

LAS PRINCIPALES MATERIAS

EN QUE EL DERECHO ESPAÑOL NO CONCUERDA

CON EL ROMANO.

Se ha dicho por cuantos han manejado las *Recitaciones del Derecho civil segun el orden de la Instituta*, escritas por Heineccio, ser en su clase la mejor obra y mas á propósito para el fin que se propuso, de enseñar á la juventud los sólidos principios del Derecho romano, por su claridad, enlace de principios y demas ventajas que reúne, tanto que ha merecido la general aceptacion, y ha sido, por decirlo así, el vestibulo por donde nuestros juriscultos entraban en el estudio del Derecho patrio. Esta verdad consagrada por el tiempo, no se desconocerá nunca, ni á nosotros nos será lícito dudar de ella; mas no por eso dejaremos de decir que si el objeto de este tratado es cimentar en la legislacion universal á los que se didican al estudio de la jurisprudencia, convendria siempre acomodarle á los usos, costumbres y legislacion particular de cada reino. Sin embargo, como contraerla á este punto precisamente, seria quitarle su verdadero mérito, y de una obra general hacerla particular de la nacion á que se acomodase, despojándola de la cualidad de elemental; para llenar el fin que nos proponemos, nos parece oportuno reunir en este apéndice las materias principales del Derecho español como un complemento de las *Recitaciones del Derecho romano* de Heineccio, ha-

ciendo un ligero resúmen de la parte legislativa de nuestra jurisprudencia, que ó bien se desconoció en aquel, ó por lo ménos no se estableció bajo de los principios que entre nosotros; y aún cuando llegue á variarse segun la ilustracion del siglo, los deseos del gobierno actual y otras circunstancias, podrá sufrir este apéndice la misma alteracion. No basta al jurisperito, en materia de legislacion y política, entender y saber el Derecho romano: son necesarios otros conocimientos del nuestro, sin los que no podria ejercer acertadamente los diversos empleos á que puede destinársele en la carrera literaria; y á esta clase pertenece todo lo que aquí adicionamos.

LIBRO PRIMERO.

TÍT. II. §. 59 á 63.

Al tratar de las leyes particulares, ó llamémoslas *privilegios*, nos ha parecido indicar algo de otros conocidos en España bajo el nombre de *obrepticios* y *subrepticios*, esto es, concedidos á la sombra de una mentira ú ocultando las preces que motivan su expedicion. Estos privilegios fué siempre la voluntad de los soberanos, no tuviesen efecto ni valiesen, segun así lo dispone una lei de *Partida*, porque su naturaleza distintiva es la de ser contra la pública utilidad, contra el Derecho, ó concedidos en perjuicio de un tercero: cuyas circunstancias los invalidan, dejándolos sin ningun efecto legal.

Tambien conocemos en España otros privilegios llamados *moratorias*, concedidos por el soberano, y las mas vezes por sus tribunales supremos, que son ciertas concesiones hechas en favor de los deudores, por las que se les concede algun plazo para la satisfaccion de sus deudas. Para que tenga lugar este privilegio son necesarios cier-

tos requisitos: 1º que los deudores se obliguen al pago en el plazo señalado; 2º que lo afianzen de un modo seguro; y 3º que esta fianza sea á gusto y satisfaccion de los acreedores: para lo cual se les hace saber, y formándose un juicio entre estos y aquel, recae la sentencia de concesion de moratoria, que suele estenderse á uno, dos, cuatro y mas años.

TÍT. III. §. 76.

Al estado de los hombres se conceden por nuestro Derecho varias consideraciones, por las que se disfrutan en la sociedad distintos honores y prerogativas dignas de saberse, y que no encontramos deslindadas con la debida claridad en el Derecho romano. Segun el estado natural de los hombres, unos son *nacidos* y otros *engendrados*: el Derecho considera á estos últimos, siempre que se trata de su bien, lo mismo que á aquellos, segun lo previene una lei de *Partida*; pero debe concurrir necesariamente en su nacimiento, el que sean dados á luz vivos, vivan por lo ménos 24 horas, hayan sido bautizados, y ademas nacidos en tiempo en que naturalmente pueden vivir, pues de otro modo son incapazes de adquirir los efectos que el Derecho les da. Segun este mismo estado natural, conocemos la diferencia entre *varon* y *hembra*, cuyos derechos emanados de la naturaleza son iguales en ambos, y cuya diferencia por el Derecho civil se marcará en su respectivo lugar.

