DE LA RESTITUCION DE LOS MENORES.

8 En las causas criminales no existe semejante privilegio, y no puede pedirse restitucion *in integrum* del término de prueba, *art.* 131. *ley de* 23 *de mayo de* 1837.

LIBRO SEGUNDO.

TÍTULO PRIMERO.

DE LA DIVISION DE LAS COSAS, Y DEL MODO DE ADQUIRIR SU DOMINIO.

5 La administracion de estos bienes está encomendada á los cuerpos municipales, con arreglo á lo dispuesto en sus *Ordenanzas particulares*, y en general con sujecion á lo mandado en las *Ordenanzas de Intendentes, en el tít.* 13. *lib.* 4. *de la Recop. de Ind., y en el tít.* 16. *lib.* 7. *Nov. Rec.*

14 El *tít.* 25. *lib.* 4. *de la Rec. de Ind.* ponia algunas trabas al buceo de perlas; pero las cortó radicalmente el *decreto de Cortes de* 16 *de abril de* 1811, derogando espresamente las *leyes de dicho título* y todas las demas que restringiesen en algun modo la absoluta libertad que estableció para el indicado buceo, como tambien para la pesca de la ballena, de la nútria y del lobo marino, *d. decr. de Cortes, y decrs. de* 20 *de noviembre de* 1829 *y* 23 *de mayo de* 1832.

18 Esta legislacion sobre los bienes mostrencos fué mandada guardar en América por la *ley* 6. *tít.* 12. *lib.* 8. *de la Rec. de Ind.*, sin que parezca á nuestro entender que quiso corregirla en parte la *circular de* 21 *de octubre de* 1782, de que habla Beleña en *la* 3ª *fol. pág.* 117. *n.* 133., la cual reduce á un año el término de los pregones. En la república ademas deben incluirse en esta clase de bienes los que habiendo sido vinculados, y no estando legítimamente enajenados, se averigüe por cualquier medio que no se han poseido con título justo, ó no hay quien suceda legalmente en ellos por testamento ó *ab intestato*. Para declararlos mostrencos, debe instruirse un espediente, de oficio ó por denuncia, con audiencia del ministerio

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

fiscal, en el cual ha de constar por medio de sumaria de testigos, que por muerte del último poseedor se hallan vacantes dichos bienes; y ha de resultar tambien que habiendo fijado edictos por espacio de dos años, de ocho en ocho meses, tanto en el pueblo en donde residió el último poseedor, como en los lugares en que se hallan radicados los bienes y en sus capitales respectivas, dándoles publicidad ademas en el periódico oficial y otros particulares, en los cuales se citaba para que compareciesen dentro de dicho plazo los que se considerasen con derecho, bajo apercibimiento de declararlos vacantes trascurrido este término; ó no se ha presentado nadie, ó si álguien ha deducido sus pretensiones, no ha podido justificar el derecho necesario, *art.* 2. *ley de* 22 *de mayo de* 1835.

19 Las *leyes* que se citan en *este párrafo*, no han tenido cumplimiento nunca en América, y en su lugar se ha observado el derecho siguiente. Con arreglo á lo dispuesto en la *ley* 2. *tít.* 12. *lib.* 8. *de la Rec. de Ind.*, de todos los tesoros encontrados en los sepulcros, oques, casas y otros lugares, en donde los indios ofrecian sacrificios á sus ídolos, debe entregarse á la Hacienda pública el uno y medio por ciento del valor íntegro por derecho de fundicion, ensayo y marca, si el tesoro consiste en metales preciosos fundidos ó labrados, en perlas ó en piedras, y si en cobre, plomo ó estaño, solo el uno por ciento: del valor restante debe sacarse el quinto para el mismo destino, suponiendo, tanto para este abono como para el anterior, que no consta que ántes hayan sido satisfechos uno ni otro derecho; y por último se queda la misma Hacienda con la mitad del residuo sin deduccion alguna, guardando solo la otra mitad el descubridor por toda recompensa. Si el tesoro ha de buscarse de intento en cualquier otra parte, el que se propone este objeto, debe ante todas cosas hacerlo presente al gobernador, para fijar ántes de comun acuerdo la parte que podrá reservarse, y obtener el permiso necesario para hacer las escavaciones que le convengan. Aun entónces deben preceder á la concesion del permiso garantía formal, con persona, bienes y fianzas bastantes, de indemnizar los menoscabos que cause con sus operaciones en la propiedad ajena, y el nombramiento por parte del gobernador de una persona que intervenga en todos los trabajos para asegurar el pago de los derechos. Estos son el uno ó uno y medio por ciento segun el caso, como acabamos de decir, el quinto del residuo, y las partes que se hayan estipulado en favor de la Hacienda pública; teniendo presente que los gastos del descubrimiento han de quedar esclusivamente á cargo del que lo propone, sin que por ningun título puedan imputarse en la masa comun de los productos, *ley* 1. *tít.* 12. *lib.* 8. *Rec. de Ind.*

