

TÍTULO V.

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

Tít. 41. P. 4. Tít. 3. lib. 40. de la Nov. Rec. (1).

1. *Qué sea dote, y cuándo puede constituirse.*
2. *Division de la dote en adventicia y profecticia.*
5. 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.*
15. 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.*

4 Como apenas 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. 4. tit. 41. 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. 4.*

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 estreño.* Profecticia se llama *La que sale de los*

(1) Tít. 5 et seqq. lib. 25. et tit. 4. et seqq. lib. 24. Digest.

bienes del padre, ó del abuelo, ó de los otros, que suben por la línea derecha. Así las explica la *ley 2. de d. tit. 41.* 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. 41. al fin.*

5 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. 46. d. tit. 41.* El modo ordinario de darse las dotes en el día, es diciendo: *doy en dote mil pesos en los bienes siguientes; en tal pieza de ropa justificada en 50 pesos, en tal en 40, en tal casa en 300, 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. 41.* 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. 48. d. tit. 41.* El Derecho de los romanos, que estableció lo mismo, señaló la razon en este segundo caso en la *ley 40. §. 4. y sig. de jur. dot.* de que en él hay verdadera vendicion; 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, disminucion ó estincion de ellas. Esta razon la aprueban y siguen nuestros intérpretes; y por cuanto alguna vez se da á las cosas dotalas estimacion, sin ánimo de que resulte vendicion, si 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. tit. 41. 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 dotalas en la constitucion del dote, se pacta deberse restituir, ó las cosas mismas, ó su estimacion. Si así se hiciera, añadiéndose que el derecho de escoger fuese de la mujer, sería 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. 48. l. 49. d. tit. 41.* : lo que tambien se debe guardar, si establecida la alternativa, á ninguno de los cónyuges se dió la facultad de escoger; porque entónces tambien sería del marido el derecho de escoger, como advierte Gregor. Lóp. en la *glos. 7. de la l. 48.*, 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 sería de este: de suerte que en todos los casos el daño ó pro de las cosas dotalas es de aquel cónyuge en quien pararan por eleccion suya, ó del otro. Y adviértase como cosa

(1) L. 40. § 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. 46. del tit. 41. (1).*

6 Si se hubieren dado en dote ganados no apreciados, el pro ó daño acaecido en ellos sería 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. tit. 41.* Si lo dado fuere 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. tit. 41.* y cualquier otro, que por haberla prometido, *l. 40. d. tit. 41.* 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. tit. 41. 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. § 4. 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. 41. 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. 45.* 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. 41. 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. 41. 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 42. de la Nov. Rec.* Y hay además otra tasa en *dicha ley 5.*, y es que ninguno pueda dar ni prometer por vía 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. 41. P. 4.* Pero los que percibiérese 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. 41. (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. 41. (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 criticos 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 ux. act.

que valgan estas enajenaciones, como puede verse en Gu-
tiér. *de juram. confirm. cap. 1.* y en Larrea *alegac. 35.*
n. 26. Lo acordamos con dolor, porque siempre lo tendre-
mos 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.

15 Debe restituirse la dote, cuando se disuelve el matri-
monio por muerte de cualquiera de los cónyuges, con la di-
ferencia de haberse de restituir desde luego, si los bienes
dotales fuesen raíces, y dentro de un año, si fuesen mue-
bles, *l. 31. d. tit. 41. P. 4. (1).* Pero hay tres casos refe-
ridos en la *ley del mismo título*, en que cesa esta obliga-
cion de restituir, á saber: I. Si los contrayentes hubiesen
pactado entre sí, que muerto uno de ellos sin hijos, que-
dase 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,
pertenece á ellos la propiedad, y á su padre ó madre que
viviere, el usufructo. Y si la mujer muriese sin hijos, pero
dejando padres, pertenecería 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 resti-
tuir la dote, lo dice tambien de la donacion que hizo el ma-
rido á la mujer, que tampoco la obliga á la restitution, 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 cóny-
uges, lo es tambien de restitution de dote el de divorcio,
l. 26. l. 31. de d. tit. 11. P. 4. porque en ambos cesa la
razon de disfrutarla el marido para sostener las cargas del
matrimonio, *l. 7. l. 25. de d. tit.* Y otro circunstanciado
se propone en la *ley 29. del mismo título*: la cual esta-
blece, 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 ux. 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 mis-
mos cónyuges. Y avisa y prueba Gregorio López en en la *glosa*
4. de d. l. 29. que si fuese evidente ser el marido un di-
lapidador ó pródigo, ni aun dando fiador debia concedér-
sele la administracion de la dote. Pero si el marido teni-
endo 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. tit. 41.*
que tambien dice pertenecer su dominio al marido mientras
dura el matrimonio, si la mujer se los dió con esta inten-
cion; pero no dándoselos, ó no constando de esta inten-
cion, permanecen en el de la mujer. Y por derecho mas re-
ciente, que estableció la *ley 7. tit. 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 *tit. antece-*
dente, n. 27. Por lo tocante á estos bienes parafernales
tiene la mujer el mismo privilegio que en los dotales, de
estar hipotecados para su restitution 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 cónyuges, 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, recono-
cieron 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. tit. 41. 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-