Segun el estado civil se dividen los hombres en *libres* ó *siervos*, pudiendo nosotros decir en cuanto á estos últimos, que en España es desconocida la esclavitud como la ejercian y tuvieron los romanos, y solo se conservan algunos restos; aunque mucho mas benignos y favorables para con los desgraciados siervos, en algunas provincias y ciu-

dades de nuestras posesiones de ultramar, que es mui fácil se estingan totalmente, quitando del Derecho esta division tan odiosa, y constituyendo á los denominados siervos en la clase de libres, aunque de inferior condicion y sujetos á ciertos trabajos propios de su nacimiento y educacion.

Segun este mismo estado se subdividen los hombres en *nobles* y *plebeyos*, en cuya clase se conocen varias especies, siendo esta en general una cualidad de distincion que eleva al hombre á una clase superior que la regular. Á esta son concedidos ciertos privilegios, de los cuales hai algunos en uso, y son, el no poderse desdecir de haber injuriado á otro, y el no poder ser embargados por deudas la casa de su morada, sus armas, caballos y demas que sea propio de tales caballeros, sin que puedan renunciar esta lei establecida en su favor. Tambien les está concedido el uso de pistolas de arzon, y otros privilegios que podrán verse con mas estension en los autores que han tratado de esta materia.

De la segunda division de hombres libres se hace otra subdivision en nuestro Derecho, la de *eclésiásticos* y *legos*, siendo los primeros los que están adscritos al servicio de la iglesia, ejerciendo en ella algun cargo propio de su ministerio; y los segundos todos los demas. Son tambien *seculares* ó *regulares*, conociéndose bajo de esta última denominacion los que han profesado alguna religion aprobada; unos y otros gozan de varias prerogativas concedidas por diferentes leyes.

Se subdividen los hombres libres en *vecinos* y *transeuntes*, siendo los primeros los que tienen constituido domicilio fijo en cualquier pueblo, contribuyendo en el mismo á las cargas del estado y disfrutando en él los honores y prerogativas propias de vecindad; y los otros los que se

encuentran por temporada sin ánimo de permanecer ni fijar su residencia en el pueblo en que se hallan.

La última subdivision de hombres libres es en *naturales de estos reinos y extranjeros*, entendiéndose por natural, segun la *lei recopilada*, aquel que es nacido en estos reinos ó es hijo de padres nacidos en ellos, ó que al ménos lo haya sido el padre ó haya contraído domicilio viviendo por espacio de diez años en el reino; y extranjero, á quien falta alguna de estas circunstancias. Se han concedido á los naturales ciertos cargos ú oficios, particularmente en los pueblos de su vecindad, que no pueden ocupar los extranjeros. Estos pueden obtener la naturalizacion, consiguiendo para ello carta de tal, que se concede por el soberano despues de examinadas las circunstancias que se hallan prevenidas en distintas disposiciones legales.

TÍT. IX.

Aunque este título se halla suficientemente esplicado, tanto en los *Elementos del Derecho romano* como en las *Recitaciones*, no dejamos de hallar algunas diferencias en nuestro Derecho patrio. Nunca se han concedido en España derechos tan terribles y latos á los padres para con sus hijos, como los dió su Derecho á los romanos, entre los cuales ejerció en un tiempo el padre el derecho de vida y muerte sobre sus hijos; cosa ciertamente repugnante á la misma naturaleza. Nada hacian suyo los hijos, pues cuanto adquirian, se entendia y reputaba por de sus padres; y en fin, no eran considerados en esta sociedad paternal sino como unos entes prontos al servicio del padre, sin la menor representacion por sí. Nuestras leyes, mas benignas y templadas, al establecer los derechos emanantes de la patria potestad, concedieron al hijo una