Respecto á las minas, se gobierna tambien esta materia por lo dispuesto en las *Ordenanzas del ramo de* 22 *de mayo de* 1783, cuyo *título quinto* dispone, que si bien las minas, por su naturaleza como por la incorporacion dispuesta en la *ley* 4. *tít.* 13. *lib.* 6. *de la Nueva Recopilacion*, ó 3. *tít.* 19. *lib.* 3. *de la Novísima*, pertenecen hoy á la nacion, sin embargo, sin separarlas de su patrimonio, pueden adquirirlas los particulares en propiedad y posesion, de tal modo que tengan facultad para venderlas, permutarlas, arrendarlas, donarlas, dejarlas en testamento, ó enajenar ó traspasar de cualquier modo su derecho. Para esto es indispensable labrar y disfrutar dichas minas del modo que está prevenido en las *Ordenanzas*, y contribuir al tesoro con el tanto que está impuesto á su producto. Las *Recopilaciones de Indias y de Castilla* prohibieron á los estranjeros la adquisicion de estas propiedades; mas la legislacion de la república comenzó por autorizarlos para adquirir acciones, y ha acabado por derogar absolutamente dicha prohibicion, igualándolos en un todo con los naturales para este efecto, *decr.* de 7 *de octubre de* 1823; *y art.* 2. *decr. de* 11 *de marzo de* 1842.

20 Segun el *decreto de Cortes de* 10 *de junio de* 1813, el autor goza del derecho esclusivo de imprimir su obra por todo el resto de su vida y hasta diez años despues de su muerte, contándose este último término de diez años desde el dia en que se dé á luz, cuando la obra sea póstuma. Las corporaciones gozan de este privilegio por el término de cuarenta años. Se entiende por *obra* toda produccion literaria, sea cual fuere su estension, aunque sea periódica. La violacion de este privilegio reimprimiendo furtivamente una obra de propiedad ajena, puede ser denunciada por el interesado, y debe ser castigada por el juez como una usurpacion de propiedad ordinaria.

TITULO IV.

DE LOS TESTAMENTOS.

6 El testamento otorgado con fe pública debe suponerse abolido, porque en este linaje de facultades no ha sido reemplazada en la república la autoridad del monarca. Tocante al militar, debió de comunicarse á América la *cédula de 24 de octubre de* 1778, en que se funda la doctrina del testo, puesto que la inserta Beleña en la 5ª *fol. p.* 343. *n.* 731.

7 Abolida la esclavitud, es escusado lo que en *este párrafo* se dice tocante á los esclavos.

9 Hoy pueden ya testar sin escepcion alguna los condenados al último suplicio, porque ha sido borrada del código penal la confiscacion de bienes por el *art.* 179. *de las Bases de organizacion política de* 12 *de junio de* 1843. En cuanto á la prohibicion impuesta á los religiosos profesos de poder testar, debe entenderse solo miéntras sigan en el claustro, porque la esclaustracion legal los habilita civilmente para este acto. Así lo declaró para España el Consejo en 1786, segun el testimonio del *Febrero novísimo, lib.* 2. *tít.* 2. *cap.* 1. § 28. y así parece inferirse del espíritu de las *leyes* 6. *tít.* 12. *lib.* 1. *de la Rec. de Ind., y* 12. *tit.* 20. *lib.* 10. *de la Nov. Rec.*, las cuales habilitan á los clérigos seculares para testar, no solo de los bienes patrimoniales, sino de los adquiridos por razon de su ministerio, beneficio eclesiástico, y en general por el servicio de la iglesia. Esto mismo lo corrobora la *cédula de* 5 *de diciembre de* 1783, la cual permite suceder por testamento y *ab intestato* á los ex-coadjutores y sacerdotes profesos de la estinguida Compañía de Jesus, privándoles solo del *arbitrio* de testar, por la misma razon que tenia el legislador para encomendar la administracion de los bienes á los parientes mas cercanos, es decir, por razon de circunstancias, Beleña, 3ª *fol. pág.* 338. *y* 339. *n.* 722. *y* 723. *y tomo* 2º. *pág.* 388. *n.* 74.

TÍTULO V.