2 En conformidad de lo que acabamos de referir, decimos, que solo tenemos en España dos modos de legitimación. 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. tit. 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 séguida con la barragana, como espresamente lo dispone la *ley 2. tit. 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. tit. 15. Piden merced los omes á los emperadores, é á los reyes en cuyo señorío viven, que les haga 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 legitimación 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. tit. 15.* Y de la palabra *naturales* de que usa esta *ley*, infiere Greg. Lóp. en su *glosa 1.* no tener lugar la legitimación 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 espresase 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. tit. 15.* [Por la *ley de 14 de abril de 1858*, el rey resuelve las instancias sobre legitimaciones de los hijos naturales, segun los define la *ley 1. tit. 5. lib. 10. Nov. Rec.* (y se halla copiado mas adelante en el *lib. 2. tit. 8. n. 4.* de la presente obra), y para solicitarlas, debe guardarse lo prevenido en la *real orden de 19 del mismo*, cuyas disposiciones referimos al tratar de la emancipación. —

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 legitimación civil para algunos efectos, *l. 4. tit. 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 legitimación. 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. tit. 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. 4. d. tit. 16. P. 4.* Constituye tambien la patria potestad, *l. 7. tit. 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. tit. 16. P. 4.* y así tomaban este nombre como á género, ó como á especie. Usaremos aquí de estos nombres, porque facilitan su esplicación.

5 Diremos pues al tenor de lo que acabamos de decir, ser la *arrogacion Porfijamiento de ome, que es por si, 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. tit. 7. P. 4.* ó por decirlo con menos palabras, es *Adopcion de hombres que no están en la patria potestad*

(1) § 1. Inst. de adopt.

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. 46.

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. 44. 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. 44.* 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. 44.* (3).

(1) *L. 5. § 26. de donat. int. vir. et uxor.*

(2) *D. 1. 3. §§. 8. 15 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.*

4 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 legitimos los hijos que ántes no lo eran.* Las leyes romanas establecieron ser tres los modos de legítimar, 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 título 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. 40. et 44. lib. 2. Inst. (2) § 15. d. tit. 40. nov. 74. cap. 2.*

2 En conformidad de lo que acabamos de referir, decimos, que solo tenemos en España dos modos de legitimación. 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. tit. 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 séguida con la barragana, como espresamente lo dispone la *ley 2. tit. 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. tit. 15. Piden merced los omes á los emperadores, é á los reyes en cuyo señorío viven, que les haga 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 legitimación 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. tit. 15.* Y de la palabra *naturales* de que usa esta *ley*, infiere Greg. Lóp. en su *glosa 1.* no tener lugar la legitimación 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 espresase 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. tit. 15.* [Por la *ley de 14 de abril de 1858*, el rey resuelve las instancias sobre legitimaciones de los hijos naturales, segun los define la *ley 1. tit. 5. lib. 10. Nov. Rec.* (y se halla copiado mas adelante en el *lib. 2. tit. 8. n. 4.* de la presente obra), y para solicitarlas, debe guardarse lo prevenido en la *real orden de 19 del mismo*, cuyas disposiciones referimos al tratar de la emancipación. —

Todos los espósitos de ambos sexos, así los que sean espuestos en las inclusas ó casas de caridad, como los que se 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 legitimación civil para algunos efectos, *l. 4. tit. 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 legitimación. 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 atención 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. tit. 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. tit. 16. P. 4.* Constituye tambien la patria potestad, *l. 7. tit. 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. tit. 16. P. 4.* y así tomaban este nombre como á género, ó como á especie. Usaremos aquí de estos nombres, porque facilitan su esplicación.

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. tit. 7. P. 4.* ó por decirlo con menos 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.* prohíbe 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 según 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 48 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.