representacion separada de la del padre; le asignaron bienes de los mismos que él adquiriese, que denominaron *peculios*; ampliaron los modos de salir de la patria potestad, y por último solo vinieron á conceder á los padres un derecho, para exigir de sus hijos los oficios de respeto y sumision debidos, y el de corregirlos y castigarlos moderadamente, y una administracion lata de sus bienes, miéntras estuviesen en su poder; derechos todos emanantes de la naturaleza, y cuya obligacion recíproca nunca se desconoció por ninguna sociedad, aún por las que se gobernaron por leyes mas despóticas y bárbaras. Entre nosotros los hijos casados y velados salen de la patria potestad, como lo estableció una *lei recopilada*, al paso que entre los romanos todos los descendientes lo estaban bajo la del pariente mas anciano de la línea paterna. En los demas modos de concluirse la patria potestad está conforme nuestra legislacion con la romana, pudiendo solo añadirse, que segun nuestras leyes todo empleo ó destino que el hijo obtenga, por el cual se constituya jefe privativo de cualquier cuerpo ó reunion, lo exime y libra de la patria potestad; y tambien cesa esta, siempre que el padre cometiere el pecado de incesto.

TÍT. X.

En España suelen preceder al matrimonio los *esponsales*, que son el mutuo prometimiento de casarse que se hace por los contrayentes; y como que son unos verdaderos contratos, puede reclamarse civilmente su cumplimiento en el tribunal competente, que lo es el eclesiástico, segun se halla establecido por la *lei de Partida*: bien que esta obligacion puede dejarse de cumplir, siempre que intervenga una justa causa de las señaladas en otra *lei*.

Por lo respectivo á esta materia se hallan establecidas varias pragmáticas, pudiendo todas tenerse por refundidas en la publicada en 30 de abril de 1803, que establece que ni los hijos de familia menores de 25 años, ni las hijas menores de 23, á cualquiera clase del estado que pertenezcan, pueden contraer matrimonio sin licencia de su padre, quien en caso de resistir el que sus hijos ó hijas intentasen, no estará obligado á dar la razon ó explicar la causa de su resistencia ó disenso. Los hijos que hayan cumplido 25 años, podrán casarse sin el consentimiento paterno; y lo mismo las hembras que hayan cumplido los 23. En defecto del padre tendrá la misma autoridad la madre; pero los hijos adquieren entónces la libertad de casarse un año ántes, esto es, los varones á los 24, y las hembras á los 22, todos cumplidos. Á falta de padres tendrán la misma autoridad los abuelos, adquiriendo los menores en tal caso la libertad de casarse á su arbitrio, si son varones, á los 23 años, y las hembras á los 21. Á falta de padres y abuelos podrán los tutores resistir los matrimonios de los menores, y á falta de estos el juez del domicilio; pero todos sin obligacion de explicar la causa, y en este caso adquirirán los varones la libertad de casarse á los 22 años, y las hembras á los 20, tambien cumplidos. Concluye por último esta pragmática previniendo, que las personas que hayan de solicitar licencia, para contraer matrimonio, del soberano, de su cámara ó gobernador del Consejo, necesitan, para solicitarla, haber obtenido previamente la licencia de sus padres, abuelos ó tutores; previniendo últimamente que los vicarios eclesiásticos que autorizasen matrimonios, para los que no estuviesen habilitados los contrayentes segun los requisitos espresados, sean espatriados y ocupadas sus temporalidades, y en igual pena de espatriacion incurrirán los contrayentes, con la de confiscacion de sus bienes.