DE LA INSTITUCION DE HEREDERO, SUSTITUCIONES Y DESHEREDACIONES.

3 La *cédula* en que se funda la doctrina de *este párrafo*, fué comunicada á América por *otra de* 18 *de agosto de* 1775, y publicada por *bando de* 16 *de enero de* 1776, segun lo refiere Beleña 5ª *fol. pág.* 224. *n.* 421.

16 En la república no hay mas que una Autoridad que pueda conceder este plazo, y esta es la judicial: de consiguiente no hay mas que el segundo plazo de que se habla en el *testo*, que es el de nueve meses.

TÍTULO VI.

DE LAS MEJORAS DE TERCIO Y QUINTO, LEGADOS, ETC.

1 El gravámen perpetuo del tercio está prohibido en la república á mayor abundamiento por el *art.* 1º *de la ley de* 7 *de agosto de* 1823.

TÍTULO VII.

DE LOS MAYORAZGOS.

1 Por *decreto de* 7 *de agosto de* 1823, todos los bienes que habian sido legalmente vinculados hasta el 27 de setiembre de 1820, fueron declarados absolutamente libres desde esta última fecha, prohibiéndose al mismo tiempo toda vinculacion ulterior de estos mismos ó de otros algunos. Al que entónces era poseedor del mayorazgo, no se le permitió sin embargo disponer mas que de la mitad del vínculo, y se reservó para el sucesor inmediato la parte restante, la cual pasó á ser de libre disposicion, así que llegó á adquirirla el nuevo dueño. Para determinar el modo de hacer la

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

division por mitad de los que fueron vínculos, la distribucion de las cargas, la declaracion de si habia ó no sucesor inmediato, el reparto de los títulos ó dictados de honor, y todos los demas incidentes propios de este sistema de desvinculacion, adoptó la citada *ley* las reglas dictadas en el *decreto de Cortes de* 27 *de setiembre de* 1820, declarándolo vigente desde su fecha; pero como en la parte relativa á las capellanías eclesiásticas, obras pias y manos muertas se separó de este *decreto* derogándolo espresamente, y en algun otro punto modificó tal cual de sus artículos; vamos á copiar los que no sean idénticos entre sí, limitándonos á indicar los que sean exactamente iguales en su contesto.

« Art. 1°. Los bienes que alguna vez fueron vinculados, lo dejaron de ser desde 27 de setiembre de 1820, en virtud de la *ley de esa fecha*, y continuarán en la clase de absolutamente libres, sin que ni ellos ni otros algunos se puedan volver á vincular.

Art. 2°. Han estado por tanto en la clase de libres los mayorazgos, cacicazgos, fideicomisos, patronatos ó capellanías laicas, y cualquiera otra especie de vinculacion de bienes raíces, muebles, semovientes, censos, juros, foros, ó de cualquiera otra naturaleza; debiendo por lo mismo arreglarse á la mencionada *ley* los casos ocurridos sobre la materia.

Art. 3.° Los que poseian en 27 de setiembre de 1820, y aun poseen las vinculaciones suprimidas, han podido y pueden disponer libremente, como propios, de la mitad de los bienes en que aquellas consistieron, y despues de su muerte pasará la otra mitad al que debia suceder inmediatamente en el mayorazgo, si subsistiese, para que pueda tambien disponer de ella libremente como dueño.

Art. 4.° (Está formado de la última cláusula del 2.° *del decreto de las Cortes españolas*, que se halla en la página 215, y sigg. de este tomo.)

Art. 5.° Los créditos con que estuviesen gravados en general todos los bienes de la vinculacion, y las cargas así temporales como perpetuas que reporten, se dividirán por mitad entre los bienes de que puede disponer el poseedor actual, y los que se reservan al inmediato sucesor, de manera que este no quede perjudicado; pues si algunos bienes ó fincas particulares reportasen censos ó gravámenes con hipoteca especial, y estos se comprendiesen en la parte reservada para dicho sucesor inmediato, deberá el actual poseedor redimirle ó indemnizarle de ese gravámen con parte de los bienes que quedan á su disposicion.

Arts. 6.° 7.° y 8.° (Son por su órden *el* 3.° 4.° *y* 5.° *del decreto de Cortes* con la variacion natural y necesaria de la referencia á los artículos anteriores.)

Art. 9.° Lo dispuesto en los artículos precedentes no se entiende con respecto á los bienes que fueron vinculados, acerca de los cuales pendan en la actualidad juicios de incorporacion ó reversion á la nacion, tenuta, administracion, posesion, propiedad, incompatibilidad, incapacidad de poseer, nulidad de la fundacion, ó cualquiera otro que ponga en duda el derecho de los poseedores actuales: estos, en tales casos, ni los que los sucedan, no podrán disponer de los bienes, hasta que en última instancia se determinen á su favor en propiedad los juicios pendientes, los cuales deberán arreglarse á las *leyes* dadas hasta el dia 27 de setiembre de 1820, ó que se dieren en adelante. Pero se declara, para evitar dilaciones maliciosas, que si el que perdiese el pleito de posesion ó tenuta, no entablase el de propiedad dentro de cuarenta dias precisos, contados desde el en que se le notificó la sentencia, ó si habiéndose entablado y dádose sentencia en primera instancia, ó en vista, no interpusiere el recurso de apelacion ó suplicacion, ó interpuesto, no lo siguiere dentro del término de cuatro meses; no tendrá despues derecho para reclamar, y aquel en cuyo favor se hubiere declarado la tenuta, posesion ó propiedad, será considerado como poseedor legítimo, y podrá usar de las facultades concedidas en el *art.* 3.°

Art. 10. (Es *el* 9°. *del decreto de Cortes.*)

Art. 11. Entiéndase del mismo modo que lo que queda dispuesto, es sin perjuicio de los alimentos ó pensiones que los poseedores actuales deben pagar á sus madres viudas, hermano, sucesor inmediato, ú otras personas con arreglo á las fundaciones ó convenios particulares, ó á determinaciones en justicia. Los bienes que fueron vinculados, aunque pasen como libres á otros dueños, quedan sujetos al pago de estos alimentos ó pensiones, miéntras vivan los que en el dia las perciban, ó miéntras conserven el dere-

cho de percibirlos, si este fuere temporal; escepto si los alimentistas son sucesores inmediatos, en cuyo caso dejarán de disfrutarlos, luego que mueran los poseedores actuales. Despues cesarán las obligaciones que existan ahora de pagar tales pensiones y alimentos; pero se declara que si los poseedores actuales no invierten en los espresados alimentos y pensiones la cuarta parte líquida de las rentas del mayorazgo, están obligados á contribuir con lo que quepa en la misma cuarta parte del valor de los bienes de que puedan disponer, para dotar á sus hermanas y ausiliar á su madre y hermanos que carezcan de arbitrios; é igual obligacion tendrán los sucesores inmediatos por lo respectivo á la parte de bienes que se les reserva.

Art. 12. (Es *el* 11. *del decreto de Cortes*, con la adicion siguiente: Si los poseedores actuales no tuviesen consignada cantidad alguna á sus mujeres para cuando queden viudas, careciendo estas de bienes propios con que mantenerse en este estado, deberán percibir durante su vida la quinta parte de las rentas líquidas del mayorazgo, que se les pagará en los términos esplicados ántes.)

Art. 13. (Es *el mismo* 13. *del decreto de Cortes.*)

Art. 14. Se derogan los artículos de la *ley de* 27 *de setiembre de* 1820, relativos á capellanías eclesiásticas, obras pias y manos muertas, dejando vigentes las antiguas *leyes* sobre adquisicion de bienes raíces y amortizacion.»

Se declaró ademas *en* 22 *de mayo de* 1835 por *decreto de esa fecha*, que «los poseedores de mayorazgos ó de cualquiera otra especie de vinculaciones, cuyo sucesor haya sido ó sea desconocido, han podido y pueden disponer libremente de todos los bienes que por tal título hayan poseído ó posean, practicadas las diligencias que previno la *órden de las Cortes españolas de* 15 *de mayo de* 1821.» Estas diligencias son las que hemos espuesto como necesarias para declarar mostrencos en su caso estos mismos bienes en lo que hemos anotado al § 18. *tít.* 1. *de este mismo libro.*

TÍTULO VIII.

DE LAS SUCESIONES INTESTADAS.

12 De esta prohibicion de heredar están esceptuados los ex-coadjutores y sacerdotes profesos de la estinguida compañía de Jesus, y por analogía de razon todos los regulares esclaustrados, principalmente los que lo son por haber suprimido el Gobierno los conventos de su órden, *real céd. de* 5 *de diciembre de* 1783, *comunicada á Indias por real órd. de* 30 *de julio de* 1784 (Beleña, 3ª. fol. pág. 338. y 339. ns. 722. y 723. y tomo 2º. pág. 388. n. 74.) *y nota* 2. *tít.* 20. *lib.* 10. *Nov. Rec.*

13 La *pragmática-sancion* en que se funda la doctrina de *este párrafo*, fué comunicada y mandada guardar en Indias por *real cédula de* 20 *de junio del mismo año*, y sus disposiciones fueron reiteradas por *cédulas de* 13 *de marzo de* 1777 *y* 27 *de abril de* 1784. (Beleña, 3ª. fol. pág. 69. n. 8. pág. 115. n. 126. y pág. 340. n. 727.)