En España se conceden ciertos efectos civiles al matrimonio, que desconocieron las leyes romanas, siendo el principal y conexo á este título el conocido con el nombre de *gananciales*, que son las adquisiciones que hacen ambos cónyuges constante el matrimonio; las que son por mitad para cada uno de estos, disuelto aquel por cualquiera de las causas establecidas: debiendo entenderse que los que cada cónyuge aporta al matrimonio, bien ántes de celebrarse este, bien despues, con tal que conste cuáles son, por escritura pública ó por otro de los medios establecidos en el Derecho, serán propios de cada uno ó de sus herederos respectivos. Por manera que se tendrán por gananciales todos los bienes que aparecieren al tiempo de la disolucion del matrimonio, y para sacar los cónyuges los á ellos respectivos, deberán acreditar su dominio; para lo cual se usa frecuentemente otorgar por el futuro esposo á la futura esposa la correspondiente carta dotal, en que se explica el modo con que se han de devolver estos bienes dotales, y en ella se incluye la escritura de reconocimiento de capital que aporta el marido; y la mujer declarará ser tales los bienes que se incluyen en la dicha escritura.

Tambien se observan ciertas anomalías en esta sociedad, llamada *conyugal* y establecida por beneficio de la ley, que dura únicamente miéntras hai matrimonio; las que la hacen separarse de las demas sociedades regulares, estableciendo ciertas reglas propias de ella sola, y que nunca podrán aplicarse al contrato de sociedad. En primer lugar se advierte que en esta sociedad se reparten las ganancias por mitad, sin contemplacion á que el uno haya llevado mas caudal que el otro, ni tampoco que haya puesto mas trabajo para su adquisicion, ni que los bienes aportados por su mejor calidad sean mas productivos. Esta sociedad queda disuelta por la muerte de cualquiera

de los cónyuges ó por la separacion declarada judicialmente, ó llamémosla divorcio, sin que nunca pueda entenderse renovada ó continuada contra el cónyuge supérstite y los herederos del difunto, aunque ellos lo intenten y presten su voluntad para este contrato, pues estando establecido por la lei únicamente en los matrimonios, no podrá tener sus efectos fuera de estos, porque cesan los justos motivos que en aquellos existen para el establecimiento de tal sociedad conyugal. En ella tiene el marido la posesion y el dominio *in actu* de todos los bienes que la componen, y puede por lo mismo enajenar y vender los bienes de esta sociedad, mientras dura, siempre que el marido no lo haga en perjuicio de la mujer, ni disponga de ellos sino por contrato entre vivos, pues *mortis causa* no le es permitido. Tambien existen dos únicos casos en que durante el matrimonio cesa esta sociedad; que son si la mujer al tiempo de contraer el matrimonio ó despues de contraido, renuncia á ella, y cuando los bienes de uno de los cónyuges fuesen confiscados por sentencia declaratoria de esta pena, en cuyo caso queda para el otro cónyuge su mitad de gananciales íntegra.

Asimismo puede tenerse por efecto peculiar de esta sociedad, el que los frutos ó productos de los bienes propios de cada uno de los esposos, entran tambien en la masa de gananciales, igualmente que los gastos hechos para sembrar, barbechar, etc., y los productos de los empleos que disfruta el marido, por reputarse frutos civiles de los mismos; y segun una lei pertenecen á esta sociedad los frutos y rentas de cualesquiera oficios, siendo tambien pertenecientes á esta sociedad los aumentos ó mejoras de los bienes de cada uno de ellos, con tal que provengan de la industria ó trabajo: aunque no así los aumentos que dimanen ó provengan de la naturaleza de los mismos bienes, pues estos tocan á aquel de quien son las propie-

dades. Cesa este efecto en las mejoras hechas en las fincas de mayorazgo, por ceder todas al mismo; y aunque segun la inteligencia de las leyes que hablan sobre esta materia, parece deben entenderse únicamente las mejoras hechas en las cercas de los bienes amayorzados, y las necesarias sin las que se destruirian aquellos, esto no obstante se ha tenido por mas conforme y arreglado á la práctica la doctrina que se ha sentado al principio. Tambien cesa dicho efecto en las adquisiciones hechas por derecho de retracto, pues solo en el cónyuge adquirente concurren los requisitos apetecidos para él, quedándole al otro únicamente el derecho á la mitad del precio por que se compró la finca *retraida*.