TÍTULO X.

DE LAS VENTAS Y COMPRAS.

9 El *art.* 25 *del Reglamento de Corredores de la ciudad de Méjico de* 18 *de noviembre de* 1834 confirmó la *ley de la Novísima*, en que se funda la doctrina de *este párrafo*, tanto por lo respectivo á la prohibicion, como en cuanto á la pena; mas el *nuevo de* 20 *de mayo de* 1842 ha variado entrambas cosas. Segun *sus arts.* 15. 16. *y* 31. no les es lícito á los corredores traficar directa ó indirectamente, en nombre propio ó en ajeno, bajo la multa del diez por ciento del valor de la negociacion, ó del interes que represente, si la hizo en compañía; ni adquirir lo que se haya dado para vender á él ó á otro corredor (esta prohibicion no está sancionada con ninguna pena), ni trasmitir un negocio que se le haya confiado, ó aceptar el que esté encomendado á un tercero, bajo la pena de 50 pesos

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

por la primera vez, ciento por la segunda y doscientos á la tercera.

13, 14 y 15 Por los *artículos* 8. *y* 9. *del decreto de Cortes de* 8 *de junio de* 1813, copiados en la pág. 262, se hallan derogadas en la república la tasa y demas cortapisas que se esponen en el *testo*, y las prácticas que en él se mencionan. Esceptúanse por supuesto los géneros estancados.

17 Prescindiendo de la escepcion de la esclavitud, que ya no puede tener cabida en la república, es en ella tambien un principio sancionado por la legislacion fundamental, que ninguno de sus habitantes puede ser privado de su propiedad legítima contra su voluntad, sino en el caso de que así lo exija la utilidad pública y previa la indemnizacion correspondiente; dejando á cargo de una ley el determinar, cuál es la Autoridad competente para hacer esta declaracion, y cómo debe procederse en el justiprecio. Miéntras se dicta esa ley, no será inoportuno recordar, que segun *el* § 3. *art.* 2. *de la primera ley constitucional*, la Autoridad á quien estaba encomendada la declaracion de utilidad, era el Presidente con sus Ministros en la capital de la república, con apelacion á la Suprema Corte de justicia, y en los departamentos, el Gobierno y la Junta departamental, con apelacion al tribunal superior; debiendo hacerse el justiprecio por dos peritos, de los cuales nombraba uno el interesado, y dirimiéndose la discordia por un tercero con arreglo á Derecho, § 13. *art.* 9. *Bases de* 12 *de junio de* 1843.

TÍTULO XII.

CUÁNDO Y CÓMO SE PAGA LA ALCABALA Y EL LUISMO POR RESCINDIRSE Ó DESHACERSE LA VENTA.

2 Este parecer de los autores se halla adoptado y confirmado en la república por el *art.* 37. *de la Instruccion para el adeudo de este derecho*, formada por la Contaduría general *con fecha de* 28 *de febrero de* 1835, y mandada guardar por repetidas *órdenes del Gobierno*.

4 La *Instruccion*, á que acabamos de hacer referencia, no adopta resueltamente ninguna de las dos opiniones que se esponen en el *párrafo*, y solo advierte que en los casos en que, siendo válida la venta, se rescinda ó no llegue á consumarse, se pida y espere la resolucion del Gobierno, *art.* 40. *de d. Instruc. de* 28 *de febrero de* 1835.

6 La doctrina de *este párrafo* se halla espresamente reconocida y sancionada en la república por el *art.* 34. *de la citada Instruccion de* 28 *de febrero de* 1835.

7 Sobre todas las especies de que aquí se trata, ha creido perjudicial el Gobierno dictar reglas generales, é imposible abarcar por este medio todos los casos posibles; por lo cual se ha reservado examinarlos y resolverlos cada uno por sí, á medida que se ofrezcan, tomando en cuenta menudamente las circunstancias particulares, *arts.* 39. *y* 40. *de d. Instruc. de* 28 *de febrero de* 1835.

8 Segun afirma algun autor, esta *cédula de* 17 *de junio de* 1793, por la cual se mandó que los censos redimibles no causen mas que una alcabala, la cual han de abonar por mitad al tiempo de la imposicion entrambos contrayentes, fué mandada guardar en América por *otra de* 11 *de marzo de* 1819; mas por el *art.* 52. *de la Instruccion de* 28 *de febrero de* 1835, si bien se confirma la doctrina, de que no se debe exigir mas que una alcabala de todo censo redimible, y que esta ha de satisfacerse al tiempo de la imposicion; se declara en oposicion á dicha cédula, que quien debe abonarla es el censatario. El mismo autor asegura que en la *cédula de* 24 *de agosto de* 1777, que él declara haber sido publicada por *bando de* 14 *de enero de* 1779, se dispuso que en el censo consignativo satisficiese la alcabala el censatario; pero en el estracto que hace Beleña de *dicha cédula, bajo el n.* 40. *en la pág.* 81. *de la* 3ª *foliacion*, no se halla tal especie. — En cuanto á la permuta, está derogada la *ley de la Novísima* que se cita en el *testo*, por el *art.* 3. *de la ley de* 22 *de mayo de* 1837, segun el cual no se adeuda alcabala en este contrato mas que por la parte en que esceda el valor de una finca sobre otra, lo que debe entenderse, siempre que se abone este esceso en dinero; porque solo entónces puede decirse que se compra la parte á que no alcanza el valor del objeto que se entrega, y no cuando se compensa con otra especie. — Tocante á las ventas condicionales, no puede exigirse la

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

alcabala, hasta que no se cumpla la circunstancia de que está pendiente la existencia del contrato, segun opinan Azevedo y Hevia Bolaños, y se deduce de los principios fundamentales de este linaje de obligaciones; y así lo dispone en efecto el *art.* 38. *de la Instruccion citada*, aunque reservándose la facultad de examinar el objeto y buena fe de estas condiciones. — El préstamo de dinero con interes legal bajo hipoteca espresa, general ó especial, conocido en la república bajo el nombre de *depósito irregular*, y que algunos equiparan al censo consignativo, no adeuda alcabala, segun una *real órden* que se cita, *de* 21 *de julio de* 1771, *y el art.* 58. *de la Instruccion mencionada;* ademas de que ya veremos despues que no es dable reputarlo como tal censo. — De todos ellos hemos dicho que no se adeuda alcabala, mas que al tiempo de la imposicion; pero esto debe entenderse únicamente de su constitucion, porque si se enajena el carácter de censualista, esto es, si se dona, vende, etc. el derecho de percibir la pension, sí que debe satisfacerse el impuesto. Tambien debe tenerse presente respecto á la redencion, que solo deja de estar sujeta á la alcabala, cuando se hace en dinero, porque si se hace entregando una finca, se adeuda el derecho, á ménos que no sea alguna de las acensuadas, en cuyo caso está libre del impuesto, *arts.* 54. *y* 56. *de d. Instruc. de* 28 *de febrero de* 1835. — Si el censo está destinado á obras pias, y se venden los bienes sobre que se halla impuesto, para hacer efectivos el capital y las pensiones vencidas, está condonada de derecho la alcabala que se adeuda, si el producto no escede de la suma debida, *art.* 48. *d. Instruc. de* 28 *de febrero de* 1835. — La venta de bienes para dar cumplimiento á obras pias, está esenta de tal impuesto, segun *real cédula de* 24 *de diciembre de* 1722, *repetida en real órden de* 19 *de mayo de* 1785 (Beleña, 3ª fol., pág. 84. n. 46.), *y acuerdo de la Junta superior de Hacienda de* 22 *de abril de* 1801, *aprobado por real órden de* 24 *de mayo de* 1802. — Lo está igualmente la enajenacion de bienes de una herencia que no admite fácil division, siempre que concurran en ella los tres requisitos siguientes: 1°. Que realmente no admitan cómoda distribucion; 2°. Que se haga para dividir la herencia; 3ª Que recaiga la adjudicacion en algun heredero. A estos, que se