Es renunciabile, segun llevamos manifestado, el derecho á la mitad de los gananciales, y hecho esto por la mujer, no está obligada á satisfacer las cargas que sobre dichos bienes gananciales gravitan, como son el pago de las deudas contraidas por el marido, las donaciones *propter nuptias* de los hijos, y las dotes de las hijas, pues es claro que siendo estas cargas deudas del matrimonio, y no pudiéndose llamar bienes gananciales sino lo que resulte despues de cubiertas aquellas, renunciándolos la mujer, se libra de las cargas y deudas propias de ellos.

Tambien se conceden otros efectos civiles al matrimonio en favor de los maridos y relativos á sus mujeres, que se hallan establecidos en distintas leyes de la *Novisima Recopilacion*; y son que ninguna mujer casada pueda, constante el matrimonio, sin licencia de su esposo repudiar ninguna herencia á que tenga derecho, bien por testamento, bien abintestato; ni tampoco aceptarla sino con beneficio de inventario: que no pueda celebrar contrato alguno ni apartarse de los contraidos, dando por libre de ellos al contrayente: que no pueda hacer cuasi contrato, ni por consiguiente comparecer en juicio por sí ó por me-

dio de procurador: que el marido pueda dar su licencia bien general, bien particular para contraer á la mujer, y para hacer todo lo demas que sin ella no podria: que tambien pueda el marido ratificar lo que la mujer hubiese hecho sin su licencia, bien sea en general, bien en especial: y últimamente que el juez pueda con conocimiento de causa compeler al marido á que dé su licencia para todo aquello que la mujer no podria hacer sin ella, obligándole, si hubiese resistencia, y en su caso dándola el juez; y surte el mismo efecto que la marital.

Es tambien efecto civil del matrimonio, el que el marido, entrando en los 48 años, pueda administrar su caudal y bienes, y los de su mujer, sin necesidad de obtener la correspondiente dispensa de edad; y tambien lo son las esenciones concedidas á los casados, librándolos de ciertas cargas y oficios concejiles en los cuatro primeros años del matrimonio, y otras que constan en nuestras leyes; como igualmente la desheredacion que concede á los padres la pragmática de matrimonios, cuando el hijo lo contrae contra lo en ella espresamente establecido.

Aunque los romanos conocieron tambien la materia de dotes y se halla tambien establecida en su Derecho, encontramos sin embargo algunas diferencias, ya en su clasificacion, ya en los efectos dimanantes de esta. Conócense pues entre nosotros distintas clases de dotes, como son la *estimada é inestimada, voluntaria y necesaria, adventicia y profecticia, entregada y confesada*; clasificaciones todas que creemos no necesiten esplicarse, y así solo trataremos de manifestar los diversos efectos que producen.

En la estimada debe preceder siempre su aprecio, para que así conste el valor de los efectos que se aportan al matrimonio, y en caso de devolucion pueda hacerse de este, si no existen aquellos: en la inestimada, únicamente se hacen constar los efectos llevados en dote que podrán

reclamarse por los herederos siempre que existan. Voluntaria puede definirse, hablando legalmente, una donacion que da cualquiera persona sin que pueda ser compelido á hacerlo, porque ninguna obligacion tiene á ello, al paso que la profecticia, es carga de los padres, y que por lo tanto deben señalarla. No es tan lata esta obligacion que no tenga prefijados sus límites en nuestras leyes, y así está tasada en las mismas con arreglo á la riqueza del padre, teniéndose por inoficiosa, en cuanto esceda de esta justa regulacion. Las dotes entregada y confesada gozan de mui distintos efectos en lo tocante á su restitution, pues tratándose de la de aquella, se le concedió el privilegio de antelacion á cualesquier deudas del marido, y tiene tambien el concepto de pignoraticia, y para su pago están espresamente hipotecados los bienes del marido; al paso que la confesada carece del privilegio dotal y se considera como una deuda, con mas ó menos preferencias, segun sus circunstancias. En la entregada, como quiera que el marido se hace dueño de ella por título de compra, y con solo la obligacion de restituir el precio en que fué estimada, puede enajenarla á su voluntad, y aún en el sentir de algunos autores, sin la menor intervencion de la mujer.

Últimamente, respecto de la restitution de las dotes, debemos manifestar que disolviéndose el matrimonio por muerte de cualquiera de los cónyuges, debe hacerse aquella inmediatamente, si los bienes en que consiste la dote, son raíces, y dentro de un año, si fueren muebles. Tambien tiene lugar la restitution de la dote por el divorcio; y tanto en el caso anterior como en este, se deja conocer la razon que impulsó á establecerla en la lei de *Partida*, porque en ambos casos cesa la causa, que fué el sosten de las cargas matrimoniales.

Tiene la mujer otros bienes ademas de los dotales, que

nosotros conocemos con el nombre de *parafernales*, cuyo dominio pertenece al marido, constante el matrimonio, siempre que la mujer se los entregue; mas no constando esto, quedan de propiedad particular de aquella.

No se hace mérito de otra clase de donaciones que tambien señala nuestro Derecho, por encontrarlas establecidas en el romano.

TÍT. XIII.

En este título solo notaremos algunas pequeñas diferencias que se encuentran establecidas por nuestro Derecho, y que á la verdad esclarecen mas los fundamentos legales en que se apoyan. Los romanos hicieron semejante la tutela á la herencia, deduciendo de este principio varias consecuencias, y la principal era, que no pudiendo uno morir parte testado y parte intestado lo mismo sucedia con respecto á la tutela; mas entre nosotros, no rigiendo este principio, y pudiéndose hacer testamento aún sin instituir heredero, no deben tener entrada semejantes consecuencias. Tambien se consideró la tutela como un acto legítimo, y que debe interponerse inmediatamente en el mismo negocio por la autoridad judicial; mas nuestro Derecho solo exige lo que los prácticos conocen con el nombre de *discernimiento*, sin pararse en que la petición que para este se hace á la Autoridad, sea inmediatamente ó despues de trascurrido algun tiempo.

Entre las excusas establecidas por los romanos, encontramos una que lo es, el tener tres tutelas que no sean honorarias ni leves; mas concediendo las leyes de nuestro *Fuero Juzgo* y *Real* la décima parte de los bienes del pupilo al tutor en concepto de administrador de los bienes de este, es claro que esta tutela no puede considerarse en España como onerosa al tutor, ni por consiguiente ser-

virle de excusa, militando la misma razon con respecto á otras que, consideradas como una carga, han dejado ya de serlo en razon de la décima concedida.

Últimamente la accion que se da por razon de la tutela es pública, pues cualquiera tiene derecho para ejercitarla en beneficio del menor, aunque sea solo movido por piedad.

LIBRO SEGUNDO.

TÍT. X.

No deja de encontrarse alguna diferencia del modo de hacer testamento por Derecho romano, al que nosotros observamos. Se hace únicamente en España el testamento, ó nuncupativamente ó por escrito: en el primer caso debe reducirse á escritura, y en el segundo no se exigen otras formalidades que la asistencia del escribano con el número competente de testigos. Ha quedado reducida esta facultad ó derecho de testar, á ejercer el hombre del modo que mejor le parezca, y siempre que en ello no haya prohibicion, su voluntad para disponer de sus bienes del modo y en favor de la persona que mas sea de su agrado. Así que han desaparecido de nuestro Derecho mil fórmulas y otras tantas formalidades que debian observarse en la confeccion de los testamentos por el romano. Entre los romanos era, por decirlo así, la esencia de los testamentos la institucion de heredero, por manera que al que carecia de este requisito, no se le atribuían los efectos de tal, haciéndose varias ficciones, para que nunca resultase testamento sin institucion de heredero; y llegó á tenerse hasta por ignominioso el morir sin heredero. Mas entre nosotros, para que tenga cumplido efecto la última disposicion, no es necesaria tal formalidad, y podrá mui