deducen de la disposicion esplícita de las *leyes* y de sus fundamentos, se añadió un cuarto requisito por *acuerdo de la Junta superior de Hacienda de* 7 *de mayo de* 1805, segun el cual era indispensable que no se admitiese á ningun postor estraño á la licitacion, debiendo en el caso contrario pagarse alcabala de todo lo que no correspondiese al heredero por su parte, en el supuesto de que el remate y adjudicacion recayesen en favor de alguno de ellos; pero aunque se consultó de nuevo este acuerdo tres años despues, en 1808, por no haber recibido contestacion de la superioridad, no se tiene noticia de que recayese sobre él real órden aprobatoria. Concurriendo pues los tres primeros requisitos cuando ménos, no se adeuda alcabala en la venta de bienes hereditarios que no admiten fácil division, por mas que el *art.* 43. *de la Instruccion de* 28 *de febrero de* 1835 parezca ordenar lo contrario, declarando por punto general que toda enajenacion de herencia es verdadera venta y está sujeta por lo tanto al impuesto, porque ademas de ser dudoso si en él está comprendido el caso escepcional de que hemos hablado, no puede la débil fuerza de una pauta general para las oficinas sobreponerse á la autoridad y carácter de *ley* de las siguientes disposiciones: *real cédula de* 5 *de setiembre de* 1735, *decreto de* 23 *de marzo de* 1781, *y real órden de* 3 *de diciembre de* 1781 (Beleña, 3ª foliacion, pág. 87. ns. 53. y 54. y tomo 2°. pág. 17. n. 6.). — Contra lo dispuesto por el *art.* 42. *de la misma Instruccion de* 28 *de febrero de* 1835 y otras varias *disposiciones*, no puede exigirse este impuesto de las adjudicaciones en pago ó á título de herencia, en la parte que cubran la deuda comun ó el derecho de sucesion; pero si sobrepujaren en algo, sí que debe abonarse por lo que corresponda á este esceso, *art.* 3. *ley de* 22 *de mayo de* 1837. Para desvanecer toda duda, el *art.* 44. *de la misma Instruccion* declara que en la espropiacion forzosa por causa de utilidad pública se adeuda alcabala, porque no hallándose declarado que la enajenacion de bienes particulares para obras de comun provecho esté libre de tal impuesto, cuando se haga voluntariamente; seria de peor condicion el que de grado se allanase á la venta persuadido de su conveniencia, que el que oponiéndose indebidamente á ella, obliga á la Autoridad á pasar por todos los trámites

de la enajenacion forzosa. — Para evitar las ventas simuladas que se hacian, dando una finca en arrendamiento por tiempo indeterminado, se halla dispuesto desde largo tiempo que se devengue alcabala de todo contrato de locacion-conduccion que se celebre por diez ó mas años, *real céd. de* 21 *de agosto de* 1777 (Beleña, 3ª foliacion, pág. 81. n. 10.), *y art.* 59. *Instruc. de* 28 *de febrero de* 1835.— No puede exigirse este impuesto por fin de la simple promesa de vender, ni de la transaccion; pero es siempre bajo el supuesto de que no se apele á estos contratos como meras apariencias, para encubrir una venta real y eludir su pago, *arts.* 31. *y* 47. *de d. Instruc.*—El tanto que debe abonarse en la república por derecho de alcabala, es el 6 por ciento como cuota fija; pero á esta suele agregarse otra eventual segun las circunstancias. Al aplicarse esta cuota, debe deducirse ántes el capital que corresponda al censo con que estuviere gravada la finca, porque segun hemos visto, ya satisfizo la alcabala al tiempo de la imposicion y no debe tornar á pagarla; pero si lo que pesa sobre la finca, es la hipoteca de un *depósito irregular*, no debe bajarse su importe, porque ni se abonó el impuesto al constituirla, ni el tal depósito puede considerarse como censo, *decr. de* 7 *de octubre de* 1821, *y arts.* 3. 4. 53. *y* 58. *de d. Instruc. de* 28 *de febrero de* 1835.

TÍTULO XIII.

DE LOS LOGUEROS É DE LOS ARRENDAMIENTOS.

10 El *art.* 2. *del decreto de Cortes de* 8 *de junio de* 1813, vigente en la república, dispone que los arrendamientos de cualesquiera fincas deben ser libres á gusto de los contratantes, y por el precio ó cuota en que se convengan, sin que el dueño ni el arrendatario de cualquiera clase puedan pretender que el precio estipulado se reduzca á tasacion, si bien pueden usar en su caso del remedio de la lesion y engaño, con arreglo á las *leyes*.

12 En los nuevos arrendamientos de cualesquiera fincas, ninguna persona ni corporacion podrá bajo pretesto alguno alegar preferencia sobre otra que se haya convenido

con el dueño, como dice el *art.* 1. *del citado decreto de Cortes*.

13 y 14 Los arrendamientos de tierras ó dehesas, ó cualesquiera otros predios rústicos, por tiempo determinado, fenecen con este sin necesidad de mutuo desahucio, y sin que el arrendatario de cualquiera clase pueda alegar posesion para continuar contra la voluntad del dueño, cualquiera que haya sido la duracion del contrato; pero si tres dias ó mas despues de concluido el término permanece el arrendatario en la finca con aquiescencia del dueño, se entiende esta arrendada por otro año con las mismas condiciones. Los arrendamientos sin tiempo determinado duran á voluntad de las partes; pero cualquiera de ellas que quiera disolverlos, puede hacerlo así avisando á la otra un año ántes; y tampoco tiene el arrendatario, aunque lo haya sido muchos años, derecho alguno de posesion, una vez desahuciado por el dueño, *art.* 5. *y* 6. *de d. decreto de Cortes*.

14 Durante el tiempo estipulado deben guardarse religiosamente los arrendamientos, sin que el dueño, ni aun con el pretesto de necesitar la finca para sí mismo, pueda despedir al arrendatario, sino en los casos de no pagar la renta, tratar mal la finca, ó faltar á las condiciones estipuladas. El arrendatario no puede subarrendar ni traspasar el todo ni parte de la finca sin aprobacion del dueño, pero sí que puede vender ó ceder sin ella al precio que le parezca, alguna parte de los pastos ó frutos, á no ser que se haya estipulado otra cosa en el contrato, *art.* 5. *y* 7. *de d. decr. de Cortes*.

15 Á mayor abundamiento declara el *art.* 3. *del citado decreto de Cortes*, que los arrendamientos obligan del mismo modo á los herederos de ambas partes.

16 Por *real cédula de* 5 *de agosto de* 1734 se dispuso que en América, puesto que la Autoridad suprema gubernativa era la única competente para aprobar estos arrendamientos, podian hacerse mejoras de cualquier cuantía á la postura con que se hubiese cerrado el remate ante la comision, hasta que dicha Autoridad lo declarase arreglado; y si bien despues de esta aprobacion no podia admitirse, como dice el *testo*, mas que la cuarta puja, no debia darse, segun en él se añade, la cuarta parte de esta me-

jora al que por ella quedaba privado de la adjudicacion para indemnizarla en cierto modo, sino que correspondia toda entera á los fondos públicos, Beleña, *tomo* 2. *pág.* 6. *n.* 2.

TÍTULO XIV.

DE LOS CENSOS.

20 Por *real cédula de* 13 *de marzo de* 1786 se fijó para América la tasa del 5 por ciento, Beleña, 3ª. *fol. pág.* 307. *n.* 660.

30 Por *reales cédulas de* 9 *de mayo de* 1778 *y* 16 *de abril de* 1783 se hizo estensivo á América el establecimiento de estos oficios de anotacion de hipotecas, con el propio fin y bajo las mismas reglas que se esponen en el *testo*, Beleña, 3ª. *foliacion*, *pág.* 269. *ns.* 552. *y* 553. *y tomo* 2. *pág.* 306. *n.* 55.

En todo el territorio de la república se conoce ademas bajo el nombre de *depósito irregular* un contrato, por el cual se entrega cierta cantidad en dinero por tiempo determinado, con la obligacion de abonar durante él un interes legal, y devolver el capital del préstamo, espirado el plazo. Para asegurar el cumplimiento de estas obligaciones, suele hipotecarse especialmente alguna finca; y como los plazos que se señalan son largos, y aun suelen renovarse al espirar, reiterando el contrato, los autores equiparan este depósito al censo consignativo, siempre que media dicha hipoteca. Fácil es de conocer sin embargo que no solo está léjos de haber igualdad, sino ni siquiera semejanza entre ambos contratos, porque el censo consignativo, como todos los demas censos, es un derecho consignado en una cosa, y no contra ninguna persona; exigible por lo tanto del poseedor, y no del sucesor en la obligacion; relativo y pendiente de la existencia y rendimientos de la finca, y no absoluto contra la persona obligada; al paso que en el citado depósito, ó mas bien préstamo, la hipoteca especial es una mera garantía que produce una accion accesoria, sin que por ella varíe de carácter la principal, que es personal, y sin que ni para el cobro de los réditos, ni para la subsistencia ó estincion de la obligacion se tomen en cuenta los rendimientos, ni la conservacion de la finca hipotecada. El depósito irregular pues, medie ó no la garantía de la hipoteca especial, es un préstamo con interes, y debe gobernarse por las reglas comunes del contrato de mutuo, de que hablaremos á su tiempo.

FIN DEL APÉNDICE AL TOMO PRIMERO.

fin del apendice al tomo primero
Monterey Abril 30 de 1869
Nicolas Garcia Perez

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

UNIVERSIDAD AUTONOMA DE NUEVO LEON
ALERE FLAMMAM VERITATIS
BIBLIOTECA PARTICULAR PROPIEDAD DE
Dác. Santiago Ruiz García
UANL
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN ®
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS