

DAD AUTÓNOMA  
CIÓN GENERAL

KD3930

A4

V. 1

C. 1

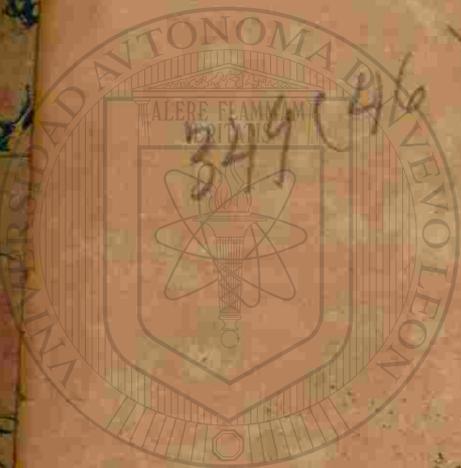
349(A6)



1080043311

*José Angel Benavides.*

8 A 5 B # 114



# INSTITUCIONES

DE DERECHO REAL

DE CASTILLA Y DE INDIAS.

POR EL DR. D. JOSE MARIA ALVAREZ,

CATEDRATICO DE INSTITUCIONES DE JUSTINIANO EN LA UNIVERSIDAD DE GUATEMALA.

OBRA NUEVAMENTE REVISTA, CORREGIDA Y AUMENTADA CON ARREGLO A LA ACTUAL LEGISLACION.



Capitán Astrónoma  
Biblioteca Universitaria

REIMPRESA EN LA OFICINA A CARGO DE RIVERA

1826.

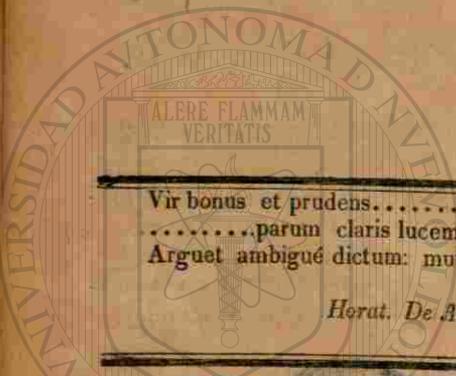
53929

23684

K 03930

A 4

U. 1



---

Vir bonus et prudens.....  
.....parum claris lucem dare coget:  
Arguet ambigüé dictum: mutanda notabit.

---

*Herat. De Art. Poet.*

---



FONDO BIBLIOTECA PUBLICA  
DEL ESTADO DE NUEVO LEÓN

## ADVERTENCIA

### DEL EDITOR.



Estimulado por varias razones me he decidido á reimprimir la presente obra; la suma escasez de ejemplares, el mérito de ella y aun mas para los principiantes por su método tan claro y escogido y lo mucho que se la solicita en razon del gran número de los que en el dia se dedican al estudio del Derecho, han sido las mas principales. A todas estas se unia la de saber que un estado de la federacion la habia adoptado en su plan de estudios.

embarcarse, y quizá por este temor al vómito y por los muchos medicamentos que para librarse de él tomaba, le sobrevino una fiebre que nos privó de un jurisconsulto que en la actualidad hubiera sido sumamente útil. A fines del año de 1820 fue cuando perdimos en el puerto de Trujillo un tan digno americano.



## PROLOGO.

Cualquiera que se encargue de una cátedra de derecho civil, conocerá que no es fácil desempeñarla con aprovechamiento de los cursantes por no haber una obra que reúna las calidades que se requieren. Esta falta es tan notable, que haciendose cargo de ella la real cédula de 12 de julio de 1807, en que se forma un nuevo plan de estudios para Salamanca y demas universidades de España, hablando de la cátedra de elementos de derecho real dice: „que en ella se usará por ahora de las Instituciones que publicaron d. Ignacio de Aso y d. Miguel de Manuel y Rodriguez, corrigiendo el maestro en viva voz sus equivocaciones, inesactitudes y yerros, no parando hasta imprimir unas observaciones tan precisas en cuanto se carece de elementos del derecho real que merezcan preferirse.”

Es de advertir que en el tiempo en que se espidió esta real cédula, hacia ya algunos años que circulaba por España la obra de d. Juan Sala, Ilustracion del derecho real, y que desde luego no se juzgó digna

de preferirse á la Instituta de Castilla. Es verdad que reúne mucha doctrina útil para los profesores; pero para los principiantes á quienes es preciso enseñar por principios sin entrar en el laberinto confuso de sus diversas combinaciones, se hace desear un método mas exacto y adecuado á su comprensión. Los tratados difusos, los análisis de las leyes y sus aplicaciones á los varios casos que puedan ocurrir, no lo son para aquellos á quienes en el corto tiempo de sus cursos apenas pueden darse las primeras nociones y elementos de la facultad. Bajo este supuesto, y de que siempre es útil que los maestros compongan obras para sus cátedras, encargó la misma real cédula „que los catedráticos „procuren escribirlas para sus asignaturas „especialmente donde faltan enteramente ó „no las hay cuales se necesitan.”

Por lo que á mí hace, desde que me encargué de la de Instituciones de Justiniano fui formando algunos apuntamientos que me facilitasen la enseñanza, y hé aquí como corriendo el tiempo llegué á formar los cuatro libros. Seguí el orden de los títulos de la Instituta de los romanos, no obstante que pudiera adoptar otro mejor y he

procurado acomodarme á las definiciones, principios y consecretarios de las recitaciones de Heinccio; porque á mas de encerrar los fundamentos generales de nuestra legislación, la esperiencia de catorce años me ha enseñado que su método es el mas apropiado para el aprovechamiento de la juventud. Así sin apartarme del fin primario de mi cátedra, creo haber cumplido con el auto acordado 3 tit. 1 lib. 2 „que previene que los catedráticos cuiden leer con el derecho de romanos „las leyes del reino correspondientes á cada materia.”

Mi ánimo jamas fue dar á luz una obra compuesta para mi uso privado y el de mis discipulos, á quienes su aplicacion dedicaba á copiar los pliegos que yo iba formando; mas como si lo hacian por si les quitaba esta ocupacion algun tiempo y les salia muy cara si la daban á escribir, cedi á estas consideraciones, á sus instancias y á las de varios profesores que me han animado á publicarla. Estas circunstancias, pues, me estimen de la cláusula con que acostumbra cada autor en su prólogo prevenir su opinion y no hace otra cosa que descubrir su desconfianza con solicitar el disimulo de sus erro

res. Por el contrario, el medio de mejorarlas seria el de que cada uno las fuese anotando, de manera que contribuyendo con sus luces los profesores, se reuniesen las observaciones de todos para mejorar cada edicion hasta lograr una obra completa. Tales son mis deseos, y quedo contento de haber ejecutado lo que estaba á mis alcances.



## COMPENDIO

DE LA HISTORIA

DEL

DERECHO DE ESPAÑA.

Como este compendio no tiene otro objeto que dar á los principiantes alguna idea de los códigos de nuestro derecho, solo haré en el una breve relacion de aquello en que convienen nuestros autores, desentendiéndome de las prolijas disputas que suelen mezclarse en esta materia.

Aunque no faltan quienes hayan querido descubrir las leyes con que se gobernaron los primeros fundadores de España antes de la invasion de los cartagineses en ella, (1) no obstante sobre este particular es menester confesar que no tenemos cosa cierta. Lo mas probable parece ser que no tuvieron

(1) Prieto Sotelo lib. 1.º cap. 3.º núm. 3.º y sig.

res. Por el contrario, el medio de mejorarlas seria el de que cada uno las fuese anotando, de manera que contribuyendo con sus luces los profesores, se reuniesen las observaciones de todos para mejorar cada edicion hasta lograr una obra completa. Tales son mis deseos, y quedo contento de haber ejecutado lo que estaba á mis alcances.



## COMPENDIO

DE LA HISTORIA

DEL

DERECHO DE ESPAÑA.

Como este compendio no tiene otro objeto que dar á los principiantes alguna idea de los códigos de nuestro derecho, solo haré en el una breve relacion de aquello en que convienen nuestros autores, desentendiéndome de las prolijas disputas que suelen mezclarse en esta materia.

Aunque no faltan quienes hayan querido descubrir las leyes con que se gobernaron los primeros fundadores de España antes de la invasion de los cartagineses en ella, (1) no obstante sobre este particular es menester confesar que no tenemos cosa cierta. Lo mas probable parece ser que no tuvieron

(1) Prieto Sotelo lib. 1.º cap. 3.º núm. 3.º y sig.

leyes escritas, gobernándose sin duda por las de costumbre y por juicios arbitrarios fundados en equidad y justicia. Se cree que los cartagineses comenzarían por lo menos á introducir las suyas en las provincias que dominaron. Pero aun esta congetura no carece de inverosimilitud si se atiende al poco tiempo que duró su gobierno, que fue de poco mas de doscientos años, y á las continuas guerras de que estuvieron agitados en todo él.

A los cartagineses siguieron los romanos en la dominación de España, y de estos no hay duda que luego que perfeccionaron la conquista de todas sus provincias, introdujeron en ellas su lengua, sus costumbres y su legislación.

En la decadencia del imperio romano de occidente, pasó España á la dominación de diferentes naciones bárbaras del norte, como fueron los godos, los vándalos, los alanos, los suevos y silingos. Todos ellos se disputaron largo tiempo el dominio, hasta que los godos con la ruina ó destierro de todas las otras, quedaron por dueños únicos

de España: lo que sucedió ácia el año de 412 de Jesucristo. Los godos en el principio de su reinado permitieron á los españoles continuar usando de las leyes romanas á que parece estaban acostumbrados, y poco á poco fueron ellos estableciendo algunas. El primero que las dió escritas fue el rey Eurico que murió el año de 483. A ellas añadieron otras sus sucesores, y principalmente Leovigildo quien enmendó y arregló las que habia, quitando las superfluas y añadiendo otras necesarias.

*Fuero juzgo.* El primer código de leyes godas, es el famoso que se publicó el siglo 7.º en latin con el nombre de *Liber Judicum*, llamado tambien *Fuero de los jueces*, ó *Fuero juzgo*, y se tiene por fuente y origen de las leyes de España. Dividese esta obra en doce libros repartidos en títulos, y sus leyes se componen de edictos de diversos reyes godos, de decretos de varios concilios toledanos, y de otras leyes cuyo origen no espresa. Se duda sobre su autor, y unos lo atribuyen á Sisenando, otros á Chindasvinto y otros

á Recesvinto, que todos florecieron en el siglo 7.º

Despues de la entrada de los árabes en España, que sucedió el año de 714 en que se arruinó la monarquía goda, continuaron en regir las leyes godas por muchos años en las provincias que se preservaron de los moros, y en las que se iban recobrando, gobernándose por ellas y por las costumbres de la nacion en general. La division de las provincias, que se conquistaban á los moros, y la diferencia que con el tiempo se iba notando en muchas cosas del gobierno particular de cada una, originaron la variedad de códigos que se establecieron en ellas. En Castilla se estableció á fines del siglo 10 y principios del 11 por su conde d. Sancho Garcia, el *Fuero* llamado *viejo de Castilla*, cuyas leyes son despues de las del *Fuero* Juzgo las fundamentales de la corona de Castilla separada de la de Leon. D. Alonso VII en las córtes de Nájera de 1128 lo aumentó y enmendó publicando diferentes leyes respectivas al estado de los nobles. A

ellas se unieron despues varios usos y costumbres de Castilla, y diferentes *fazañas* ó sentencias pronunciadas en los tribunales del reino, las cuales rigieron hasta el reinado de d. Alonso el XI. que quiso fuesen preferidas las del código que arregló y publicó en las córtes de Alcalá del año de 1348 conocido por el nombre de *Ordenamiento Real de Alcalá*. Ultimamente, el rey d. Pedro en las córtes de Valladolid de 1351 enmendó y arregló el *Fuero de Castilla* en la forma que ha llegado á nuestros tiempos, siendo conocido tambien por los nombres de *Fuero de los Hijos-dalgo*, *Fuero de Burgos*, y *Fuero de las fazañas, alvedrios y costumbres antiguas de España*.

En el reino de Leon dió el rey d. Alonso V. en las cortes generales que tuvo en la ciudad de este nombre el año de 1020 el fuero llamado de Leon, compuesto de leyes establecidas en aquella asamblea para el gobierno de la misma ciudad y reino, con inclusion de Galicia y la parte de Portugal conquistada hasta entonces, continuando

en regirse por ellas, hasta que se publicó el código llamado *Fuero Real*; y aunque se establecieron en Castilla y Leon los dos fueros referidos castellano y leonés, continuaron en observarse tambien en sus provincias, mas ó menos respectivamente, las leyes del Fuero Juzgo en todo lo perteneciente al derecho comun, hasta que con el tiempo se fue entibiando su observancia, principalmente en Castilla la vieja. Pero si decayó su vigor en esta, lo recobró en la estension de Castilla la nueva y las provincias que se fueron conquistando desde el reinado de d. Alonso el VI. hasta principios de d. Alonso el sabio, cuyos monarcas dieron las leyes de este código à los pueblos conquistados para su gobierno en todo lo perteneciente al derecho comun.

*Fuero Real.* El rey d. Alonso X. llamado el Sabio (1) deseando anular los

(1) No faltan quienes defiendan que d. Alonso el Sabio fue IX, y no X., y que el X. fue el autor del Fuero Real, y por consiguiente que este es posterior à las Partidas. Los fundamentos de esta opinion no parecen de mucha gravedad y pueden verse en *Coloq. Librer. de Escrib. lib. 1. cap. 2. núm. 10.*

fueros de poblacion y conquista, y los generales de Castilla y Leon para evitar la confusion y aun complicacion de tanta multitud de leyes diferentes en cada provincia, ordenó y publicó en el año de 1255 el *Fuero Real*, conocido tambien por los nombres de *Libro de los consejos de Castilla*, *Fuero de las Leyes*, y *Fuero de la Corte*, porque se decidian por él principalmente los juicios en los tribunales de la corte, mandando que sus leyes fuesen generales y únicas en todos sus dominios; pero reconociendo la nobleza y los pueblos, particularmente de Castilla, que por ellas quedaban derogados sus antiguos fueros y franquezas, las reclamaron y recobraron en tiempo del mismo rey d. Alonso, cesando entre ellos la observancia del Fuero Real, el cual se aceptó generalmente en Estremadura, en Algarve, Andalucía, reino de Murcia &c. habiendo hecho el mismo reclamo los concejos de las ciudades y villas de la corona de Leon en tiempo de las discordias del infante d. Sancho con su padre el mismo rey d. Alonso,

capitulando entre otras cosas el restablecimiento de las leyes del Fuero leonés y Fuero juzgo.

*Leyes del estilo.* El Fuero Real no dejó de tener muchos defectos. Con este motivo para su mayor declaración é inteligencia fue necesario se compusiesen las advertencias llamadas Leyes del Estilo en número de 252 con autoridad del mismo rey d. Alonso, de su hijo d. Sancho y de d. Fernando el Emplazado segun se declara en su prólogo. Se publicaron á fines del siglo 13.º ó principios del 14, y algunas de ellas se hallan insertas en la Nueva Recopilacion de Castilla.

*Las siete partidas.* Despues del Fuero Real se sigue el código celebrado de las Partidas. El prólogo de esta obra nos refiere que el rey d. Alonso el Sábio la emprendió por mandado de su padre S. Fernando el año de 1251 cuarto de su reinado, y que la acabó siete años despues. No se observaron estas leyes hasta el tiempo de d. Alonso XI. (ácia el año de 1348) quien por la ley 1.ª tit. 28 de su Ordenamiento de Alca-

lá las publicó y dió valor, habiendolas antes enmendado y corregido á su satisfaccion. Esto mismo consta en la ley 3 tit. 1 lib. 2 Recopilacion de Castilla. Se tiene por cierto que la causa de haberse dilatado tanto tiempo la publicacion de este código, fueron las turbulencias, guerras y otros gravísimos negocios ocurridos en el reinado de d. Alonso el Sábio y en los dos siguientes.

Se componen las partidas en gran parte de leyes del derecho romano: de capitulos del derecho canónico; y de autoridades de los Santos Padres. Es evidente que contiene al mismo tiempo muchas leyes antiguas del reino, y que se consultaron las costumbres y fueros de la nacion, deseando saliese un cuerpo legal, perfecto y peculiar de nuestra España; pero este objeto tan importante no se logró completamente.

*Ordenamiento de Alcalá.* D. Alonso XI queriendo que todos sus reinos se gobernasen por unas mismas leyes, teniendo presentes los que promulgó en las córtes de Ciudad Real y Segovia, formó en las

de Alcalá año de 1348 el ordenamiento de leyes conocido por este nombre, mandando que rigiese en sus dominios con preferencia á los códigos antiguos, y despues de ellas las de los fueros municipales de los pueblos, y las de las partidas, habiendolas antes corregido: lo cual renovó d. Enrique II. en las córtes de Toro año de 1369 y la reina doña Juana en la ley 1.<sup>a</sup> de Toro que se halla inserta en la Nueva Recopilacion. Casi todas las leyes de este código se pasaron asimismo á dicha recopilacion ó enteras ó con alguna leve mutacion.

*Ordenamiento Real.* De las leyes de este código y de las que promulgaron los reyes sucesores desde d. Alonso XI. hasta los reyes católicos, se formó el que conocemos con el título de *Ordenanzas Reales de Castilla* y tambien con el de *Ordenamiento Real*. Se compone de varias leyes, ya dispersas, ya contenidas en el Fuero Real, leyes del Estilo y Ordenamiento de Alcalá, y se divide en ocho libros. Se cree que su autor Alonso Montalvo emprendió esta obra de orden de los reyes d. Fernan-

do y doña Isabel, como lo asegura el mismo en su prologo; pero nunca se espidió ley alguna que diese fuerza á esta compilacion, por lo que sus leyes no tienen otra que la que merecen en su original

*Nueva Recopilacion de Castilla.* A las referidas colecciones, se siguió otra que se llamó la *Nueva Recopilacion*. Esta se concluyó y publicó el año de 1567 en dos tomos comprensivos de nueve libros, incorporandose en ella las leyes que corrian en varios cuadernos y otras que se hallaban sueltas. En las posteriores ediciones hechas en los años de 1581, 92 y 93, 1610, 1723 y 1745 se le fueron aumentando muchas leyes establecidas en el tiempo intermedio de una edicion á otra, de suerte que en la de 1745 se le añadió un tercer tomo, en el qual bajo el nombre de *Autos acordados del Consejo* se incluyeron mas de quinientas pragmáticas, cédulas, decretos, órdenes, declaraciones y resoluciones reales espídas hasta dicho año, distribuyendolas por el mismo orden de títulos y libros contenidos en los dos tomos de leyes,

recopiladas. Con el aumento de veinte y seis leyes y doce autos salieron otras tres ediciones en los años de 1772, 75 y 77, ofreciendo dar al público en otro tomo separado por via de suplemento el gran número de cédulas y decretos reales, y autos acordados que habian salido desde el año de 1745.

*Novisima Recopilacion.* Ultimamente se ha publicado otra edicion de la misma recopilacion no por el método y órden de la antigua, sino en nueva forma aprovechando las leyes útiles contenidas en aquella y agregando mas de dos mil providencias respectivas al tiempo desde 1745 hasta 1805. Esta recopilacion dividida en doce libros se aprobó y mandó observar por el sr. d. Carlos IV. con el título de *Novisima Recopilacion de las leyes de España*, por una real cédula de 15 de julio de 1805 que se halla al principio de la obra.

*Recopilacion de Indias.* Con motivo de las grandes conquistas que se fueron haciendo desde el descubrimiento de ambas Américas septentrional y meridional, fue necesario que para el go-

bierno de los lugares conquistados y sujetos al dominio español, se fuesen despachando cédulas, provisiones, ordenanzas y otras instrucciones conforme á lo que pedian las circunstancias. Estas disposiciones dispersas y vagantes con el discurso del tiempo llegaron á un número excesivo, causando confusion y dificultad en el despacho de los negocios; por cuyo motivo desde el año de 1552 se comenzó á tratar de recogerlas y ordenarlas, y en efecto el sr. d. Felipe II. en el año de 1570, mandó se hiciese una recopilacion de las leyes y provisiones dadas para el buen gobierno de las Indias, la que se comenzó y continuó por varios letrados hasta que se concluyó el año de 1680 en tiempo de d. Carlos II. quien dió á la coleccion llamada *Recopilacion de Indias* toda la fuerza y autoridad necesaria, mandando que por sus leyes sean determinados todos los pleitos y negocios pertenecientes á la América, aunque sean contrarias á otras leyes y pragmatikas de los reinos de Castilla, como todo consta por dos cédulas que se hallan al frente de dicha recopilacion. Es-

ta obra se compone de nueve libros divididos en títulos y leyes.

A mas de todos estos cuerpos legislativos no cesan de venir nuevas pragmáticas, reales, cédulas, autos acordados del consejo y reales provisiones: porque siendo el derecho finito y los casos infinitos, son necesarias nuevas disposiciones conforme á las diversas circunstancias ocurrientes.

Diversos los códigos legislativos y multiplicadas cada dia mas las reales órdenes y cédulas, un mismo punto se encuentra á veces decidido por disposiciones contrarias. Era necesario que las leyes fijasen el orden gradual que debe seguirse en la observancia de las leyes mismas, y esto es lo que ha hecho la 2. tit. 1. lib. 2 Recop. de Ind. y la 1 de Toro.

Segun ellas y otras órdenes posteriores, los asuntos deben despacharse y los pleitos decidirse por las leyes y disposiciones siguientes. 1.º Por las últimas reales órdenes y cédulas comunicadas á las autoridades respectivas por la via correspondiente. 2.º Por la real Ordenanza publicada para el estable-

cimiento de intendentes en Nueva España y mandada observar en este en lo adaptable. 3.º Por las leyes de la Recopilacion de Indias. 4.º Por las de la de Castilla. 5.º Por las del Fuero Real sin ser necesaria la prueba de su uso por no estar derogadas. (1) 6.º Por las de los Fueros municipales que tuviere cada ciudad, en lo que fueren usados y guardados. 7.º Por las de las siete Partidas; y habiendo en ellas oposicion ó contrariedad, debe consultarse al rey para que las interprete, declare ó enmiende segun previene la ley 3 tit. 1 lib. 2 Recop. de Cast. Lo mismo se ha de practicar cuando en ninguno de los cuerpos de nuestro derecho se encuentre ley oportuna de donde se pueda sacar la decision que se necesita, por no haber ya facultad para recurrir en estos casos á Bartolo, á Baldo ni á Juan Andres, como mandaba una ley de Madrid, que se halla derogada por la citada ley 3 tit. 1 lib. 2 Recop. de Cast.

(1) Vease en Febrero librer. de Escrib. cap. 14. f. 3. núm. 36 la real cedula que refiere de 15 de julio de 1783 y á Colon instr. jurid. de Escrib. lib 1. cap. 2. núm. 19.

## ADICION

**H**echa la independencia cuando estaba vigente la constitucion española, el llamado antiguamente virreinato de Nueva España, se siguió gobernando en un todo por la legislacion antigua española, en lo que ésta era compatible con dicha constitucion y decretos que hasta entonces habian sido dados por las córtes españolas.

El general Iturbide antes de entrar en la ciudad de México, nombró varios individuos que compusieron la que se llamó junta soberana gubernativa: ésta, tomada ya México por las tropas independientes, espidió varios decretos y órdenes que están recopiladas en un tomo con el título de coleccion de los decretos y órdenes de la soberana junta provisional gubernativa. Estas son las primeras leyes que salieron siendo México independiente.

Reunido el primer congreso [que se conoce con el nombre de convocante] dió tambien otros muchos decretos que forman el

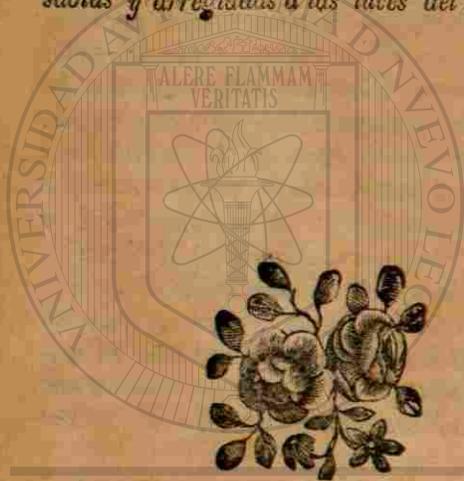
primer tomo de la coleccion de decretos y órdenes del soberano congreso mexicano.

Instalado el segundo congreso [llamado constituyente] no solo dió la acta constitutiva y constitucion de los Estados-Unidos mexicanos, sino que tambien arregló por otras disposiciones varios asuntos pendientes: todos estos decretos reunidos en un tomo son los que forman el segundo de la referida coleccion.

Constituida felizmente la nacion mexicana, vió con el mayor placer reunirse é instalarse en el seno de la tranquilidad su primer congreso constitucional dividido en dos cámaras; éste ha dado hasta el dia varios decretos que como es natural aun no forman coleccion; pero sin embargo se tendrán presentes al mismo tiempo que los anteriores al comentar las varias doctrinas del autor.

Poco mas adelante y en su respectivo lugar se dirá el órden que debe seguirse en la observancia de las leyes, observancia que cada dia se va haciendo mas difícil de practicar, y que muy pronto y conforme à los ardientes deseos de todo mexicano, se verá echada por tierra por la formación de los códigos

*¡Feliz la nación que viendo de cerca sus verdaderos intereses y á proporcion de sus inmensos adelantos, se da pacíficamente y despues de la mas detenida reflexión, leyes sabias y arregladas á las luces del siglo!*



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA

DIRECCIÓN GENERAL DE

## LIBRO I.

DE LAS INSTITUCIONES

DE DERECHO REAL

DE CASTILLA Y DE INDIAS.

### TITULO I.

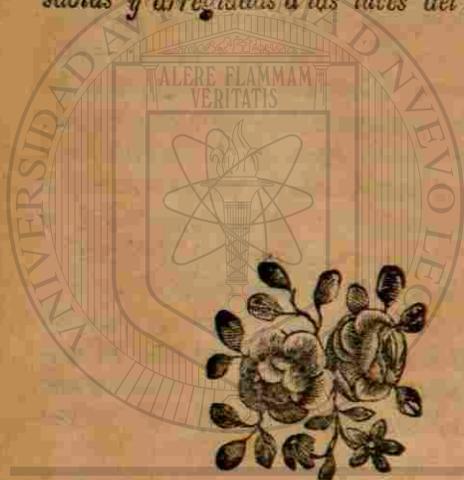
DE LA JUSTICIA Y DEL DERECHO.

#### PRIMERA PARTE.

*De la justicia y sus divisiones.*

Como cualquiera que se dedica al estudio de alguna ciencia, debe saber el fin á que ella se destina, diremos aqui brevemente cual sea el de la jurisprudencia de que vamos á tratar. El fin ultimo á que esta noble ciencia dirige sus conocimientos, es la observancia de la justicia, y este mismo debe ser el fin prósimo de un buen jurisconsulto. Por que asi como la felicidad eterna de

*¡Feliz la nación que viendo de cerca sus verdaderos intereses y á proporcion de sus inmensos adelantos, se da pacíficamente y despues de la mas detenida reflexión, leyes sabias y arregladas á las luces del siglo!*



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA  
DIRECCIÓN GENERAL DE

## LIBRO I.

DE LAS INSTITUCIONES

DE DERECHO REAL

DE CASTILLA Y DE INDIAS.

## TITULO I.

DE LA JUSTICIA Y DEL DERECHO.

## PRIMERA PARTE.

*De la justicia y sus divisiones.*

Como cualquiera que se dedica al estudio de alguna ciencia, debe saber el fin á que ella se destina, diremos aqui brevemente cual sea el de la jurisprudencia de que vamos á tratar. El fin ultimo á que esta noble ciencia dirige sus conocimientos, es la observancia de la justicia, y este mismo debe ser el fin prósimo de un buen jurisconsulto. Por que asi como la felicidad eterna de

los hombres es el fin último de la teología, y la sanidad del cuerpo humano el de la medicina, por que á esto dirigen sus miras estas facultades, asi tambien el fin de la jurisprudencia y del jurisconsulto que se aplica á ella, debe ser la tranquilidad interna de la república, que no se consigue si no es por medio de la justicia. No nos quedará duda de esta verdad, si reflexionamos que quitada ella, la vida de los hombres será semejante á la de los peces, entre los cuales el mayor devora al menor. Se inventó pues la jurisprudencia para que los derechos de todos fuesen guardados: para que se dé á cada uno lo que es suyo, se premien las virtudes y se castiguen los vicios. Es decir: para que vivan los hombres una vida quieta y tranquila en piedad y honestidad, como dice el Apóstol.

De este fin se apartan los que se aplican al estudio del derecho con la mira de defender cualesquiera causas en el foro y hacer ganancias arruinando las fortunas de los hombres. Estos no se deben llamar abogados ni jurisconsultos,

sino buitres togados, tanto peores que los ladrones, cuanto mas impunemente roban bajo la capa de defender la justicia. Quede, pues, profundamente impreso á los cursantes de derecho, que el fin de la jurisprudencia no es otro que la guarda de la justicia.

Veamos ahora que cosa es la justicia, y como se divide. La justicia, tomada en general, podemos decir que es: *la observancia de todas las leyes que previenen no dañar á otro, dar á cada uno lo que es suyo y vivir honestamente.* (1)

Se divide en *moral y civil*. La justicia moral es una virtud que reside en el alma ó un hábito con el cual el hombre arregla todas sus acciones á la ley. (2) En este sentido pues, no es justo aquel que cumple en el exterior con los oficios á que está obligado si no los practica por amor de la virtud: el fariseo que se jactaba de no ser ladrón, adúltero ni publicano, no era moralmente justo, porque solo se abstenia de estas acciones malas por

(1) Arg. de la ley 3. tit. 1. P. 3.

(2) Ley 1. tit. 1. Part. 3.

hipocresia y no por amor de la virtud. Por el contrario: justicia civil se dice aquella que hace al hombre arreglar sus acciones esternas á las leyes, pero sin que esto nazca de amor á la virtud ni de rectitud de juicio, sino por miedo de la pena. De aqui se infiere: que si uno paga los tributos á que está obligado al principe, se abstiene de matar, de robar ó de otro modo dañar á ninguno de sus conciudadanos, será justo civilmente, aunque todo esto lo practique contra su voluntad, aunque sea un hipocrita y aun cuando fuese un ateista. Esto nace de que como son los medios, asi es el fin: los medios que la jurisprudencia subministra son las penas y los premios. Estos no hacen justos moral sino solo civilmente; porque en el fuero esterno ninguno es castigado por culpa que no turba la tranquilidad de la republica que es el fin de la sociedad. Luego la justicia que es el fin de la jurisprudencia, no es otra que la civil.

De lo dicho se infiere el juicio que se debe hacer de la definicion de la

justicia que dá Justiniano y la ley de Partida (1) diciendo *que es una constante y perpetua voluntad de dar á cada uno lo que es suyo*. Esta definicion es buena, aunque no para explicar la justicia de que aqui tratamos. Las palabras *constante y perpetua voluntad* le sirven de genero, y quieren decir lo mismo que virtud, porque entre los estoicos, de cuya filosofia es tomada, toda virtud era una voluntad constante y perpetua. Por aquellas palabras *de dar á cada uno lo que es suyo* se determinaba aquel genero y se aplicaba á la justicia, que es el oficio de la diferencia especifica. Pero esta justicia, segun hemos explicado, es la moral, que no es el fin de la jurisprudencia ni se puede conseguir por solo sus preceptos. Concluyamos, pues, definiendo en términos precisos la justicia civil de que vamos á tratar: *es la conformidad de las acciones esternas á las leyes, para no dañar á otro, dar á cada uno lo que es suyo y vivir honestamente.* (2)

Se divide la justicia en *espletriz y*

(1) Ley 1. tit. 1. Part. 3.

(2) Dicha l. 3. tit. 1. P. 3.

*atributriz*. Para entender esta division es necesario advertir que los oficios, (\*) á que estamos obligados para con los demas hombres, son de dos maneras. Unos son mandados por la ley como necesarios, de tal suerte que pueden ser forzados y aun castigados los que no los cumplen. Tales son los que nacen de aquel principio que es fuente de todos los oficios perfectos: *lo que no quieres te sea hecho á ti no lo hagas á otro*. De donde se infiere: que ninguno debe matar, injuriar, ni dañar á otro: que se deben pagar las deudas: que se deben guardar los preceptos &c. El que falta á algun oficio de estos ó reusa cumplirlo, puede ser castigado por los jueces ú obligado á su cumplimiento, y por esto semejantes oficios se llaman *perfectos*. Otros

(\*) Por oficio entendemos una accion que se debe conformar á alguna ley por nacer de obligacion perfecta ó imperfecta. No es necesario que la ley mande precisamente amenazando con pena eterna, basta que sea ó con pena temporal, ó con algun desagrado de Dios, ó que sea omision de algun acto virtuoso. Para mejor inteligencia de esto lease el cap. 5 del derecho natural de Heinecio.

hay que son recomendados por la ley como virtuosos; pero á ninguno fuerza á prestarlos sino que los deja á la libertad de cada uno. Tales son los que se deducen de aquel otro principio que lo es de todos los oficios imperfectos. *Todo lo que quieres te sea hecho á ti, haslo á otro*. V. g. comunicar á otro que lo necesita lo que nos sobra ó nada nos cuesta: dar limosna y hacer otros beneficios á los demas; los cuales se llaman *oficios de humanidad y beneficencia*. El que no los cumple en realidad es un inhumano; pero no puede ser reconvenido delante del juez ni forzado con penas á practicarlos, y por esto se dicen *imperfectos*.

Con lo dicho, facilmente se explica qual sea justicia *esplettriz* y qual *atributriz*. *Esplettriz* es la que dá á cada uno lo que se le debe por derecho perfecto. Segun esta definicion, el que se abstiene de hurtar y dañar de cualquier modo á otro: el que paga lo que debe: el que cumple los pactos y contratos que ha hecho, se dice que observa la justicia *esplettriz*, porque to-

dos estos oficios se deben con derecho tan perfecto, que el que los niega puede ser compelido por el magistrado á prestarlos. Por el contrario: la atributriz es aquella que da á cada uno lo que se le debe por sola humanidad y beneficencia, es decir, que dá lo que debemos á otro sin poder ser compelidos á cumplirlo. Diremos, pues, que observa esta justicia el que dá limosna á los necesitados, el que muestra el camino al que lo ha errado &c.

Si se pregunta por que la justicia esplettriz admite coaccion, y la atributriz no, se puede dar una razon aqui de esta diversidad, remitiendo al derecho natural (1) á los que quieren saber las fundamentales. Todos los oficios perfectos se deben por una cierta y determinada persona, de suerte que si ésta no los cumple, no hay otra de quien poderlos ecsigir. Por ejemplo: si Ticio me debe cien pesos, de solo él los puedo ecsigir, y me burlarian con mucha razon si no pagandomelos él, se

(1) Vease el cap. 1.º del derecho natural de Heinn.

los pidiese á Cayo. Por el contrario: los oficios imperfectos se deben por todos los hombres y no por determinada persona, y así á un pobre, v. g. le debo dar limosna; pero no solo yo, sino tambien los demás hombres, por lo cual si yo se la niego, puede pedirla con el mismo derecho á Cayo, á Sempromio y á cualquiera de los otros. Debiendose, pues, los oficios perfectos por una cierta y determinada persona, debe esta ser compelida á cumplirlos, por que de otra suerte quedaria yo privado de mi derecho; mas por los imperfectos no fue necesario establecer coaccion, porque no queda sin recurso un mendigo que sufre repulsa de uno ú otro.

De ésta division de la justicia que hemos explicado, se deducen con claridad los tres preceptos del derecho. Estos son: *vivir honestamente: no dañar á otro; y dar á cada uno lo que es suyo.* (1) Es verdad que se podian referir otros muchos; pero todos se reducen á estos

(1) L. 3. t. 1. P. 3.

tres, segun la division hecha, por que la justicia es: ó atributriz ó esplettriz. La atributriz se versa acerca de los oficios imperfectos que nacen de la honestidad y decoro por lo qual es precepto del derecho *vivir honestamente*. La esplettriz se versa acerca de los oficios perfectos. Nos manda pues, ó abstenernos de los vicios prohibidos por las leyes, ó hacer aquellas cosas que estas ordenan. El que se abstiene de los vicios prohibidos por la ley, cumple el precepto de *á ninguno dañar*: el que hace lo que las leyes mandan, satisface al precepto de *dar á cada uno lo que es suyo*. Estos tres preceptos son sin duda alguna las fuentes de todo el derecho, y como á tales se deben referir á ellos todas las doctrinas de la jurisprudencia. Asi por ejemplo: el que se abstiene de hurtar, de robar, matar, y de dañar, es justo, porque á ninguno daña: el que cumple los contratos, guarda los pactos &c es justo, porque dá á cada uno lo que es suyo: el que se porta en la república como buen ciudadano, procura ser útil á la patria, se ocupa en obras bue-

nas, y vive templada y modestamente, es justo, porque vive honestamente. De suerte que abrazan mas estos tres principios de lo que parece á primera vista.

Siguiese otra division de la justicia, la qual segun la mente de los autores, es ó universal ó particular; y esta ó conmutativa ó distributiva; pero una y otra es poco exacta. Darémos sus definiciones segun la mente de Aristóteles, de cuyos preceptos morales está tomada dicha division. La universal segun el filosofo, es *el ejercicio de todas las virtudes para con los demas*. En este sentido, si uno es justo, liberal, humano y modesto, será justo con esta justicia universal. La justicia particular es aquella que reprime la avaricia, de suerte que en los bienes exteriores, ni toma para sí mas utilidad, ni grava á otro con mas pérdida de la que conviene: v. g. si uno en la distribucion de los oficios, honores y premios no tiene la mira en algun interés suyo, sino que dá á cada uno lo que se le debe, este guarda la justicia particular. Esta

es ó conmutativa ó distributiva: la conmutativa es la que mira á la cosa recibida y no á las cualidades de la persona: de manera que guarda una perfecta igualdad como la que se observa en los contratos, v. g. un panadero no vende el pan á menos precio á un senador que á un zapatero: si de otra suerte lo hiciese seria injusto. La distributiva por el contrario, es la que mira á las cualidades de la persona, y así no puede guardar una perfecta igualdad, sino solo la que llaman geométrica: v. g. el príncipe distribuye los oficios: á uno hace consejero, á otro secretario, á otro cónsul, á otro presidente, á otro verdugo. Mas ¿se podrá llamar injusto porque á este no hizo consejero por que no guardó igualdad siendo todos ciudadanos? Antes bien sería injusto si á todos sin discernimiento encomendase unos mismos empleos: porque en distribuir los honores, los premios y los castigos, no se debe atender solo á la sustancia de la cosa, sino principalmente á las cualidades de la persona.

Así se esplican los autores según

la mente de Aristóteles. Pero semejante división no es digna de aprobarse, así por no ser necesaria bastando la que se dió arriba, como porque si se quiere tener por rigurosa división es poco exacta. La razón es porque en las divisiones un miembro no debe comprender á otro; y así, v. g. sería un absurdo dividir al hombre en todo el hombre y en un dedo. Lo será pues también dividir á la justicia en universal que comprenda todas las virtudes, y en particular que solo abraze una opuesta á la avaricia. (\*)

(\*) Es verdad que la palabra justicia se puede tomar y aun se toma frecuentemente, por un conjunto de todas las virtudes, y en este sentido llama el Evangelio á S. José justo: *Joseph autem vir ejus cum esset iustus Mat. 1.* No obstante, hablando en rigor lógico, es mala la división de la justicia en universal y particular por la razón alegada. Diremos, pues, que la palabra justicia tiene dos acepciones: una en que se toma por el conjunto de todas las virtudes, y el hombre que las tiene se llama justo; y otra en que se denota una virtud especial que tiene el objeto que hemos explicado.

## SEGUNDA PARTE.

*Del derecho ó de la jurisprudencia.*

Por esta palabra *derecho* no se entiende aquí otra cosa que el conjunto de las leyes; y según la calidad de que sean estas, lo es también el derecho que constituyen. Así v. g. derecho natural es el que se compone de las leyes naturales: derecho divino, es el conjunto de las leyes divinas; y civil la colección formada de las leyes civiles. Ahora pues: la ciencia de este derecho civil es la que se llama jurisprudencia, y es una ciencia práctica de interpretar bien las leyes y de aplicarlas á los casos ocurrentes. (1) (\*)

(1) L. 13. tit. 1. Part. 1. y 3. en el princ. tit. 31. Part. 2.

(\*) En el §. 1. de este tit. se define la jurisprudencia *divinarum atque humanarum rerum notitia, justis, atque injustis scientia*. Una noticia de las cosas divinas y humanas, no es otra cosa que lo que los antiguos entendían por filosofía; y esto es lo que Ulpiano toma para genero de esta definición: Mas como la filosofía tiene por objeto lo verdadero y lo falso en la lógica, lo bueno y lo malo en la moral,

En esta definición el genero es *ciencia práctica*, porque no aprendemos el derecho para hacer de él una nuda especulación, sino para ponerlo en práctica: un físico v. g. especula que cosa sea el viento ó cual la naturaleza de la luz, y con esto se contenta aunque nunca haga uso de sus conocimientos. Mas el jurisconsulto no aprende que cosa sea contrato: qué restitucion *in integrum*: ni

y las causas de todos los efectos naturales en la física: no cuidando de ninguna materia de estas la jurisprudencia, de ahí es que le añade por diferencia específica, una ciencia de lo justo y de lo injusto, es decir: que la jurisprudencia es una filosofía que consiste en la ciencia de lo justo y de lo injusto. Así se explica Ulpiano; pero muy mal. Lo 1.º porque es falso que la jurisprudencia sea filosofía ó parte de ella: pues esta ciencia deduce sus doctrinas de sola la recta razón como único principio de conocer; y la jurisprudencia principalmente de las leyes escritas, aunque no se conozcan por sola la razón. Lo 2.º por que esta definición tuvo su origen de la emulación que había entre los filósofos y los jurisconsultos. Estos despreciaban á aquellos por su afectación y por sus estraños modos de opinar nada útiles á la república y creían que eran mejores filósofos porque procuraban mejorar las costumbres de los hombres por medio de las penas y de los premios. Esta emulación entre los jurisconsultos y los filósofos, es la verdadera razón de que Ulpiano definiere en estos términos la juris-

como se forma un libelo para solo complacerse en esta ciencia, sino para saber celebrar un contrato ó decidir si está bien celebrado ó no; para pedir en juicio la restitucion *in integrum* por si ó por otros cuando sea necesario; y para que cuando alguno intente privarlo de su derecho pueda presentar al juez un libelo bien forma lo. Todo aqui es práctico ó se ordena á la práctica; por esta

prudencia, con la mira de atribuirle á ella todo lo que los filosofos atribuian á la filosofia, aunque no haya razon alguna para llamarla ciencia de las cosas divinas y humanas.

El Barbadino criticando estas definiciones antiguas, dice así en la carta 13: „ No quiero salir de „ la mas célebre que es la de la jurisprudencia, la cual dió „ Ulpiano y repite Justiniano en las instituciones; *jurisprudencia est divinarum atque humanarum rerum „ notitia, justis, atque injustis scientia*. Esta definicion „ ha quebrado la cabeza á los jurisconsultos, que por „ bien ó por mal quieren que sea buena. Si Ulpiano „ parase en decir, que era ciencia de lo justo é in- „ justo se podia perdonar; pero decir que compren- „ de las cosas divinas y humanas, es querer que la „ llamemos enciclopedia, ó para decirlo mas claro, „ es querer que demos una carcajada. ” Y no dijo esto Barbadino por que no haya entendido tan descabellada definicion: pues la entiende de la misma suerte que Acursio, quien preguntado, si seria preciso que el jurisconsulto estudiase teologia? respondió que no, dando por razon la siguiente: *Nam omnia in corpore juris inveniuntur*.

razon definimos á la jurisprudencia diciendo que es una *ciencia práctica*.

La diferencia, por la que la jurisprudencia se distingue de las demás ciencias prácticas, es la interpretacion y aplicacion de las leyes; y por eso se añade en la definicion *de interpretar bien las leyes y de aplicarlas á los casos ocurentes*. Lo primero pues, que hace un jurisconsulto, es saber las leyes: despues pasa á darlas una recta interpretacion, y finalmente las aplica á los casos que cada dia se ofrecen en la vida civil. Estas tres calidades de tal suerte están unidas entre si, que si alguno quisiese separar una sola de ellas, aunque tuviese las demás, no mereceria el nombre de jurisconsulto. Por que si suponemos que sabe las leyes pero no las interpreta bien, no será jurisconsulto sino *leguleyo*. El que las sabe y las interpreta pero no es capaz de aplicarlas, será *jurisperito* mas no jurisconsulto. El que las aplica, esto es, se entrega á la práctica temerariamente, y á producir alli los estudios crudos, careciendo todavia de la competente ciencia, discrecion y

ino, se llama *rabula*. Finalmente el que sabe las leyes, las interpreta bien y las aplica erudita y juiciosamente en los casos que se le ofrecen, este solo merece con verdad el nombre de jurisculto ó de sabio en el derecho. (1)

Siendo de tantas obligaciones el empleo de los juriscultos á que llamamos en España é Indias *abogados*, han procurado nuestras leyes que los que lo hayan de ejercer, estén adornados de toda la ciencia y práctica que es necesaria. Deben pues, no solo estar instruidos en todas las leyes del reino, (2) sino que tambien, despues del grado de bachiller, el que puede ser en derecho canonico ó civil (\*) en universidad aprobada, han de haber practicado cuatro años en estudio de abogado aprobado, y ser ecsaminados por la audiencia del reino, segun y en la forma que se estila en todos los tribunales de España (3)

(1) Ley 13. tit. 6. P. 3.

(2) L. 4. tit. 1. lib. 2. Rec. de Cast.

(\*) Esto es en America, pues en España no basta el grado en cánones. Real resolucion de 13 de Dic. de 1804.

(3) Auto acord. 23. tit. 2. lib. 3.

Mas habiendose advertido posteriormente que estaba demasiado facil el ingreso á una profesion en que se desea la madurez, esperiencia y estudio continuado, y que el poco tiempo que se necesita para aspirar á ella rebaja mucho la estimacion á que son acreedores los que despues de un estudio largo y profundo en los derechos y una práctica sólida y estensa, han llegado al término de sus afanes, se mandó: (1) que nadie pueda ser recibido de abogado sin que haga constar que despues del grado de bachiller ha estudiado cuatro años las leyes del reino, presentandose en las universidades en que hay cátedras de esta enseñanza, ó á lo menos dos, pudiendo emplear los otros dos en el derecho canónico; y sin que despues de estos estudios, no acredite haber tenido por dos años la pasantia en el estudio de algun abogado de chancilleria ó audiencia, asistiendo frecuentemente á las vistas de los pleitos en los tribunales, lo que cer

(1) Real ord. circular de 14 de setiembre de 1802

tificarán los regentes de ellos, á quienes avisarán los abogados de los pasantes que reciban para que les conste y puedan celar y certificar su asistencia, á fin de evitar los fraudes que en esto se cometen continuamente.

Esta real resolucion no se halla comunicada á America, por lo cual hasta el dia se reciben de abogados en este reino con solo cuatro años de pasantia despues del grado de bachiller. Y aun tiene facultad el tribunal de la audiencia de poder dispensar algun tiempo á los ecsaminados con tal que no llegue á un año, y que para semejante indulgencia haya justos motivos y originarse de lo contrario crecidos daños y perjuicios, tales que se presume que si llegasen á noticia del rey franquearia el mismo indulto. Mas habiendose erigido en esta ciudad de Guatemala el illustre colegio de abogados por real provision de la audiencia de 2 de junio de 1810, aprobada por real cédula de 17 de diciembre de 1815, ninguno puede recibirse de abogado sin haber asistido por el tiempo de tres

años á las lecciones y ejercicios de la academia de derecho teorico-práctico á mas de la pasantia en casa de un letrado conocido. (1)

Uno de los principales ejercicios de esta academia, que tiene por preciso objeto el que los pasantes adquieran toda aquella instruccion é ilustracion necesaria para optar el empleo de abogado, es la sustanciacion de los juicios. En estos se instruyen los académicos formando procesos para los que sirven de materia las papeletas que forma el revisor. Otro de sus ejercicios es la esposicion de las leyes reales y municipales, y el tercero dar una idea elemental de los tribunales del reino. La junta se forma el jueves de cada semana en la casa del presidente, y en el último del mes diserta uno de los académicos sobre la materia que el propio elige.

Siendo las principales obligaciones de un buen abogado por lo tocante á la ciencia, el interpretar y aplicar bien las leyes, dirémos algo acerca de

(1) P. 3. estat. 2.

estos dos puntos. Interpretar el derecho, es no solo saber las leyes literalmente, sino entender el verdadero sentido de sus palabras. (1) La interpretacion de una ley ó pertenece al legislador y entonces se llama *auténtica*, ó al juez, y entonces se dice *usual*, ó á los jurisconsultos la que llaman *doctrinal*. Auténtica es cuando la ley está tan oscura que es necesario consultar al mismo legislador para que explique el sentido que quiere darle. (2) La usual se verifica cuando el juez interpreta las leyes por los asuntos decididos antes. Asi sucede muchas veces que suscitándose duda en algun tribunal acerca del modo con que se debe entender una ley, se consultan las decisiones antiguas, y de ellas se toma la interpretacion: se llama, pues, usual porque se funda en el uso y práctica anterior. Finalmente, la doctrinal es cuando los doctores ó abogados explican alguna ley conforme á las reglas de una justa interpretacion. A esto se reducen todos los comenta-

(1) L. 13. tit. 1. P. 1.

(2) L. 3. tit. 1. lib. 2. Recop. de Cast.

rios que sobre las leyes han escrito los legistas, los cuales entonces tienen la correspondiente autoridad, cuando los intérpretes han observado las reglas de la buena interpretacion, y valen tanto ó tienen tanta fuerza, cuanta tengan las razones en que se funden.

La interpretacion doctrinal puede ser de tres maneras: ó estensiva, ó restrictiva ó declarativa. Estensiva es cuando la razon de la ley se estiende mas que las palabras, de suerte que por medio de la interpretacion se lleva á un caso que no está espreso en ella; v. g. prohibe el principe que se estraiga trigo de la provincia bajo la pena de confiscacion: un mercader no estraie trigo sino harina: se pregunta ¿habrá obrado contra la ley y merecerá la pena, ó no? Y se debe afirmar que sí; porque aunque la ley no habla de la harina, pero la razon de la prohibicion es evitar la escasez, la cual igualmente amenaza sacando la harina como el trigo. La restrictiva por el contrario es cuando las palabras se estienden mas que la razon de la ley, de suerte que por la in-

interpretacion se exceptúa un caso que las palabras de la ley parecen comprender: v. g. dicen que en Bolonia habia una ley que condenaba á muerte á cualquiera que hiciese alguna efusion de sangre humana en la plaza pública. Supongamos que un barbero se vió en la necesidad de sangrar en el mismo lugar á un hombre acometido de apoplegia: preguntase, si habrá faltado á la ley? y se niega aun siendo tan generales las palabras en que está concebida. Porque la razon de la ley es la seguridad pública, y esta no se turba con la sangria que se dió por necesidad. Finalmente, la declarativa tiene lugar cuando la razon de la ley se estiende tanto como sus palabras, de suerte que no se necesita mas que explicarlas.

Esto es por lo que hace á la interpretacion de las leyes: siguese su aplicacion. Se dice pues, que es perito para aplicar ó acomodar á la práctica el derecho, el que lo es para responder á las cuestiones de los que consultan, lo que en algunos lugares es officio de

los jurisconsultos: para pedir en juicio ó defender causas, lo que pertenece á los abogados y procuradores que defienden los pleitos de otros: para contraer y asegurar los instrumentos, el cual es officio de los abogados y escribanos, quienes cuando se ha de celebrar un contrato, hacer un testamento ú otro negocio civil, deben instruir á los otros de las seguridades que deben pedir y de las ritualidades que deben observar para no ser engañados y para que el acto no sea nulo. Finalmente, para juzgar; el cual es officio de los jueces que oidas las partes y probados los hechos, es decir, conocida la causa, sentencian segun lo alegado y probado. El que es perito para todos estos casos, es un verdadero jurisconsulto, y como decia Ciceron, el oráculo de toda la ciudad.

La primera division del derecho es en público y privado, la cual no se toma del fin sino del objeto, siendo toda jurisprudencia pública por razon del fin, por estar destinada á la utilidad pública. Mas por razon del objeto co-

mo hemos dicho se divide muy bien en público y privado. Porque es muy distinto el derecho que trata de los negocios públicos: v. g. de los derechos de los principes acerca de la guerra y de la paz, de las embajadas y de las alianzas, del que dispone de los negocios privados v. g. de los contratos, de los testamentos y de los legados. Para que se entienda esto facilmente, daremos las definiciones de ambos derechos. Derecho público es *el que dispone y arregla el estado y derechos de las repúblicas*. Es decir: que enseña cuales sean los derechos de los principes, cuales los de los súbditos, que relaciones haya entre unos y otros &c. De suerte que este derecho varia segun las leyes fundamentales de cada república. Derecho privado por el contrario, es *aquel que pertenece á la utilidad inmediata de cada uno de los privados*; es decir, á lo tuyo y mio ó al patrimonio privado de cada uno. Segun esto si yo: v. g. intento la accion de hurto para que se me pague el duplo ó cuadruplo, será derecho privado, porque aqui pertenece al

patrimonio de un particular. Pero si un procurador del público persigue á un ladron para que se le ahorque, esta persecucion será de derecho público, porque aqui no se trata de tuyo y mio, sino de la seguridad de la república á la que interesa mucho quitar del medio á los ladrones.

Se divide tambien el derecho en natural, de gentes y civil; pero de esta division trataremos en el siguiente título.

#### ADICION.

*Por decreto de las córtes españolas de 10 de febrero de 1813 estaba derogado lo que antes habia establecido sobre el pase que debia dar el consejo de Indias á cualquiera leyes y documentos.*

*Por decreto del congreso constituyente de fecha de diciembre 1º de 1824, está resuelto que todos los abogados ecistentes en la república y los que en lo sucesivo se habilitaren por cualquier estado, podran abogar en todos los tribunales de la federacion.*

*Los congresos de los estados pueden*

*dispensar todo el tiempo que quieran á los que traten de recibirse de abogados. Lo mismo se dice con respeto al congreso general por lo que toca á los habitantes del distrito y territorios de la federacion.*

## TITULO II.

### *Del derecho natural de gentes y civil.*

Aunque la palabra derecho se toma de varios modos, en este título segun dijimos ya, no significa otra cosa que el conjunto de todas las leyes de un género. De aqui pues nace la primera division. Todo derecho es ó divino ó humano. Divino es el que comprende todas las leyes establecidas por Dios: humano el que nos presenta todas las leyes impuestas por los hombres: porque si segun hemos dicho, tal es el derecho cuales son las leyes de que se compone, necesariamente se sigue que de las leyes divinas nazca el derecho divino y de las humanas el derecho humano.

El derecho divino se subdivide en natural y positivo. Dios es un legislador

supremo: todo legislador no solo ordena las leyes, sino que tambien las promulga, porque no hay ley que pueda obligar sin promulgacion. Dios pues, como legislador supremo ha promulgado sus leyes para que los hombres las puedan saber. Esta promulgacion la ha hecho, ó por medio de la recta razon para que si el hombre quiere racionar consigo mismo pueda al instante conocer lo justo; ó por medio de la revelacion, que es la escritura sagrada, para que leyendola venga en conocimiento de su voluntad. El derecho que se conoce por la recta razon, se llama *natural*, y *positivo* el que por sola la revelacion ó escritura nos es manifesto: v. g. la razon sola nos enseña que el homicidio es ilícito: luego es prohibido por el derecho natural. Mas solo valiendonos de la recta razon no conocemos que los hombres deben recibir el bautismo: luego es de derecho divino positivo.

Veamos ahora como se define el derecho natural. Desde que se ha cultivado el estudio de este derecho tan

*dispensar todo el tiempo que quieran á los que traten de recibirse de abogados. Lo mismo se dice con respeto al congreso general por lo que toca á los habitantes del distrito y territorios de la federacion.*

## TITULO II.

### *Del derecho natural de gentes y civil.*

Aunque la palabra derecho se toma de varios modos, en este título segun dijimos ya, no significa otra cosa que el conjunto de todas las leyes de un género. De aqui pues nace la primera division. Todo derecho es ó divino ó humano. Divino es el que comprende todas las leyes establecidas por Dios: humano el que nos presenta todas las leyes impuestas por los hombres: porque si segun hemos dicho, tal es el derecho cuales son las leyes de que se compone, necesariamente se sigue que de las leyes divinas nazca el derecho divino y de las humanas el derecho humano.

El derecho divino se subdivide en natural y positivo. Dios es un legislador

supremo: todo legislador no solo ordena las leyes, sino que tambien las promulga, porque no hay ley que pueda obligar sin promulgacion. Dios pues, como legislador supremo ha promulgado sus leyes para que los hombres las puedan saber. Esta promulgacion la ha hecho, ó por medio de la recta razon para que si el hombre quiere racionar consigo mismo pueda al instante conocer lo justo; ó por medio de la revelacion, que es la escritura sagrada, para que leyendola venga en conocimiento de su voluntad. El derecho que se conoce por la recta razon, se llama *natural*, y *positivo* el que por sola la revelacion ó escritura nos es manifesto: v. g. la razon sola nos enseña que el homicidio es ilícito: luego es prohibido por el derecho natural. Mas solo valiendonos de la recta razon no conocemos que los hombres deben recibir el bautismo: luego es de derecho divino positivo.

Veamos ahora como se define el derecho natural. Desde que se ha cultivado el estudio de este derecho tan

importante, han advertido los autores que su definicion solo se debe tomar de su autor y de su promulgacion. Mas como el autor de este derecho es Dios y la promulgacion se hace por medio de la recta razon, se puede definir muy bien diciendo: que es un conjunto de leyes promulgadas por el mismo Dios á todo el genero humano por medio de la recta razon. Casi en los mismos términos se expresa el apostol cuando dice: que la ley natural está escrita en los corazones aun de los mismos gentiles. (1) Se dice este derecho escrito en los corazones, porque valiendose de la recta razon, al punto es conocido de cualquiera siempre que quiera usar de ella. Por la definicion dada inferimos ser falsa la opinion de Grocio y otros que dicen habria derecho natural aun cuando supongamos el imposible de que no hubiera Dios. Porque siendo el derecho un conjunto de leyes, no habiendo ley alguna no habria derecho. Mas: no habria ley alguna no habiendo legislador, y faltaria el legislador no habiendo Dios: luego en este

(1) Roman. cap. 2. v. 15.

supuesto faltaria el derecho natural. Es verdad que un ateo aun negando que ecsista Dios, podria vivir conforme á los preceptos del derecho natural; pero entonces no lo haria por obedecer al derecho, sino por su propia utilidad: porque es facil de conocer que de otra suerte no se puede vivir en la sociedad humana. De la misma definicion deducimos tambien que el derecho natural es inmutable, porque asi la voluntad de Dios de donde dimana, como la razon por cuyo medio se promulga, son inmutables. Si se mudase pues el derecho natural, ó Dios no seria ya Dios, ó se volveria contrario á la razon lo que antes era conforme á ella, y esto es absurdo. Concluyamos, pues, que el derecho natural es inmutable.

Hemos definido ya el derecho natural. El de gentes no es otra cosa que el mismo derecho natural aplicado á la vida social del hombre y á los negocios de las sociedades y de las naciones enteras. No son pues, dos derechos diversos el natural y el de gentes como han pensado algunos, sino uno mismo, el cual segun la

diversidad de la materia se llama derecho natural ó de gentes. Si se aplica á los negocios y causas de los privados, se dice derecho natural; y si á los negocios y causas de las sociedades ó de las naciones, se dice derecho de gentes: v. g. es regla del derecho natural que los pactos se deben guardar: supongamos pues, que Ticio prometió á Mevio cien pesos y que reusa entregárselos; diremos que viola el derecho natural; pero si finjimos que habiendo hecho alianza los españoles y los franceses, esta nación no ha cumplido las leyes del pacto á que se obligó, diremos que obra contra el derecho de gentes, no obstante que solo la recta razón es la que manda cumplir los pactos. Es verdad que se encuentran algunos puntos que los autores quieren llamar de derecho de gentes secundario; pero todos ellos ó se pueden reducir al derecho natural y eutonces son verdaderamente derecho de gentes, ó nó; y en tal caso serán de derecho civil. Quede pues establecido, que no hay derecho de gentes diverso del natural.

Volvamos á la division hecha arriba. El derecho dijimos era ó divino ó humano; y el divino, ó natural ó positivo. Del natural hemos hablado hasta aqui: siguese ahora el positivo. El derecho divino positivo, es aquel que ha sido promulgado por las sagradas letras, y que no se conoce por sola la recta razón. Aunque uno y otro dimanen de Dios, se diferencian en mucho. Lo primero, en que el natural es promulgado por la recta razón, y el divino por las sagradas letras. El natural es absolutamente necesario: y de tal suerte unido con la recta razón, que por ella sola es conocido aun de los gentiles. El divino depende de la libre voluntad de Dios, de suerte que de muchos puntos de él ignorariamos la justicia, si la sagrada escritura no nos la declarara. V. g., todos los preceptos que Dios habia impuesto á los israelitas sobre la circuncision, sobre los sacrificios y sobre la comida de animales impuros, eran de derecho divino pero no de absoluta necesidad, ni la razón hubiera podido dictar á los judios que

era malo comer carne de puerco v. g. si la sagrada escritura no lo dijese.

Pasemos al derecho humano que es aquel que ha dimanado de la voluntad de los hombres. Se divide en canónico y civil. Canónico es el que se ha establecido por los sumos pontífices y por los concilios para el gobierno de la iglesia. Civil es el que han constituido por si ó por sus gefes cada uno de los pueblos absolutos é independientes para conseguir los fines de la sociedad. Se diferencia del derecho natural y de gentes, en que este no es propio de solo una nación ó república, sino que es comun á todo el genero humano. Cada nación manda ó prohíbe muchas cosas que en si no son torpes ni honestas, pero comienzan à ser justas desde que son establecidas, por cesirjirlo así la utilidad de la republica: v. g. cazar las fieras en el monte no es injusto, y puede esto ser prohibido por el derecho civil de alguna nacion permitiendolo otras.

El derecho civil se divide en escrito y no escrito. Derecho escrito es

no precisamente aquel que está reducido á letras, sino el que ha sido promulgado, y no escrito el que no lo ha sido. Segun este modo de espresarse, todo derecho establecido por voluntad espresa del legislador y promulgado, ya sea por medio de escritura ó por voz de pregonero, ó de otro cualquier modo, se llama derecho escrito, ya sea reducido a letras ó no. El derecho de los lacedemonios, por ejemplo, era derecho escrito aunque nunca se escribieron leyes de Licurgo. Por el contrario: aquel derecho que se introduce con un consentimiento tácito de las supremas potestades y sin preceder promulgacion se usa en la república, se llama derecho no escrito aunque despues se reduzca á escritura.

Entre nosotros no hay mas que una especie de derecho escrito que es la ley. Esta es un precepto general de la potestad suprema intimado á los subditos, para que arreglen sus acciones à el. [1] No hay pues en España como entre los romanos diversidad en cuanto al ori-

(1) Ley 4. tit. 1. P. 1.

gen de las leyes, por dimanar todas de la voluntad del príncipe, sino solo en cuanto al fin y modo de espedirlas, de donde ha provenido que se les den distintos nombres. Unas veces se llama la ley que se nos promulga pragmática sancion, otras real cédula, real resolucion, real decreto, carta circular; otras finalmente, real orden y aun tambien auto acordado. A todos estos nombres con que dimanen las disposiciones del príncipe se les dá su peculiar descripcion, pero no es exacta en todos casos por confundirse unas con otras. Pragmatica sancion es una *Real determinacion que se promulga para que tenga fuerza de ley general, y en ella se reforma algun exceso, abuso ó daño introducido ó experimentado en la república, y se inserta en el cuerpo del derecho: v. g. la de 12 de marzo de 1771, en la que para evitar la deserçion que hacen los presidarios á los moros, se señalan los presidios que se deben destinar, y que el tiempo de la condena no esceda de diez años. L. 13 tit. 24 lib. 3 de la Recop. Real cédula es un despacho del rey espedido por alguno*

*de los consejos, en el qual se toman algunas providencias de motu proprio, ó se provee algo á peticion de parte. Su cabeza es: El rey, sin espresion de mas dictados: se firma con la estampilla de S. M.: el secretario del consejo á quien pertenece pone la refrendata: se rubrica por algunos ministros, y por lo regular se entrega á la parte. Tal es la de 7 de mayo de 1740 en la que se dispone que la audiencia en despachos ó esortos para obispos no use de la palabra extraño por ser poco decorosa á su alta dignidad. No se pone ejemplo de las cédulas en que se conceden gracias por ser muy conocidas. Real resolucion es la determinacion que el rey toma en algun caso que se le propone, como lo es la de 10 de abril de 1756 por la que se declaran las salas en que se deben ver los pleitos de fuerzas y otros. Pero este nombre de real resolucion es generico y puede convenir á toda determinacion que el rey tome. Real decreto es una orden del rey que se estiende en las secretarias del despacho, y la rubrica S. M. para participar sus resoluciones á los tribu-*

*nales de dentro de la corte, à los gefes de las casas reales ó á algunos ministros. V. g. el de 7 de octubre de 1796 declarando la guerra al reino de Inglaterra, que se dirigió al gobernador del consejo. Cédula, carta, ú orden circular, es cualesquiera disposicion que se espide para que circule en toda una provincia ó en muchas. Real orden es toda disposicion que comunica alguno de los ministros del rey por su mandato.*

Autos acordados son las leyes que con acuerdo del rey establece el supremo consejo tanto de Castilla, como de Indias. De suerte que la fuerza que tienen los autos acordados, la toman de la aprobacion del rey. Estas son las especies de derecho escrito que conocemos con el nombre general de ley, las cuales segun hemos dicho ya, no se distinguen unas de otras en cuanto al origen, sino solo en las circunstancias que hemos individualizado.

Los estatutos y ordenanzas ó constituciones que establece un consejo junta ó colegio para su mejor gobierno, no tienen valor ni obligan hasta obte-

ner la aprobacion real. (1) Los magistrados públicos, los gobernadores de las provincias y otras justicias, tienen facultad de estender y publicar bandos y pregones para el buen gobierno de los pueblos que estan á su cargo. Usan de esta facultad ya para poner en ejecucion alguna providencia del rey, ya para hacer observar las leyes que no estan en uso, ó ya para corregir algun abuso introducido contra las leyes. (2) Y está mandado que cualquiera ley ó providencia general, no se deba creer ni usar no estando intimada ó publicada por pragmática, cédula, provision, decreto, resolucion, real orden, auto acordado, edicto, pregon ó bando de las justicias ó magistrados públicos. El que sin preceder estos requisitos se arrogase la facultad de poner en ejecucion ó anunciar de autoridad propia algunas leyes ó fingirlas de palabra ó por escrito, ó en otra cualquiera forma, debe ser castigado como reo de estado (3)

(1) L. 8 y 13 tit. 1 lib. 7 Recop. de Cast.

(2) Arg. de la ley 3. tit. 1. lib. 2. Recop. de Cast. y 116. tit. 15 lib. 2. Recop. de Ind.

(3) Auto acordado de 1. de abril de 1767.

Por lo que mira á la autoridad de las leyes y el uso que debe hacerse de los cuerpos del derecho para la decision de los casos ocurrentes, siendo constante que la ley posterior deroga á la anterior, parece lo mas fundado que asi los jueces como los abogados, se arreglen en América al órden siguiente.

En primer lugar: se debe atender á las reales disposiciones novisimas, aun no insertas en la Recopilacion. (1)

En segundo lugar: á las leyes de la Recopilacion de Indias, guardandose la mas moderna segun sus fechas que tienen á la margen si se encontraren opuestas entre si (2)

Si en estas no se encuentra determinacion sobre el caso, se debe ocurrir en tercer lugar á las leyes de la nueva recopilacion de Castilla, en que se incluyen los autos acordados del supremo consejo, guardandose lo mas moderno segun sus fechas como se dijo arriba (3)

(1). L. 2. tit. 1. lib. 2. Rec. de Ind. al med. en el *V. ó por cédulas.*

(2) Dha. ley 2.

(3) La misma ley 2.

En cuarto lugar: se debe atender á las leyes del Fuero real y Juzgo, sin necesitarse prueba de su uso como algunos quieren suponer refiriendose á la ley 3. tit. 1. lib. 2. de la Recopilacion de Castilla, en lo que ciertamente se equivocan; pues como advierte muy bien Colom: (1) „El uso de los fueros que en „ella se previene es y debe entender- „se únicamente de los municipales que „cada pueblo tuviere para su buen go- „bierno, segun la referencia que en di- „cha ley se hace de los lugares en que „fueren usados y guardados.” Esta inteligencia es la mas conforme á la ley I tit. 28. del ordenamiento formado en las cortes de Alcalá, cuya letra está copiada al principio de dicha ley 3. en el *V. E mandamos que los dichos fueros sean guardados en aquellas cosas que se usaron.* Y es conforme tambien al auto acordado 1. tit. 1. del lib. 2. de la Recopilacion en el *V Y los otros fueros en lo que estuvieren en uso.*

En quinto lugar: á los estatutos y fue-

(1) Colom lib. 1. cap. 2. num. 19. Vease el conde de la Cañada juicios civiles part. 1. cap. 1.

ros municipales de cada ciudad, sino es en aquellas cosas que se deben enmendar por ser contra Dios ó contra razon ó contra leyes escritas. (1) Mas segun hemos advertido ya, para que los tales estatutos y ordenanzas tengan firmeza y deban seguirse han de estar confirmados por el consejo real. (2)

En sexto lugar se debe ocurrir á las leyes de las siete Partidas por aquellas que no están derogadas por otras posteriores. (3)

No encontrandose en alguno de los cuerpos sobredichos ley espresa para la decision del caso que ocurre, se debe procurar decidir por otra ley semejante, ó que se pueda acomodar por paridad de razon, consultando al espíritu y dando á la ley la mejor, y mas obvia inteligencia. (4) Asi está prevenido se practique en las causas tanto civiles como criminales. De las primeras dice

(1) Dha. ley 3. tit. 1. lib. 2. Rec. de C.

(2) Ant. acord. 16. tit. 4. lib. 2. y Ll. 14. tit. 6. lib. 3 y 9. tit. 1. lib. 7. Rec. de Cast.

(3) La misma ley 3.

(4) L. 13. tit. 33. P. 7.

asi el rey d. Alonso „(1) Non se deben „facer las leyes si non sobre las cosas „que suelen acaecer à menudo. E por „ende non ovieron los antiguos cuida- „do de las facer sobre las cosas que „vinieron pocas veces, por que tuvie- „ron que se podria judgar por otro ca- „so de ley semejante que se fallase es- „crito.” Por lo que hace á lo criminal se ha intimado por el rey á todos los jueces y tribunales con el mas serio encargo que á los reos por cuyos delitos segun la espresion literal ó *equivalencia de razon* de las leyes penales del reino corresponda la pena capital, se les imponga esta con toda exactitud y escrupulosidad, sin declinar al extremo de una nimia indulgencia ni de una remision arbitraria. (2)

Ultimamente si evacuadas todas las precisas diligencias no se puede resolver el caso, se debe ocurrir al sumo imperante para que forme una ley nueva que lo decida. (3)

(1) L. 13. tit. 33. P. 7.

(2) L. 13. cap. 6 tit. 24. lib. 8. R. de C.

(3) L. 7. tit. 1. lib. 2. Rec. de Cast. y ley 1. tit. 1. lib. 2 de Indias.

Esto es cuanto hay que decir del derecho escrito. El no escrito hemos dicho que es aquel que por el uso se introduce sin promulgacion y recibe su autoridad del consentimiento tácito de la suprema potestad. (1) Para inteligencia de esta definicion se debe observar que la unica causa del derecho en la republica, es la voluntad del sumo imperante, ya sea este el principe, ó el senado de los grandes, ó el pueblo. Si el sumo imperante manda algo espresamente estableciendolo por ley, se llama *derecho escrito*. Si concede tacitamente que se observe alguna cosa en la republica que se ha comenzado á usar, se llama *derecho no escrito*.

De lo dicho venimos en conocimiento de cuatro doctrinas acerca de la costumbre. 1.<sup>a</sup> Que la costumbre se debe probar y no la ley, porque esta mediante la promulgacion vino á noticia de todos, y aquella tácitamente se introdujo, y como esta introduccion es de hecho, se debe probar. Los medios para verificarlo son el tiempo de diez años por

(1) Leyes 1. y 4. tit. 2. P. 1.

lo menos, y la continuacion de actos uniformes. (1) 2.<sup>a</sup> Que la costumbre tiene la misma fuerza que la ley: porque su autoridad la toma del mismo legislador, y es indiferente el que quiera que una cosa se haga, espresa ó tácitamente (2) 3.<sup>a</sup> Que la costumbre abroga la ley anterior, por ser lo mismo que otra ley: y es constante que la ley posterior abroga á la anterior. (3) 4.<sup>a</sup> Que la costumbre opuesta á la recta razon ó á las leyes divinas, es de ningun momento: porque en esto no puede consentir tácita ni espresamente la suprema potestad. (4)

Por lo que hace á las costumbres que observaban los indios antes de la conquista, se mandó por el emperador Carlos V. que los gobernadores y justicias se informasen de los usos y costumbres que tuviesen y siendo razonables y en nada opuestas á nuestra sagrada religion, se les conservasen. (5)

(1) LL. 5. y 6. tit. 2. P. 1.

(2) Las mismas leyes y la 233. de estilo.

(3) Dichas leyes.

(4) Vease el tit. 2. de la P. 1.

(5) L. 4. tit. 1. lib. 2. y 22. tit. 2. lib. 5. Rec. de Ind.

Los objetos del derecho son tres: las personas, las cosas, y las acciones. Primeramente se debe saber como se diferencian las personas por razon de sus derechos: v. g. los señores y los siervos, los padres y los hijos, los tutores y los pupilos. Despues cuales son los derechos de las cosas; y ultimamente con que acciones puede cada uno perseguir su derecho.

## ADICION.

*En la actualidad la formacion de las leyes es enteramente diversa de la antigua. Hombres escogidos indirectamente por el pueblo y reunidos en congreso, dan las leyes despues de una madura y detenida deliberacion, y à esta se ha de agregar la sancion del ejecutivo. En el articulo 48 seccion 5.º titulo 3.º y en toda la seccion 6.º del mismo titulo de nuestra constitucion, se pueden ver todas las formalidades y pormenores necesarios para la formacion de las leyes.*

*En el titulo 6.º de la misma constitucion se arregla el modo con que los estados de la federacion se gobernarán y decretarán sus leyes.*

*En cuanto al uso y autoridad de las leyes, á lo primero que se debe consultar es á los decretos que hayan sido dados por los congresos mexicanos; despues á los de las córtes españolas publicados antes de declararse la independencia; y en seguida debe estarse al método que tan detenidamente señala el autor.*

## TITULO III.

*Del derecho de las personas.*

ESTAS palabras, *hombre* y *persona*, gramaticalmente son sinónimas; pero jurídicamente se diferencian mucho. La palabra *hombre* es de mayor estension que la palabra *persona*, porque toda *persona* es *hombre*, pero no todo *hombre* es *persona*. *Hombre* es todo aquel que tiene alma racional unida al cuerpo humano: y *persona* es el *hombre* considerado con algun estado. En este supuesto, el que no tiene estado alguno no es *persona*. En esta materia parece que los jurisconsultos han querido seguir á los cómicos; porque así como

Los objetos del derecho son tres: las personas, las cosas, y las acciones. Primeramente se debe saber como se diferencian las personas por razon de sus derechos: v. g. los señores y los siervos, los padres y los hijos, los tutores y los pupilos. Despues cuales son los derechos de las cosas; y ultimamente con que acciones puede cada uno perseguir su derecho.

## ADICION.

*En la actualidad la formacion de las leyes es enteramente diversa de la antigua. Hombres escogidos indirectamente por el pueblo y reunidos en congreso, dan las leyes despues de una madura y detenida deliberacion, y à esta se ha de agregar la sancion del ejecutivo. En el articulo 48 seccion 5.º titulo 3. y en toda la seccion 6.º del mismo titulo de nuestra constitucion, se pueden ver todas las formalidades y pormenores necesarios para la formacion de las leyes.*

*En el titulo 6.º de la misma constitucion se arregla el modo con que los estados de la federacion se gobernarán y decretarán sus leyes.*

*En cuanto al uso y autoridad de las leyes, á lo primero que se debe consultar es á los decretos que hayan sido dados por los congresos mexicanos; despues á los de las córtes españolas publicados antes de declararse la independencia; y en seguida debe estarse al método que tan detenidamente señala el autor.*

## TITULO III.

*Del derecho de las personas.*

ESTAS palabras, *hombre* y *persona*, gramaticalmente son sinónimas; pero jurídicamente se diferencian mucho. La palabra *hombre* es de mayor estension que la palabra *persona*, porque toda *persona* es *hombre*, pero no todo *hombre* es *persona*. *Hombre* es todo aquel que tiene alma racional unida al cuerpo humano: y *persona* es el *hombre* considerado con algun estado. En este supuesto, el que no tiene estado alguno no es *persona*. En esta materia parece que los jurisconsultos han querido seguir á los cómicos; porque así como

para estos no todo hombre que sirve ó contribuye á la comedia es persona, sino solamente aquel que representa á otro hombre, v. g. á un rey, á un viejo, á un lacayo &c.; así para los jurisconsultos aquel solamente es persona que hace en la república el papel ó de padre de familias, ó de ciudadano, ó de hombre libre; es decir, el que tiene algun estado.

Por estado entendemos una calidad ó circunstancia por razon de la cual los hombres usan de distinto derecho: (1) porque de un derecho usa el hombre libre, de otro el siervo, de uno el ciudadano y de otro el peregrino: de ahí nace que la libertad y la ciudad se llaman *estados*. Tambien se llama el estado en derecho con el nombre de *cabera*; y por esta razon se dice que el siervo no la tiene, y que se le ha disminuido ó quitado al que perdió el estado de libertad, de ciudad ó de familia.

El estado es de dos maneras: ó natural ó civil. Estado natural es aquel que dimana de la misma naturaleza: v.

(1) Princ. y l. 1. tit. 23. P. 4.

g. que unos sean nacidos, otros por nacer, unos varones y otros mugeres, unos mayores de veinte y cinco años y otros menores. Civil es el que trae su origen del derecho civil: v. g. la diferencia entre hombres libres y siervos, entre ciudadanos y peregrinos, entre padres é hijos de familia. Es pues de tres maneras el estado civil. De libertad, segun el cual unos son libres y otros siervos: de ciudad, segun el cual unos son ciudadanos y otros peregrinos; y finalmente, de familia segun el cual unos son padres y otros hijos de familia. (1) Con lo dicho se entiende facilmente este axioma: cualquiera que no goza de ninguno de estos tres estados, no es persona aunque sea hombre. Tenemos un ejemplo claro en el siervo. Este es hombre pero no persona. Es hombre porque tiene alma racional unida á un cuerpo humano, y así atendido al estado natural le llamaremos persona; pero no lo es en cuanto al estado civil porque no es libre, ni ciudadano, ni padre de familia.

De ahí es que por derecho no tiene

(1) Dha. l. 1. tit. 23. P. 4.

cabeza, y puede ser vendido, legado y donado como cualquiera de las otras cosas que estan en nuestro patrimonio.

Explicada ya la division de los estados, pasaremos á tratar de cada uno de ellos separadamente.

§. 1.

*Del estado de libertad.*

Las personas tomadas civil, no naturalmente, ó son hombres libres ó siervos. (1) Libres son todos aquellos que no estan en servidumbre justa, porque si alguno sirve injustamente v. g. robado por un salteador, este en realidad está en servidumbre, pero no es siervo sino hombre libre. Siervos son los que sirven á otro con justa causa, como las que referiremos despues. Los hombres libres ó son ingenuos ó libertinos: ingenuos son los que nunca han estado en servidumbre por haber sido libres desde el instante de su nacimiento. Libertinos son los que han sido manumi-

(1) Lib. 1. tit. 23. P. 4.

tidos de una servidumbre justa. Unos y otros son libres; pero los ingenuos tienen la ventaja de carecer de la nota de la esclavitud pasada que sirve de desdoro á los libertinos.

Siendo libres los hombres por la libertad de que gozan, ó siervos por la servidumbre á que estan sujetos, veamos qué es libertad y qué servidumbre. Libertad en derecho es *una facultad natural que tiene el hombre para hacer lo que quiera si no es que se lo impida alguna violencia ó se lo impida el derecho.* (1) Explicaremos esta definicion por partes. Se dice que la libertad es una *facultad natural*, porque por la naturaleza todos los hombres son libres; y así la diferencia que ahora se advierte entre libres y siervos, fue introducida por las leyes civiles: se dice que es una *facultad para hacer el hombre lo que quiera*, porque la libertad consiste en que no estemos obligados á hacer ú omitir nuestras acciones á arbitrio de otro, sino que conforme al nuestro podamos ó no obrar, ó verificarlo de este ó del otro modo. Fi-

(1) Ley 1. t. 22. Partid. 4.

nalmente, se añade: *si no es que intervin-  
ga violencia ò prohibicion del derecho;* por-  
que el que padece violencia queda pri-  
vado de libertad para aquel caso, y to-  
dos los que viven en sociedad civil, re-  
nuncian una parte de su libertad obli-  
gándose á omitir todo lo que prohiben  
las leyes. La servidumbre por el con-  
trario: *es un establecimiento del derecho de  
gentes, por el cual el hombre se sujeta al do-  
minio de otro contra la libertad natural.* (1)  
Se coloca la servidumbre entre las dis-  
posiciones del derecho de gentes, por-  
que como hemos dicho ya, por dere-  
cho natural todos los hombres son li-  
bres, pero la necesidad obligó en las  
sociedades, que son gobernadas por el  
derecho de gentes, á reducir á muchos  
á servidumbre porque usaban de su li-  
bertad en perjuicio de la misma socie-  
dad. Decimos en la definicion que el  
hombre en fuerza de ella se sujeta al  
dominio de otro, en atencion á que la  
esencia de la servidumbre consiste en  
que el hombre esté en dominio como  
cosa, y que por consiguiente pueda ser

(1) L. 1. tit. 21 P. 4.

vendido, legado, donado, &c. Todo es-  
to se verifica con aquella natural li-  
bertad en que el hombre fue criado,  
mas no contra el derecho natural que  
se llama preceptivo: por no haber pre-  
cepto alguno que mande que todos los  
hombres se conserven libres. A mas de  
esto se infiere claramente que la ser-  
vidumbre no repugna á la razon y de-  
recho natural supuesto se halla apro-  
bada en la sagrada escritura (1) que no  
puede autorizar sino lo que no se opo-  
ne ó es conforme á los principios de  
equidad que Dios ha grabado en nues-  
tros corazones. Se puede tambien de-  
cir que la servidumbre es contra la na-  
turaleza, en razon de que las personas  
se vuelven cosas, pues segun hemos  
dicho, el siervo de la clase de las personas  
desciende á la de las demas cosas que  
están en nuestro patrimonio.

Hemos visto ya que es libertad y  
servidumbre. Mas si se pregunta como  
se hace siervo alguno, respondemos,  
que los siervos segun nuestro derecho,

(1) 1. á los Cor. cap. 7. V. 21 y sig. A los Efes  
cap. 6. V. 5.

ó nacen ó se traen venales de la Africa y de otras naciones bárbaras. Entre las cultas que tienen sentimientos de humanidad, está abolido el derecho de servidumbre como veremos despues. Nacen los siervos de nuestras esclavas: y asi, si una sierva ó esclava pare un hijo ó hija de cualquiera que sea, queda reducido á la condicion servil. La razon es clara. Hemos dicho que los siervos son cosas: se sigue pues, que sus fetos ó producciones deben ser de la misma condicion. Porque asi como el feto de una vaca está en dominio por derecho de accesion, de la misma manera el feto de la esclava que sirve, debe tambien servir. Estos siervos nacidos de nuestras esclavas se llaman *vernas*. De este mismo derecho usaron los antiguos desde el tiempo de Abraham como se colige del cap. 14 del Genesis, en donde se dice que para una espedicion que tuvo que hacer armó trescientos diez y ocho de sus vernas y partió con ellos en busca de los enemigos. Mas como puede acontecer muchas veces que el verna nazca de un siervo de Ticio y de una esclava de

Cayo, se podria dudar de quien de los dos seria la propiedad; pero la regla general establecida en derecho decide que el parto sigue al vientre. (1) Y así como el ternero que fuese procreado del toro de Ticio y de la vaca de Cayo seria de este, asi tambien el verna que procreasen el siervo de Ticio y la esclava de Cayo, debe pertenecer al dueño de la esclava por ser una accesion de su cosa.

De este modo nacen los siervos. Se hacian antiguamente aunque hubiesen nacido libres, ó por derecho de gentes ó por derecho civil. Por derecho de gentes por la cautividad; siendo constante que todos aquellos que eran tomados por los enemigos en campo de batalla ó fuera de él en tiempo de guerra, lo fuesen. (2) Para este establecimiento racionaban así los antiguos: podemos matar á los enemigos: luego podemos reducirlos á servidumbre y aun será un gran beneficio conservar la vida á aquellos á quienes justamente

(1) L. 2 tit. 21 P. 4.

(2) L. 1 tit. 29. P. 2.

podíamos quitarla. (\*) De aquí pues, trajo su origen el nombre de siervos, que dieron los romanos á los cautivos tomados en la guerra, porque se reservaban de la muerte para la esclavitud (1) Pero esta costumbre cruel ya se ha olvidado entre las naciones; y solo subsiste en aquellas cuya bárbara indole no les deja conocer los suaves derechos de la humanidad. Tales son los turcos y africanos, que por muchos siglos infestaron nuestras costas solo con el fin de hacer cautivos. Para vengar de alguna manera estos agravios, concedieron nuestras leyes el uso de las represalias, mandando que fuesen

(\*) Que este razonamiento tiene apoyo en el derecho de gentes, se ve claramente demostrado en Heinecio lib. 2 de Iur. Gent. cap. 4. §. 80 en donde dice: siendo licito todo á un enemigo contra otro, era licito tambien matar á los vencidos en la batalla. Mas como á aquel que puede evadir el peligro sin quitar la vida al agresor, representandole solamente un mal menor no debe darle la muerte, se infiere: que no es injusto que el vencedor conserve á los vencidos para reducirlos á cautividad con el fin de que no vuelvan á dañarle, y para no alimentarlos sin sacar utilidad. Tampoco merecen reprehension los que con esta condicion han elegido conservar la vida antes que perecer.

(1) L. 1. tit. 21. P. 4.

esclavos los que callesen en nuestro poder. (1)

Mas ahora: habiendose celebrado diversos tratados de paz y comercio por el sr. D. Carlos III. con el emperador de Marruecos, y con el gran sultan Mustafá IV y sus dependientes los reyes de Barca, Tunez y Argel, ha quedado abolido el derecho de hacer esclavos que tenian los turcos y demas regeencias berberiscas y por consiguiente el uso de retorsion. (2) En virtud de estos tratados, así las naciones bárbaras como todas las cultas de Europa y fuera de ella, no observan tratar á los enemigos tomados en la guerra como cautivos sino como prisioneros ó detenidos en deposito hasta su conclusion. (3) Despues de esta, se suelen dar en cange, ó trueque por otros de igual calidad, ó por algun equivalente

(1) L. 1. tit. 29. P. 2. y l. tit. 21. P. 4.

(2) Reales cedulas de 23 de noviembre de 1794, de 29 de setiembre de 1786 y de 29 de agosto de 1791, en que se hallan insertos los tratados.

(3) Veanse los tratados ajustados con Francia y con los Estados-Unidos de America en las cedulas de 4 de setiembre y de 18 de noviembre de 1796.

en especial siendo oficiales de graduacion.

En América tampoco se pueden hacer cautivos ni usar de retorsion con los indios, ni en guerra justa hecha por los españoles ó por ellos mismos, ni por cualquiera otro titulo por justo que parezca; y aunque algunas veces se permitió fuesen hechos cautivos algunos indios sediciosos y rebeldes para facilitar su reduccion, (1) se abolieron despues estas disposiciones, mandando que con ningun pretesto ó motivo puedan quedar por esclavos ni venderse por tales los que se aprendieren en guerra ó fuera de ella. (2)

Por derecho civil se hallan varios modos de hacerse los hombres libres, siervos en pena de sus delitos. Las leyes de partida establecen algunos que aunque en el día no están en uso, conviene no ignorarlos. El primero es del mayor de 20 años que se vende con el fin de participar del precio y defraudar al comprador. En este caso establece la ley

(1) L. 13. tit. 2. lib. 6. Rec. de Ind.

(2.) L. 16. tit. 2. lib. 6. Rec. de Ind.

que quede siervo, verificandose cinco condiciones. La 1.<sup>a</sup> que el mismo consienta de su voluntad ser vendido. 2.<sup>a</sup> que participe del precio. 3.<sup>a</sup> que sepa que es libre. 4.<sup>a</sup> que el que lo compra crea que es siervo. Y 5.<sup>a</sup> que el que se hace vender sea mayor de 20 años. (1) El segundo modo tiene lugar en el liberto que es ingrato para con el señor de quien recibió la libertad, por cuyo motivo puede ser reducido á su antigua servidumbre. (2) Esta ingratitud puede ser de dos maneras: una que llaman simple y se verifica no correspondiendo con beneficios á aquel de quien se recibieron; y otra preñada retornando con injurias y daño grave al bienhechor. Los libertos pueden ser vueltos á la servidumbre no por una ingratitud simple, sino por la preñada. (3)

Asimismo las mugeres libres que contraen matrimonio con los clerigos de orden sacro deben ser hechas esclavas de aquella iglesia de que es de-

(1) L. 1. tit. 21. P. 4.

(2) Ll. 9. tit. 22. P. 4. y 18. tit. 1. P. 6.

(3) Dichas leyes.

pendiente el clérigo, con los hijos que hubieren tenido. (1) Finalmente tienen la pena de ser reducidos á servidumbre, los que dan ayuda ó consejo á los moros que son enemigos de la fé católica vendiéndoles armas, naves ó viveres. (2)

Pero todos estos modos inventados por el derecho civil, ó nunca han estado en uso, ó han quedado abolidos por costumbre contraria. (\*) De suerte que no subsiste modo alguno de reducir á los hombres á servidumbre: y así los esclavos que se hallan tanto en España como en América, no son habidos por título de reduccion á esclavitud conforme á nuestro derecho sino

(1) Ll. 44. tit. 6. P. 1. y 3. tit. P. 4.

(2.) Ll. 28. tit. 9. P. 1. 31. tit. 26. P. 2. y 4. tit. 21. P. 4.

(\*) Así lo afirman los adicinadores de Vinnio hablando de estos modos de hacer siervos. *Licet omnes fere hi constituendae servitutis modi in Partiturum legibus descripti sint, abhorrent tamen á moribus nostris. In debitores obaeratos, leges 4. et seq. tit. 5 lib. 6. Recop. Cast. creditoribus tribuunt potestatem dominice non absimilem; sed nostri saeculi humanitas hisce legibus non utitur. l. 4. n. 2. tit. 3. Inst. de jure personarum.*

selamente por compra y venta, ó por el parto de las esclavas. (1)

Todos los que ven la servidumbre con ojos ilustrados por la recta razon, la reputan por una cosa dura y muy poco conforme á la humanidad. En fuerza de estos sentimientos se fue disminuyendo, y aun se hubiera estermiado del todo el uso de reducir los hombres al dominio absoluto de sus semejantes si no lo hubieran restablecido primeramente los portugueses, y despues otras naciones á fines del siglo XV. Al descubrir las costas de Africa dieron con una multitud de reinos bárbaros como Guinea, Nigricia, Etiopia, Congo y otras vastas provincias habitadas de gentes toscas y salvages dominadas por reyes déspotas. En este mismo tiempo descubrieron la isla de Santo Tomás, de S. Mateo de Lovando y otras que hacian frente á aquellas costas. Valiendose de esta oportunidad entablaron comercio en ellas, dando paños hierro, cascabeles, aretes y otras bugerias,

(1) Arg. de la l. 6. tit. 5. lib. 7. de la Rec. de Ind.

por oro, plata y principalmente por esclavos que les proporcionaron los mismos naturales como género muy abundante entre ellos. La principal causa de haber tantos hombres destinados á ser vendidos en estos países bárbaros es el derecho de guerra. Estas son frecuentes entre los reyes de aquellos dominios, en que acostumbran los vencedores vender por esclavos á los vencidos. A esto se añade que la mayor parte de los delitos, se castiga con la esclavitud como una pena lucrosa para el fisco, no habiendo cárceles ni prisiones, sino para custodiarlos mientras se efectua la venta. Los ingleses, dinamarqueses y holandeses han continuado en este comercio como el mas ventajoso entre los que ejercitan. Comprados en las costas del Africa, pasan á venderlos á los reinos de la Europa, y con mucha frecuencia á nuestra América. (1)

Estos negros esclavos, están consti-

(1) Asi se infiere de las leyes 2 tit. 17 todo el tit. 18 lib. 8. y ley 45 tit. 2 y 133. cap. 24 tit. 15 lib. 9. de la Rec. de Indias.

tuidos entre nosotros en justa servidumbre en virtud del contrato de compra y venta y de la buena fé con que son recibidos. Ni se puede objetar que no sea legitima en el principio su adquisicion y por consiguiente viciosa la compra y venta: pues no sin fundamento se cree ser la mayor parte de ellos siervos por derecho de gentes ó por otros modos aprobados por sus respectivos soberanos; por lo que segun el sr. Solorzano se puede continuar en su posesion sin escrupulo. (\*)

(\*) El sr. Solorzano probando la libertad de los Indios y que por ningun título pueden ser hechos esclavos, dice así: A lo dicho no contradice la práctica que es tan asentada, é introducida de los esclavos negros que traen de Guinea, Cayoverde y otras provincias y rios, y pasan por tales sin escrupulo en España y en las Indias. Por que en esto vamos con buena fé de que ellos se venden por su voluntad ó justas guerras entre si en que se cauti an unos á otros: y estos cautivos los venden despues á los portugueses, que nos los traen, que ellos llaman *pombeiros*, ó *tangomangos*, como lo dicen Navarro, Molina, Rebelo, Mercado y otros autores, concluyendo finalmente que todavia tienen por harto peligrosa, canagosa y escrupulosa esta contratación, por los fraudes que en ella de ordinario se suelen cometer, y cometen; pero que estas no le toca á los particulares a eriguardas." Solorz. Polit. Ind. lib. 2. cap. 1. núm. 26.

Hemos visto ya quanto pertenece al estado de libertad: signese ahora tratar del de ciudad que es una subdivision de los hombres libres.

§. II.

*Del estado de ciudad.*

El estado de ciudad es aquel por el qual los hombres son ó no ciudadanos naturales, ó peregrinos y estrangeros. Por naturaleza entendemos una inclinacion que reconocen entre si los hombres que nacen ó viven en una misma tierra y bajo un mismo gobierno. (1) Esto proviene de que la naturaleza ha infundido amor y voluntad y ha enlazado con un estrecho vinculo de cierta inclinacion á aquellos que nacen en una misma tierra ó pais: á semejanza de los que proceden de una familia, que se aman con especialidad y procuran su bien con preferencia á los estraños. Asi pues, aquellos que se miran con los respe-

(1) L. 1. tit. 24. P. 4.

tos de traer su origen de una misma nacion, se llaman *naturales*; y fuera de estos, los demas son *estrangeros*. Esta consideracion tiene tanta fuerza, que hace imitar perfectamente á la naturaleza: pues asi como esta admite en el gremio de parientes á los estraños que se hacen adoptivos, asi tambien aquella abriga en su seno á los estrangeros que legitimamente se domicilian. En nuestra España todos los domiciliados se comprenden bajo la denominacion de españoles; pero sin olvidar que unos son *naturales*, y otros *naturalizados*. Naturales son aquellos que fueren nacidos en estos reinos de padres que ambos á dos ó á lo menos el padre sea nacido en España, ó aun cuando no, se haya naturalizado en alguno de los lugares de su dominacion de qualquiera de las maneras que se dirán despues. Es tambien natural de España el hijo nacido en otros reinos estando sus padres en servicio del rey, ó de pasajeros sin contraer domicilio. Lo es asimismo el hijo natural de padre español habido en otros paises con estrangera ó

natural concubina, y cualquiera otro ilegítimo habido por un extranjero con alguna natural de estos reinos, dentro ó fuera de España. (1)

Para que los extranjeros que han contraído domicilio se tengan por naturalizados en España, es suficiente que moren diez años con casa poblada siendo solteros; pero siendo casados con natural, les bastan seis aunque no sean oficiales ni laborantes. (2) Mas para serlo en América para el efecto solamente de tratar y contratar es menester que haya vivido en los reinos de la península, ó en las Indias por tiempo de 20 años continuos, y los diez de ellos teniendo casa y bienes raíces y estando casado con natural, ó hija de extranjero nacida en España ó en las Indias. Para usar de esta gracia, debe previamente declararse por el consejo real que han cumplido con los requisitos que se han dicho, precediendo información con citación del fiscal ante

(1) L. 7. tit. 29 P. 2. y 19. tit. 3. lib. 1 Rec. de Cast. Ll. 15 y 27 tit. 27 lib. 9 Rec. de Ind.

(2) L. 66. cap. 5 al fin tit. 4 lib. 2 Rec de Cast.

las audiencias, ó jueces superiores del partido. Concedida la carta de naturaleza, para que el extranjero pueda libremente tratar y contratar, dentro de treinta días habrá de hacer inventario de sus bienes y presentarlo ante la justicia, para hacer constar que tiene bienes raíces en valor de cuatro mil ducados constantes por instrumentos públicos. De otra suerte no se admiten los extranjeros en estas provincias. (1)

A mas de estos modos esplicados de adquirir naturaleza, hay otros que expresa un auto acordado, (2) que individualizando quienes deben considerarse vecinos dice: que lo son 1.º cualquier extranjero que tiene privilegio de naturaleza. 2.º El que nace en estos reinos. 3.º El que en ellos se convierte á nuestra santa fé católica. 4.º El que viviendo sobre si establece su domicilio. 5.º El que pide y obtiene vecindad en algun pueblo. 6.º El que se casa con muger natural y habita domiciliado en ellos, y la muger si no es

(1) Ll. 31. 23. y 34 tit. 27. lib. 9. Rec. de Ind.

(2) Aut. Acord. 22. tit. 4. lib. 6. Rec.

natural, por el mismo hecho se hace del fuero y domicilio del marido. 7.º El que se arraiga comprando bienes raíces y posesiones. 8.º El que siendo oficial viene á morar, y ejercer alguna oficio mecánico. 9.º El que tiene tienda en que vender por menor. 10. El que obtiene oficios de consejos públicos honoríficos, ó cargos de cualquier género, que solo los pueden tener los naturales. 11. El que goza de los pastos, y comodidades que son propias de los vecinos. 12. El que mora diez años con casa poblada en estos reinos; y 13 el que contribuye como los demas vasallos á S. M.

Los extranjeros, despues de haber sido domiciliados en España y adquirido la naturalidad de alguno de los modos referidos, gozan de todas las comodidades y esenciones de los naturales (\*) y se hacen capaces de los empleos

(\*) Y aun de algunas franquicias mas; como son ser libres para siempre de la moneda forera, y por tiempo de seis años de las alcabalas y servicio ordinario y extraordinario, y asimismo de las cargas concegiles en el lugar donde vivieren. Pero como estas gracias tienen el objeto de aumentar la indue-

y puestos públicos; como no sean cargos ni oficios que tengan anecea administracion de justicia, como corregidores, gobernadores, alcaldes mayores, ni otros de gobierno. (1) Tampoco pueden obtener prelacias, canongias, ni otros beneficios eclesiásticos, ni pensiones sobre ellos, por deber conferirse estos precisamente á los naturales. (2) Asimismo en la América ninguno puede ser presentado para beneficio ú oficio eclesiástico, no siendo natural de España ó de la misma América, sino es que obtenga del rey carta de naturaliza para este efecto. (3)

Otra division de los hombres libres y que gozan de los derechos de ciudadanos, es en nobles y plebeyos. (4) La nobleza que es la que constituye á los nobles, consiste en un conjunto de pri-

tria nacional y perfeccionar las artes, solo se conceden á los extranjeros útiles que quieran venir á España á ejercer sus oficios y labores. Real cédula de 20 de Julio de 1791.

(1) L. 66. cap. 5. tit. 4. lib. 2. R. de Cast.

(2) Ll. 14. 15. 17. 18. 19. y 25. tit. 3. lib. 1. Rec. de Cast.

(3) L. 31. tit. 6. lib. 1. Rec. de Ind.

(4) L. 2. tit. 23. P. 4.

vilegios de distincion y de honor concedidos á algunas personas en atencion al mérito que han contraido en la sociedad, ó ellas mismas ó sus ascendientes. (1) Se divide en nobleza por linage, por saber, y por bondad de acciones. (2) En la nobleza por linage se incluye la solariega que tienen los poseedores de territorio ó solar con casa en él, y la titulada que es la de los duques, condes, marqueses é infanzones. (3) En la que se concede por saber, los doctores y maestros de las universidades de Salamanca, Valladolid y Alcalá de Henares, (4) á que se añaden los de la universidad de México y Guatemala, que gozan de los mismos privilegios y exsensiones que los graduados en Salamanca. (5) y en la nobleza adquirida por buenas acciones y servicios personales, se incluyen los caballeros. (6) Plebeyos son todos los de-

(1) L. 11. tit. 21. Part. 2.

(2) L. 2. tit. 23. P. 4.

(3) L. 11. tit. 1. Part. 2.

(4) Ll. 2. tit. 21. y 8. tit. 31. P. 2. Ll. 8. y 9. tit. 7. lib. 1. Rec. de Cast.

(5) C. 273. aprob. en R. céd. de 9. de junio de 1686.

(6) Ll. 1. 2. 3. y 4. tit. 21. P. 2.

mas que no son nobles ni gozan de los privilegios de tales y comunmente se llaman del estado llano.

Tambien se dividen los hombres libres en eclesiásticos y legos. (1) Los eclesiásticos que son los que componen el estado gerárquico de la iglesia, ó son clérigos seculares ó regulares; (2) y legos son los que no han recibido la prima tonsura por lo menos.

### §. III.

#### *Del estado de familia.*

SEGUN este estado, se dividen los hombres en padres, é hijos de familia que estan bajo la potestad de aquellos; pero esta division la trataremos oportunamente en el título IX.

#### ADICION.

1. *La humanidad se siente commovida é indignada al ver dar razones en favor de*

(1) L. 2. tit. 23. P. 4.

(2) Tít. 6. y 7. P. 1.

la servidumbre ó sea esclavitud. La divide muy bien el autor en dos clases, la primera la hecha por compra y venta: y la segunda la de los prisioneros de guerra. Para ambas se alegan razones, y aun con el mayor escándalo se cita la sagrada escritura: es verdad que S. Pablo habla de la servidumbre, pero por poco que sea el detenimiento con que se vean las citas, se observa de luego á luego, que en ellas tan lejos de aprobarse la servidumbre, solo se recomienda al siervo la conformidad; y así en el versículo 21 citado de la epíst. 1.<sup>a</sup> á los Corint. dice el Apóstol: Fui- te llamado siendo siervo: no te dé cuidado y si puedes ser libre aprovecha- te mas bien: y aun mas abajo en el versí- culo 23 añade el mismo Apóstol: Por precio sois comprados, no os hagais sier- vos de hombres. He aquí lo que dice la sagrada escritura; y hé aquí la aprobacion que dá á la esclavitud.

Pasemos ahora á la cita que hace el autor de Heinecio en su derecho de gentes. El mejor modo de contestarla es copiar lo que el célebre Montesquieu pone en el espí- ritu de las leyes libro 10 cap. 3. „Los au- tores [dice] de nuestro derecho público, fun-

dados en historias antiguas, saliéndose de los casos de la necesidad han caído en gran- des errores, llegando á lo arbitrario. Han atribuido á los conquistadores no se que de- recho de matar, de donde han sacado conse- cuencias tan terribles como el principio, y es- ta blecido máximas que los mismos conquis- tadores cuando han tenido algo de razon, no han hecho uso de ellas. Es cosa clara que acabada la conquista se acaba el derecho de matar que tiene el conquistador, supuesto que ha cesado el caso de la defensa natural y de su propia conservacion.”

Otro gran filósofo ha dicho: „Siendo el fin de la guerra la destruccion del estado enemigo; hay derecho para matar sus defen- sores en tanto que ellos tengan las ar- mas en la mano; pero tan pronto como las dejan y se rinden, cesan de ser enemigos ó instrumentos del enemigo, y quedan simple- mente hombres; y bajo este aspecto no se tiene ya derecho sobre su vida.”

Aunque se podría todavía decir mucho sobre el particular, en favor de la concision me limitaré á lo espuesto, pasando ahora á lo que hay vigente en la actualidad sobre la materia.

El 13 de julio de 1824 se espidió un decreto por el congreso constituyente, en el que no solo se prohíbe bajo rigorosas penas el tráfico é introduccion de esclavos, sino que tambien se dá libertad por solo el hecho de pisar el suelo mexicano, á todo el que se introdujere de nuevo.

2. Es espresa atribucion del congreso general el establecer una regla general de naturalizacion. [Véase facultad 26 del art. 50 de la constitucion.] Se han dado ya algunos casos de naturalizacion por carta dada por el congreso mexicano, y aun hay dos decretos sobre la fórmula de las cartas de naturaleza y de ciudadano; el primero es de fecha de mayo 19 de 1823, y el segundo de 16 del mismo mes y año.

Teniendo los estrangeros, como tienen, libre entrada en la república mexicana, pueden optener aun el cargo de senadores ó diputados con tal que tengan ocho años de vecindad y ocho mil pesos de capital, ó una industria que les produzca mil. No pueden obtener nunca, los cargos de presidente, vicepresidente, secretarios del despacho, y miembros de la alta córte de justicia. Art. 20, 76, 121 y 122 de la constitucion. Tambien se

puede ver el artículo 21 de la misma constitucion, el decreto de fecha de agosto 18 de 1824 y el reglamento sobre pasaportes dado por el presidente de la república en 5 de junio de 1826.

Sobre esta materia hay un decreto de fecha de abril 25 de 1826, en el que se prohíbe absolutamente la entrada á los que sean españoles ó súbitos del gobierno español, á no ser que traigan pasaporte pedido al gobierno desde el lugar de su residencia.

3. Sobre nobleza y títulos de Castilla hay un decreto de 2 de mayo de 1826 por el que quedan abolidos todos los títulos de conde, marqués, caballero &c. y se mandan quitar todos los escudos de armas y signos que recordaban la antigua dependencia ó enlace con la España. Hay tambien otros decretos de las córtes españolas sobre esta materia, y son de fecha de 6 y 17 de agosto de 1811 y 9 de marzo de 1813.

## TITULO IV.

*De los ingenuos.*

LA etimologia de este nombre se toma de la palabra latina *gignendo*. Los ingenuos pues, por tanto se llaman asi, porque les es ingénita ó innata la libertad, es decir, porque desde el momento en que fueron engendrados ó nacidos, fueron libres. Esta es la principal distincion que hay entre ellos y los libertinos, los cuales tambien son libres; pero no desde su nacimiento, sino desde el tiempo de la manumision.

Con lo dicho se entiende facilmente la definicion. *Ingenuo es aquel que es libre desde el instante de su nacimiento.* (1) De suerte que para que alguno sea ingenuo se requieren tres cosas. La primera, que sea libre, porque el siervo de ninguna manera lo es. La segunda, que sea libre desde el instante de su nacimiento, y asi si uno que naciese de una esclava fuese manumitido en el momento mismo del parto, no seria ingénuo sino libertino. (2) La tercera que

(1) L. 1. tit. 14. P. 4.

(2) Arg. de dicha ley 1. tit. 14. Part. 4.

nunca haya estado en justa servidumbre; porque con un solo instante que hubiese sido siervo aunque despues recobrase su primera libertad no seria ingénuo sino libertino.

Para poder juzgar acertadamente quienes son ingénuos, es necesario establecer un aesioma del que deduciremos despues varias conclusiones. Tal es el siguiente: *es ingénuo todo aquel que ha nacido de una madre, que á lo menos por un momento fue libre, ó al tiempo de la concepcion, ó al del parto, ó en el intermedio.* (1) La razon de este aesioma es la condicion tan miserable de los siervos, por cuya causa el derecho siempre favorece mas á la libertad que á la servidumbre; (2) y asi juzga ingénuo y no siervo al infante cuya madre ha sido libre al menos un instante desde la concepcion hasta el parto. (3)

Del aesioma establecido se deducen varias conclusiones. Primera, que es ingénuo el que ha nacido de padres libertinos, porque nunca ha estado en

(1) Ley 2. tit. 21. Part. 4.

(2) Ley 13. tit. 33. P. 7. y 22. V. é esto tit. 9. P. 6.

(3) Dicha ley 2. tit. 21. P. 4.

servidumbre. Segunda, que la manumisión no daña á la ingenuidad, y así si un hombre libre injustamente detenido en servidumbre recobra su libertad, no es libertino sino ingénuo, pues nunca fue siervo aunque estuvo en servidumbre. Tercera, que los hijos vendidos por su padre (1) y los adeudados después de manumitidos quedaban ingénuos. Porque según nuestro derecho, los deudores insolventes y los que hacían cesion de bienes, eran entregados á sus acreedores para que les sirviesen; (2) pero como no eran siervos sino que solamente prestaban sus obras como criados mercenarios; así que acababan de pagar y conseguían su libertad no quedaban libertinos sino ingénuos. Cuarta, que el nacido de muger libre y de siervo es ingénuo en virtud de que como dijimos arriba, el parto sigue al vientre. Finalmente, por la misma razón es ingénuo el espúrio nacido de madre ingénuo aunque el padre sea incierto.

(1) Ley 9. tit. 17. Part. 4.

(2) Ll. 4. 5. y 7. tit. 16. lib. 5. Rec. de Cast.

## TITULO V.

### *De los libertinos.*

Dijimos arriba al comenzar el tratado de las personas, que los hombres libres ó son ingénuos ó libertinos. Habiendo pues, tratado ya de los ingénuos, se sigue ahora hablar de los libertinos.

Libertino es aquel que ha sido manumitido de una servidumbre justa y legítima. Decimos que ha de tener esta condición, porque ya dejamos asentado que el que fue manumitido de una servidumbre injusta y violenta no sería libertino sino ingénuo: v. g. José manumitido por Faraon quedó ingénuo, porque habiendo sido vendido injustamente por sus hermanos, no estuvo en una servidumbre legítima. (1) Veamos ahora que es manumisión y cuales son los modos de manumitir adoptados por nuestro derecho.

Por ella entendemos el *acto de dar*

(1) Ll. 4. 5. y 6. tit. 16. lib. 5. Rec. de Cast.

de mano. Por *mano* en derecho se significa la *potestad*; y así se dice muchas veces que *los hijos están en la mano de sus padres*, esto, es *en su potestad*. Que los siervos pueden ser manumitidos es claro, en el supuesto de que son cosas: luego están en dominio como las demás; y como este se puede renunciar ó abdicar, es indudable que también se puede manumitir.

Según nuestro derecho, los siervos pueden ser manumitidos de dos maneras, ó por voluntad de su dueño, ó por ministerio de la ley. Por voluntad expresa del señor consiguen la libertad cuando aquel se la da, ó á presencia del juez, ó en testamento, ó por carta, por sí mismo ó por personero, ó de cualquiera otro modo que conste de la voluntad que tiene de manumitir, aunque no intervenga solemnidad alguna. Porque no obstante que las leyes de Partida fundadas en el derecho de los romanos, establecían que la manumisión no pudiese ser hecha por personero, y que había de verificarse delante de cinco testigos ó en escritura firmada

de otros tantos, (1) en el día ninguna de estas solemnidades se requiere, en virtud de que la ley de Recopilación (2) manda que valga toda obligación ó contrato hecho en cualquiera manera que conste que uno se quiso obligar á otro.

Por voluntad tácita manifestada por los hechos, se tiene por manumitido el siervo á quien su señor instituye por heredero en su testamento (3) ó deja por tutor de sus hijos, aunque no diga que le concede la libertad. (4) Así mismo cuando se casa con su sierva ó permite que otro hombre libre se case con ella ó una libre con su siervo. (5) Lo mismo sucede cuando el siervo recibe órdenes hasta el subdiaconado sabiendolo el señor y consintiéndolo: porque si los recibe sin su consentimiento ni noticia, puede el señor mantenerlo en servidumbre, si no es que hubiese sido promovido al diaconado (R)

(1) L. 1. tit. 22. P. 4.

(2) L. 2. tit. 16. lib. 5. Rec. de Cast.

(3) L. 3. tit. 3. P. 6.

(4) L. 7. tit. 16. P. 6.

(5) L. 5. tit. 22. P. 4. y 1. tit. 5. P. 4.

ó presbiterado, que entonces quedará libre, pero con la obligacion de pagar el precio que valia antes de ser ordenado ó de dar otro siervo que valga tanto como él. (1)

Por ministerio de la ley aun contra la voluntad de su dueño consiguen los siervos su libertad, unas veces en pena de los delitos del señor y otras en premio de algunas acciones recomendables. Del primer modo es libre por derecho la sierva prostituida por su señor. (2) Asimismo lo es el siervo espuesto en su infancia ó abandonado por vejez ó enfermedad: (3) aunque en estos casos debe el señor proveerle de todo lo necesario durante el tiempo de la niñez, ó de la vida ó enfermedad. (4) En premio es libre el siervo que en campaña hace prisionero ó mata al caudillo contrario. El que descubriere al raptor de una muger virgen ó al que desamparó alguna fortaleza que estaba á su cargo, ó al rey ó capitán en algu-

(1) L. 6. tit. 22. P. 4.

(2) L. 4. tit. 22. P. 4.

(3) L. 4. tit. 20. P. 4.

(4) Real ced. de 31 de mayo de 1789 cap. 6.

na expedicion descubriese alguna traicion que se intentase contra el rey ó contra el reino. Pero en estos casos el rey ó el otro señor á quien las descubriese, debe dar á su dueño tanto precio quanto vale el siervo. Es tambien libre, cuando acusa, al que dió la muerte á su señor, (1) y el siervo de moro ó judío que abandonando la secta que profesaba juntamente con su señor abrazare la religion cristiana y se bautizare. (2)

Por derecho de gentes es libre el esclavo que de los reinos estrangeros se pase á alguna provincia del nuestro con ánimo de recobrar su libertad: como está decidido por repetidas cédulas y reales ordenes. (3)

Finalmente se juzga tan favorable por nuestro derecho la libertad, que la conseguirá cualquiera siervo que por sí ó por otro presente á su señor el justo precio de ella: á cuyo efecto le han

(1) L. 3. tit. 22. P. 4.

(2) L. 8. tit. 21. P. 4.

(3) Real cedula de 14 de abril de 1789, y real órden de 25 de marzo de 1801.

proporcionado nuestras leyes algunos medios. (1)

A la manumision son consiguietes varios officios entre el liberto y su señor, que llaman derechos de patronato, de los que vamos á tratar aunque por la mayor parte estan desacostumbrados. El fundamento de todos los derechos de los patronos consiste en cierta especie de paternidad y filiacion que el derecho finje entre el patrono y su liberto. (2) La razon es clara: porque asi como el hijo debe á su padre la vida natural, el liberto debe á su patrono la civil. Durante la servidumbre no era mas que una cosa como las otras que estan en el patrimonio, y por la manumision se hizo persona, adquirió cabeza en la república y recibió el mayor beneficio que se puede hacer á un hombre despues de la vida. (3) Los patronos pues, deben tener para con sus libertos el lugar de padres.

(1) Arg. de la l. 2. tit. 22. P. 4. y de la real ced. de 31 de mayo de 1789. cap. 3.

(2) Arg. de la l. 3. tit. 22. P. 4. y en ella Greg. Lopez al núm. 4.

(3) Dha. l. 3. tit. 22. P. 4.

De este fundamento nacen todos los derechos del patrono. Porque como segun hemos dicho, el liberto es á semejanza de hijo para con su patrono, debe á este todo obsequio y reverencia; (1) y asi como el hijo no puede presentarse en juicio contra su padre sin impetrar venia del juez, de la misma suerte el liberto contra su patrono. Debe tambien mostrar su agradecimiento no solo con sus palabras, sino con toda especie de obras officiosas ayudandole y cuidando de sus cosas cuando sea necesario; pero no con obras de trabajo á que llaman fabriles, como coserle sus vestidos si es sastre, hacerle zapatos si es zapatero, si no es por convencion especial ó por mucha pobreza del patrono. (2) Sucede *ab intestato* en todos los bienes del liberto, no teniendo hijos, nietos, padres ni hermanos. Si hace testamento y no tiene ninguno de los parientes sobredichos, no llegando sus bienes al valor de cien maravedis

(1) Dha. ley 3. tit. 22. P. 4.

(2) Ll. 3. y 11. tit. 22. P. 4.

de oro, debe dejar à su patrono la tercera parte. (1)

Estos derechos tienen lugar cuando el señor da libertad à sus siervos gratuitamente por sola su buena voluntad y por hacerles bien. (2) Mas si son manumitidos por méritos suyos ó en pena de los abusos de su señor, no quedan con obligacion alguna para con él (3)

### TITULO VI. Y VII. (\*)

*Quienes no pueden dar libertad à sus siervos y por que causas.*

Aunque las leyes han procurado en cuanto es posible favorecer la libertad facilitando los medios de que la consigán los que carecen de ella, no obs-

(1) L. 10. y 11. tit. 22. P. 4.

(2) Dha. l. 11.

(3) Dha. l. 11. tit. 22. P. 4.

(\*) Al tit. 7. nada corresponde por nuestro derecho. En el se deroga la ley llamada Fasia Canina que por otros motivos distintos de los que se refiere en el tit. VI. prohibia dar la libertad à los siervos, si no era en cierta proporcion con el número de los que se tenían. Sea lo que fuere de la jus-

tante se hallan algunos casos en que por justas causas han privado à los señores de la facultad de manumitir à sus siervos, que por principios generales de derecho les compete.

El primer caso se verifica en la manumision hecha en fraude de los acreedores. Acerca de esta disponen las leyes, que no valga la libertad dada à sus siervos por aquel que estando cargado de deudas, no teniendo como satisfacerlas completamente y consistiendo su patrimonio ó la mayor parte de él en siervos, los manumitiese con la mira de defraudar à sus acreedores y hacer ilusorio su derecho. (1) Los siervos aun en en el dia forman en muchas provincias la mayor parte de las riquezas de los propietarios, y como en de-

terminacion de los motivos, acerca de la cual están discordes los autores, lo cierto es que por nuestro derecho no hay mas impedimento para dar libertad à los siervos que el perjuicio que se ocasiona à los acreedores, ó à los herederos forzados, en el caso de que las libertades dadas excedan la quinta ó tercera parte de los bienes del testador y perjudiquen la legitima que les corresponde conforme à derecho. L. 12. tit. 6. lib. 5. Recop. de Cast.

(1) L. 24. tit. 3. P. 6.

por regla general que en cuanto al efecto nada hace el que manumite en fraude de ellos.

Resta ahora explicar que sea manumitir en fraude de los acreedores. Por fraude se entiende todo dolo dirigido á engañar á otro. Pero no todo dolo es malo, sino solamente aquel que tiene por objeto engañar para causar daño; v. g. cuando uno maliciosamente da á otro una moneda de cobre plateada, por corriente. Como aquí se trata de un fraude y de un dolo malo, para que se verifique son necesarias dos condiciones. 1.<sup>a</sup> Animo, intencion ó deseo de defraudar á los acreedores; esto es, que sepa el deudor que manumitiendo los siervos, no le queda con que pagar, y que no obstante eso proceda á manumitir. 2.<sup>a</sup> Que resulte el efecto de no poder satisfacer á los acreedores manumitidos los siervos. (1) Cualquiera de estas dos condiciones que falte, es válida la manumision. Y así, si uno con buena fe dá libertad á su siervo porque se cree tan rico que pueda satisfa-

(1) L. 21, tit. 3. P. 6.

er completamente á sus acreedores, aunque efectivamente no alcance, nada ha hecho en fraude suyo, porque faltó el deseo é intencion de defraudarlos. Y si otro de treinta siervos que tenia hubiese manumitido tres quedando con lo suficiente para pagar á sus acreedores, aunque hubiese tenido intencion de defraudarles, nada hizo en fraude suyo si estas manumisiones no produjeron el efecto de que fuesen dañados. (1) (\*)

Para manumitir á los siervos requerian antiguamente las leyes la edad de veinte años, y habiendo justas causas para la manumision permitian que

(1) Dha. ley 24. tit. 3. P. 6.

(\*) Esta nulidad de las manumisiones que hemos explicado padecia dos escepciones. La 1.<sup>a</sup> se ha insinuado ya, y era cuando alguno juzgándose mas rico de lo que era en la realidad manumitia con buena fe. Y la 2.<sup>a</sup> cuando no hallando el testador quien quisiese ser su heredero, institua á un siervo suyo por tal, dándole la libertad aunque fuese con perjuicio de sus acreedores. La razon de esta escepcion era, que entre los romanos se tenia por ignominia que los bienes de un ciudadano que hubiese muerto insolventese subastasen por los acreedores en su nombre. Para evitar pues este deshonor, permitia el derecho que en estos casos pudiese instituir á un siervo por

se hiciese aun á la edad de 17. (1) Las causas que se juzgaban suficientes eran varias, y las expresa muy bien la ley de Partida. „Como si aquel á quien „quisiere aferrar fuese su hijo ó su hija „que hobiese de alguna su sierva. ó si „fuese su padre, ó su madre, ó su hermano, ó su hermana, ó su maestro que „lo enseñase, ó su amo ó ama que le „criase, ó si fuese su criado ó criada, „ó si fuese con el criado à leche de una „muger, ó si fuese tal siervo que hobiese librado á su señor de muerte ó „de mala fama, ó si quisiese aferrar á „alguno de sus siervos para facerlo su „procurador para recabdar sus cosas

heredero, el qual lo era necesariamente y nada lucraba de la herencia, pues en esta institucion solo habia el objeto de que los bienes no se preguntasen en nombre del difunto para consultar á su fama, sino en el del siervo heredero. Esta preocupacion se supone existente por la ley 24. Título 3. Partida 6, y por tanto dispone lo mismo que el derecho de romanos. Pero en el dia no es admisible semejante escepcion, porque no se tiene por ignominiosa la venta de los bienes de ningún difunto. Así vemos frecuentemente que en pública almoneda se subastan las bibliotecas y menages de las casas de los hombres mas ilustres aun quando nada deben á otro.

(1) L. 1. tit. 22. P. 4.

„fuera de juicio, habiendo el siervo á „lo menos 17 años cumplidos, ó si aferrase su sierva para casar con ella.” Probandose por el señor alguna de estas causas delante del juez, aun quando fuese menor de 20 años, como fuese mayor de 17 podia dar la libertad á sus siervos con consentimiento de su curador. (1)

Lo dicho tenia lugar quando la manumision era hecha en vida, pues si se hacia en testamento bastaba que el señor tuviese la edad de 14 años. (2) Pero ahora no estando en uso estas leyes, es muy probable que tanto en testamento como fuera de él puede cualquiera manumitir á la edad de 14 años y sin que se exija justa causa para ello. Solo si en los menores de 25 se deberá exsistir respectivamente el consentimiento del tutor ó curador, por carecer hasta esa edad de la libre administracion de sus bienes.

Como esta amplia facultad concedida á los señores es en beneficio de

(1) L. 1. tit. 22. P. 4.

(2) Dicha ley 1. tit. 22. P. 4.

los siervos; para que no ceda en dano suyo, está prevenido que no puedan los dueños dar libertad por descargarse de las obligaciones de alimentos y vestido á aquellos esclavos, que se hallen en estado de trabajar, y lo mismo á los niños y menores de cualquiera de los dos sexos. Y en caso de manumitirlos debe ser proveyendoles del peculio suficiente señalado por el señor á arbitrio del juez, y con audiencia del procurador síndico (1) como protector de esclavos.

### TITULO VIII.

#### *De la potestad dominica.*

OTRA division de los hombres aprobada por el derecho es: en unos que están libres de toda potestad y otros que están sujetos á potestad agena. Si esta division no se mira con cuidado, es facil creer que coincide con la primera, por la que dividimos á

(1) Real cédula de 31 de mayo de 1780 cap. 6.

todos los hombres en libres y siervos; pero no es asi, por que hay muchos hombres libres que están sujetos á potestad agena, v. g. los hijos é hijas de familia, no siendo siervos sino libres. Dirémos pues, que las personas no sujetas á potestad y que en derecho se llaman *sui juris* son aquellas que están libres de potestad dominica y patria, y estas se dicen *padres de familia* de cualquier edad que sean; v. g. un infante que acaba de nacer es padre de familias si no tiene padre ni señor. Por el contrario están sujetos á potestad agena todos aquellos que se hallan bajo de la de su padre ó señor: los primeros se llaman *hijos ó hijas de familia*, y los segundos *siervos ó esclavos*. En este título se tratará de la potestad dominica y en el siguiente de la patria.

El fundamento de la potestad de los señores es el estado de los siervos, es decir: que los derechos que corresponden á los señores sobre sus siervos, estriban en no considerarse eses como personas, sino como cosas

que están en el dominio de su dueño, no de otra manera que un buey ó un caballo. De suerte, que por derecho antiguo de los romanos era principio inconcuso: que todos aquellos derechos que competen al señor en su cosa le competen tambien en su siervo. De este principio tan general nació el abuso que hicieron los señores de una facultad tan absoluta. No se limitó á adquirir por medio de los siervos esci- giendo de ellos con crueldad cuanto ganaban, ni solamente tenerlos en el comercio como cualquiera otra cosa mueble ó semoviente, sino que se llevó hasta el exceso de quitarles la vida aun por muy leves causas.

Nuestro derecho aunque conviene en que los siervos son cosas que están en el dominio de sus dueños, teniendo tambien consideración á que son hombres y en este concepto iguales á cualquiera otro, han concedido solamente á los señores aquellas facultades que son necesarias para sacar de ellos una justa utilidad; pero sin violar las leyes sagradas de la ca-

ridad cristiana y de la humanidad. Les concede pues, un poder lleno y cumplido para hacer de ellos lo que quieran: (1) pero les prohíbe matarlos, lastimarlos y tratarlos con demasiada crueldad. (2) Impone á los siervos la obligacion tan justa y conforme á la recta razon de obedecer y respetar á sus dueños, de desempeñar las tareas y trabajos que les señalen, y de venerarlos como á sus señores y padres de familia; pero al mismo tiempo toma las mas oportunas precauciones para que estos no escedan sus facultades. Para el caso pues, de que falten á alguna de estas obligaciones ó cometan algunos excesos, les da poder para castigarlos correccionalmente segun la calidad del defecto ó exceso con prision, grillete, cadena, maza, cepo, no poniéndoles en este de cabeza, ó con azotes que no puedan pasar de veinte y cinco y con instrumento suave que no les cause contu-

(1) L. 6. tit. 21. P. 4.

2) Dicha l. 6.

sion grave ó efusion de sangre. (1) Si los castigos espresados no fueren suficientes por haber sido grave el delito cometido por el siervo, ya sea contra sus amos, muger ó hijos, ya contra cualquiera otra persona, no tiene entonces el señor mas facultad para su castigo sino que deberá dar parte á la justicia (2) para que se proceda contra él en la forma que esplicaremos en otra parte.

Si los señores ó sus mayordomos maltrataren á los siervos ó se escedieren en los castigos correccionales que unicamente les están permitidos; causándoles contusiones graves, efusion de sangre ó mutilacion de miembro, ademas de imponerseles pena pecuniaria segun merezca la gravedad del exceso, se procederá contra ellos criminalmente á instancia del procurador sindico, substanciando la causa conforme á derecho y se les impondrá la pena correspondiente al delito cometido como si fuese libre el

(1) Céd. de 31 de mayo de 1789. cap. 3.

(2) Dicha Céd. cap. 9. lib. 4. tit. 6.

injuriado, confiscandose ademas el esclavo para que se venda á otro dueño si quedare hábil para trabajar, aplicando su importe á la caja de multas. Mas si el esclavo quedare inhabil para ser vendido, sin devolverselo á su dueño ni mayordomo que se escedió en el castigo, deerà contribuir bel primero con la cuota diaria que se señalaré por la justicia para su manencion y vestuario por todo el tiempo de la vida del esclavo. (1)

La adquisicion por medio de los esclavos ha tenido tambien bastante moderacion; pues aunque deben siempre ocuparse en beneficio y utilidad de sus señores en trabajos proporcionados á sus edades, fuerzas y robustez, no obstante les concede el derecho algun tiempo para emplearlo en su utilidad y adquirir con sus ganancias algun peculio verdaderamente propio. A este efecto está dispuesto, que debiendo principiar y concluir sus trabajos de sol á sol, se les dejen en este mismo tiempo dos ho-

(1) Céd. de 31 de mayo de 1789. ca. 1. tit.

ras libres en el día para emplearlas en manufacturas que cedan en su personal beneficio y utilidad. (1) Y la práctica del día aun mas benigna, es que los señores que se sirven de esclavos les permiten liberalmente que adquieran para sí en todas las horas, en que no hacen falta á los oficios á que los destinan, cediendoles tambien todas las donaciones que se les hacen y tratandolos en todo como á los criados mercenarios. (2)

(1) La misma Céd. cap. 3.

(2) Por real cédula de 19 de diciembre de 1817 se prohíbe para siempre desde esta fecha á todos los vasallos de S. M. así de la península como de la América, que vayan á comprar negros en las costas de Africa que están al norte del ecuador. Y desde el 30 de mayo de 1820 se prohíbe igualmente á los mismos que vayan á comprarlos en las costas de Africa que están al sur del ecuador: bajo la pena de que los negros que fueren comprados en dichas costas sean declarados libres en el primer puerto español á que llegue la embarcacion y otras que se contienen en la misma cédula.

## TITULO IX.

*De la patria potestad.*

Por patria potestad entendemos aquella autoridad y facultades que tanto el derecho de gentes como el civil conceden á los padres sobre sus hijos con el fin de que estos sean convenientemente educados. (1) De aqui se infiere, que hay una patria potestad que dimana de la recta razon ó del derecho de gentes, y otra que es inventada por el derecho civil: aquella no da mas facultades á los padres que las que son necesarias para conseguir el fin, que es la conveniente educacion de los hijos; esta se estiende á concederles algunas otras facultades y derechos que los indemnizen en alguna manera del trabajo que deben tener para formar de sus hijos unos ciudadanos útiles á la república.

Considerada la patria potestad por derecho de gentes, no es otra cosa

(1) L. 1 tit. 17. P. 4.

que aquella facultad que tienen los padres para gobernar y dirigir las acciones de sus hijos, concedida por la naturaleza, con el fin de que puedan darles la conveniente educacion á que están obligados. La razon de esta potestad es evidente. Como cuando los hijos son todavia infantes ó niños pequeños y aun jóvenes no están dotados de aquella perspicacia de ingenio y habilidad necesaria para que ellos mismos pudiesen por si buscar sus alimentos y saber como deben arreglar sus acciones á la recta razon, Dios que quiso que existiesen, se conoce que quiso tambien encomendar á otros el cuidado de su educacion. Y como no puede haber otros mas á proposito que sus mismos padres, á quienes con este fin ha infundido un tierno amor, se infiere claramente que este oficio incumbe principalmente á los padres, y que deben estar revestidos de toda aquella autoridad que se requiere para dirigir y gobernar las acciones de sus hijos, que es lo que se llama *patria potestad*.

Segun este derecho, es comun la potestad á ambos padres; porque de uno y otro es propio el oficio de educar á los hijos comunes; y concediendose por ella todo aquello sin lo cual no pueden dirigirse sus acciones, es fácil de conocer que es lícito á los padres prescribir á los hijos lo que deben hacer y lo que deben omitir, y á los desobedientes no solo reprenderlos, sino tambien castigarlos segun lo exija su culpa con consideracion á su edad, sesso y otras circunstancias. Por la razon contraria se infiere, que esta potestad no se estiende á derecho de vida y muerte sobre los hijos, ni tampoco á venderlos, empeñarlos, entregarlos á *la noxa* y adquirir todo lo que les venga de otra parte, pues es claro que ninguna de estas facultades es de tal naturaleza que sea necesaria para conseguir el fin que hemos dicho. Pero como la potestad de los padres consiste en la facultad de dirigir las acciones de los hijos, no se les debe negar el derecho de mandarles hacer algunas obras

segun su condicion, y de percibir la utilidad de ellas, y aun de administrar aquellos bienes que han adquirido por beneficio de los hombres ó de la fortuna.

Finalmente, siendo constante que conseguido el fin deben cesar los medios, por tanto se acaba esta potestad no solo por la muerte de los padres, sino tambien cuando los hijos varones están en tal edad y circunstancias que pueden vivir separados y formar nueva familia, ó si las hijas ó nietas se casan y pasan á otras familias, al contrario del derecho de los romanos y del antiguo de España que mantenía á los hijos con sus mugeres y descendientes por toda su vida en la patria potestad, si no es que los padres ó abuelos quisiesen de su voluntad emanciparlos.

La patria potestad por derecho civil de España, se diferencia poco de la que concede el derecho de gentes. Es pues, un derecho que se concede al padre sobre sus hijos, no solo para conseguir la cómoda educacion

de ellos, sino tambien para utilidad del mismo padre y de toda la familia. (1) Como en esta potestad se halla una parte gravosa á los padres y otra que les es útil, se puede dividir la patria potestad en onerosa y útil. La primera es común al padre y á la madre, sean legitimos ó ilegítimos los hijos, como que casi no es otra cosa que las obligaciones mismas que la recta razon ha impuesto á todos aquellos que han dado el sér á otro. (2) La segunda comprende algunos derechos que producen honor y utilidad á los padres que han tenido hijos conforme al orden establecido por el derecho, y á quienes es justo remunerar, así el trabajo que toman en su educacion como el servicio que hacen á la república multiplicando los ciudadanos honrados. Esta es propia de solo el padre, (3) así porque es la cabeza de la familia, como porque su-

(1) L. 3 tit. 20. P. 2. y Ll. 1. 3. y 5. tit. 17. P. 4.

(2) L. 5. tit. 19. P. 4. y Céd. de 11 de Dic. de 1796. art. 25.

(3) Ll. 2 y 8. tit. 17. P. 4.

pone el derecho que es el que ha trabajado mas en lo formal de la educacion de los hijos, y el que con su actividad los ha puesto en estado de producir utilidad. (1) Verémos en primer lugar las obligaciones que abraza la patria potestad onerosa, y en segundo los derechos que concede la útil.

La primera es criar y alimentar á los hijos. Esta obligacion y cuidado es á cargo de la madre hasta los tres años, y del padre de alli adelante. (2) La segunda, instruirlos, gobernarlos, y cuando fuere necesario, castigarlos moderadamente para hacerse obedecer de ellos. (3) Otra de las principales obligaciones de los padres en lo perteneciente á la vida civil, es encaminar y proporcionar á sus hijos para algun oficio ó destino útil con que puedan pasar la vida con honor y comodidad, (4) y siendo negligentes los

(1) L. 3. al fin. V. Ca. asi como es razon tit. 20. P. 2.

(2) Ll. 3 tit. 8. lib. 3. del Fuer. R. y l. 2. 3. 4. y 5. tit. 19. P. 4.

(3) L. 3. tit. 20. P. 2. y L. 3. tit. 17. P. 4.

(4) R. Céd. de 12 de julio de 1781. art. 1.

padres en el cumplimiento de una obligacion tan importante, ó estando imposibilitados, deben los magistrados tomar en sí este cuidado. (1)

Estos son los cargos anectos á la patria potestad onerosa. Las utilidades que produce la lucrativa son: 1.<sup>a</sup> La propiedad de los bienes adquiridos por los hijos con el peculio profecticio. (2) Este se llama asi porque dimana del padre ó de los parientes de parte de él, ó porque viene á los hijos por respecto suyo. 2.<sup>a</sup> El usufructo de los adventicios ó adquiridos por parte de la madre ó de sus parientes por herencia ó beneficio de la fortuna, ó de la industria. (3) Pero debe el padre administrar estos bienes de sus hijos, y defenderlos asi en juicio como fuera de él por toda su vida; (4) y en caso de emancipar al hijo le conceden las leyes que se quede con la mitad del usufructo que tenia, y que solo le entregue

(1) Dicha R. céd. art. 2.

(2) L. 5. tit. 17. P. 4.

(3) Dicha l. 5. tit. 17. P. 4.

(4) Dicha l. 5.

la otra mitad, permaneciendo en todo caso la propiedad en el hijo. (1) 3.<sup>a</sup> La facultad de vender ó empeñar á sus hijos en caso de hambre ó de suma pobreza que no pueda remediar de otra suerte; pero devolviendo despues el hijo ú otro por él la cantidad que recibió su padre, debe quedar libre. (2) 4.<sup>a</sup> Ultimamente, compete á los padres la facultad de dar ó negar la licencia y consentimiento para el matrimonio de sus hijos menores de 25 años y de sus hijas menores de 23 sin que tengan obligacion en caso de disenso de explicar la causa ni dar la razon de él. (3) Esta prerrogativa es la única que se comunica á la madre en defecto del padre, no teniendo el hijo 24 años y la hija 22. (4)

Los modos de adquirir la patria potestad, son: 1.<sup>a</sup> El matrimonio legitimo ó contraído conforme al orden

(1) L. 15 tit. 18. P. 4.

(2) L. 8. tit. 17. P. 4.

(3) Real decreto de 10 de abril de 1803.

(4) Dicho Real decreto.

establecido por la iglesia: (1) 2.<sup>o</sup> La legitimacion: (2) y 3.<sup>o</sup> la adopcion. (3) A estos suele añadirse la sentencia del juez que declara ser hijo legitimo aquel de quien se dudaba; y el delito que cometiese un hijo contra su padre que lo habia emancipado, (4) Pero el primero mas es modo de probar la patria potestad, que de fundarla; y el segundo solo es una pena que impone el derecho al hijo ingrato, y que por tanto no es un modo comun de adquirirlas. Trataremos pues aqui solamente de los tres que hemos dicho, y primeramente del matrimonio.

## TITULO X.

### *De las nupcias ó matrimonio.*

El primer modo de adquirir la patria potestad, es el matrimonio. Este no solo es un contrato que trae su origen del derecho natural y de gen-

(1) L. 4. tit. 17. P. 4.

(2) Arg. de las leyes 1. y 2. tit. 17. P. 4.

(3) L. 4. del mismo tit.

(4) La misma ley 4. tit. 17. P. 4.

la otra mitad, permaneciendo en todo caso la propiedad en el hijo. (1) 3.<sup>a</sup> La facultad de vender ó empeñar á sus hijos en caso de hambre ó de suma pobreza que no pueda remediar de otra suerte; pero devolviendo despues el hijo ú otro por él la cantidad que recibió su padre, debe quedar libre. (2) 4.<sup>a</sup> Ultimamente, compete á los padres la facultad de dar ó negar la licencia y consentimiento para el matrimonio de sus hijos menores de 25 años y de sus hijas menores de 23 sin que tengan obligacion en caso de disenso de explicar la causa ni dar la razon de él. (3) Esta prerrogativa es la única que se comunica á la madre en defecto del padre, no teniendo el hijo 24 años y la hija 22. (4)

Los modos de adquirir la patria potestad, son: 1.<sup>a</sup> El matrimonio legitimo ó contraído conforme al orden

(1) L. 15 tit. 18. P. 4.

(2) L. 8. tit. 17. P. 4.

(3) Real decreto de 10 de abril de 1803.

(4) Dicho Real decreto.

establecido por la iglesia: (1) 2.<sup>o</sup> La legitimacion: (2) y 3.<sup>o</sup> la adopcion. (3) A estos suele añadirse la sentencia del juez que declara ser hijo legitimo aquel de quien se dudaba; y el delito que cometiese un hijo contra su padre que lo habia emancipado, (4) Pero el primero mas es modo de probar la patria potestad, que de fundarla; y el segundo solo es una pena que impone el derecho al hijo ingrato, y que por tanto no es un modo comun de adquirirlas. Trataremos pues aqui solamente de los tres que hemos dicho, y primeramente del matrimonio.

## TITULO X.

### *De las nupcias ó matrimonio.*

El primer modo de adquirir la patria potestad, es el matrimonio. Este no solo es un contrato que trae su origen del derecho natural y de gen-

(1) L. 4. tit. 17. P. 4.

(2) Arg. de las leyes 1. y 2. tit. 17. P. 4.

(3) L. 4. del mismo tit.

(4) La misma ley 4. tit. 17. P. 4.

tes confirmado y autorizado por el derecho civil, sino tambien un sacramento instituido por Jesucristo, reconocido y venerado como tal en la iglesia católica. Bajo este supuesto veremos en este título: 1.º que sea el matrimonio: 2.º con que solemnidades y ritos se contrae: 3.º quienes pueden contraerlo, y 4.º en que penas incurrer los que lo contraen ilegítimamente.

En cuanto á lo primero; el matrimonio se define: un contrato indisoluble de sociedad celebrado entre dos personas de diverso sexo, con el fin de procurar la procreacion de la prole y de cuidar de su conveniente educacion. (1) Se dice que es un contrato, porque para su valor requiere precisamente el consentimiento de ambas partes: (2) indisoluble, porque aunque todo contrato consensual se pueda disolver por mútuo disentiimiento, este por la naturaleza de sus obligaciones y por derecho divino, canonico y civil no puede disolverse. (3)

(1) L. 1. tit. 2. P. 4.

(2) L. 5. tit. 2. P. 4.

(3) L. 7. del mismo tit.

Se dice que este contrato es de sociedad porque no es otra cosa que el consentimiento de dos acerca de un mismo fin y de unos mismos medios. *Entre dos personas de diverso sexo*, por que la poligamia si es viril, es del todo opuesta al fin del matrimonio, y si es muliebre, es menos conforme á él y prohibida por el derecho divino, eclesiástico y civil. (1) Finalmente, se añade que en esta sociedad se debe tener por fin la procreacion y educacion de la prole, porque el fin que Dios se propuso instituyendo el matrimonio, fué que el género humano se propagase ordenadamente y que se supliese con nuevos individuos el número de aquellos que cada dia pagan la deuda comun de la naturaleza. (2)

Hasta aqui hemos investigado la naturaleza del matrimonio en su definición; sígnense ahora los ritos y solemnidades con que se contrae. Entre estas unas hay que preceden y otras

(1) L. 3. del mismo tit.

(2) L. 4 del mismo tit. V. *é las razones, al mes-  
dio.*

que acompañan al matrimonio. De la primera especie son los esponsales, los que aunque no son necesarios para su valor, no dejan de precederle cuando este se contrae con la madurez que se requiere. No son otra cosa que una promesa mútua de futuro matrimonio; (1) y aunque esta no es mas que un mero pacto celebrado sin solemnidades algunas, es de tal fuerza, que por ellos quedan obligados los desposados á contraer matrimonio despues. (2) Y aunque por derecho novísimo (3) en ningun tribunal eclesiástico ni secular se deben admitir demandas de esponsales que no estén reducidos á escritura pública, esto prueba que no producirán accion sin este requisito; pero sí obligacion siempre que no haya una justa causa para reusar su cumplimiento. Finalmente, para contraerlos, basta la edad necesaria para consentir, que es la de siete años (4) y el consentimiento de

(1) L. 1. tit. 1. P. 4.

(2) Ll. 1. y 7. tit. 1. P. 4.

(3) Real decreto de 10 de abril de 1808.

(4) L. 6. tit. 1. P. 4.

los padres en los que son hijos de familia, que es la segunda solemnidad que debe preceder al matrimonio.

Es verdad que la licencia de los padres y su consentimiento no es un requisito necesario para que sea valido el matrimonio contraido por los hijos de familia; pero sí lo es para que sea licito. No se puede dudar que falta gravemente al respeto, veneracion y agradecimiento que debe à sus padres, el hijo que se empeña en un asunto de tanta consideracion como el matrimonio, sin pedir y obtener su consentimiento, aun cuando sea mayor de edad ó haya salido de su potestad; (1) pues nada de esto es motivo para que se estinga el amor de veneracion y agradecimiento que les debe siempre tener. Mas como en este punto de conceder ó negar el permiso para el matrimonio, puede haber de parte de los padres una resistencia perjudicial ó puramente de capricho, y de parte de los hijos una pasion ardiente y fogosa que

(1) Prag. Sanc. de 23 de marzo de 1776.

los empeñe sin reflexión en una alianza de consecuencias funestas; para evitar los inconvenientes de la arbitrariedad y dar una regla fija, se ha señalado por derecho la edad hasta la cual pueden los padres usar de su potestad impidiendo del todo el matrimonio si no es de su agrado, y que cumplida la que se requiere, entren los hijos al goce de su libertad contrayéndolo á su arbitrio. Pero en este caso, aunque las leyes no exigen que se pida licencia ni consejo á los padres, faltarán á su obligación los hijos que no les den esta señal de respeto y de amor, ó que no hagan caso de la resistencia fundada que hagan sus padres á su matrimonio por indecoroso ó perjudicial.

Lo últimamente dispuesto sobre este particular, se puede reducir á cuatro puntos. 1.º Que ni los hijos de familia menores de 25 años, ni las hijas menores de 23 puedan contraer matrimonio sin licencia de sus padres, quienes en caso de resistir el que sus hijos ó hijas intentaren, no estarán obli-

gados á dar la razón ni explicar la causa de su resistencia ó disenso. Los hijos que hayan cumplido 25 años y las hijas 23, podrán casarse á su arbitrio sin necesidad de pedir ú obtener consejo ni consentimiento de sus padres. 2.º En defecto del padre, tiene la madre la misma autoridad; pero los hijos ó hijas adquieren la dicha libertad un año antes de la referida, es decir, á los 24 el varón, y á los 22 la muger. 3.º A falta de padre y madre recae la autoridad en el abuelo paterno, y á falta de este en el materno; pero en este caso es libre el varón á los 23 y la muger á los 21 cumplidos. 4.º A falta de los referidos recae la autoridad en los tutores, y á falta de estos en los jueces del domicilio, entonces son libres los varones á los 22 y las mugeres á los 20 cumplidos. (1) Aunque los padres, madres, abuelos y tutores segun hemos dicho ya, no tengan que dar razón á los menores de las edades señaladas, de las causas que tengan para disentir á sus matrimonios, no obstante los

(1) Real decreto de 10 de abril de 1803.

que fueren de la clase que deben solicitar el real permiso, pueden recurrir á S. M. ó á la cámara, gobernador del consejo y gefes respectivos para que por medio de los informes que tomen se conceda ó niegue el permiso correspondiente para que estos matrimonios puedan tener ó no efecto: en las demas clases del estado ha de haber el mismo recurso á los presidentes de chancillerías y audiencias y al regente de la de Asturias, los cuales procederán en los propios términos.

Las proclamas ó denunciaciones, son otro requisito y solemnidad que debe preceder al matrimonio. Estas tienen por objeto hacer público el matrimonio que se ha de contraer, para que si alguno sabe algun impedimento que obste á su celebracion, lo denuncie al párroco. Deben hacerse en tres dias de fiesta continuos en la iglesia y al tiempo de la misa mayor; y siendo los contrayentes de diversas parroquias, deben proclamarse en ambas. (1)

(1) Conc. de Trent. sess. 24. cap. 1. de Reform. Rit. Rom. de sac. matr.

Otra solemnidad, y que absolutamente se requiere para el valor del matrimonio, es que se celebre delante del propio párroco de alguno de los contrayentes, ó de otro sacerdote con licencia del mismo párroco ó del ordinario, y de dos ó tres testigos. (1)

Finalmente es constante, que desde los primeros siglos de la iglesia, se ha celebrado el matrimonio con algunas sagradas ceremonias y preces, que aunque no pertenecen á su esencia sería un crimen omitirlas. Han sido varias segun la diversidad de tiempos y lugares. El dia de hoy conforme al Ritual Romano de Paulo V. mandado observar desde el año de 1614, despues de haber espresado los contrayentes su mútuo consentimiento con cierta fórmula solemne que les propone el sacerdote, y certificándose de este, les manda darse las manos diestras, y les dice: *Ego vos conjungo in matrimonium &c.* Siguen despues las bendiciones nupciales que tambien se llaman velaciones, las que recibidas, surte el matrimonio todos sus efectos, así

(1) Conc. de Trent. ses. 24. cap. 1. de Ref.

en lo eclesiástico como en lo civil. (1)

Veamos ahora qué personas pueden contraer matrimonio. Para que este pueda verificarse, se requieren las siguientes condiciones. 1.<sup>a</sup> Que los contrayentes hayan llegado á la pubertad, esto es, que el hombre tenga 14 años, y la muger 12. De otra suerte no se tienen por capaces para conseguir el fin del matrimonio que es la procreacion de la prole y su conveniente educacion. (2) 2.<sup>a</sup> Que un hombre solo, se case con una sola muger, y una sola muger con un solo hombre; porque segun dijimos arriba, la poligamia es prohibida por todo derecho. (3) 3.<sup>a</sup> Que los hijos de familia y menores de la edad señalada, no contraigan matrimonio sin el consentimiento de sus padres ó madres, abuelos ó tutores &c. respectivamente; y si lo contrageren serán espatriados y confiscados sus bienes. (4) La 4.<sup>a</sup> condicion es, que las personas no sean inhá-

(1) Ritual Rom. de sacr. matr. y ley 3. tit. 1. lib. 5. Rec. de Cast.

(2) L. 6. al fin tit. 1. P. 4.

(3) L. 1. tit. 2. P. 4.

(4) Decreto de 10 de abril de 1803.

biles por derecho; pues entre algunas se prohibe el matrimonio como *incestuoso*; en otras como *irreligioso*; y entre otras finalmente como *dañoso*.

Es prohibido como incestuoso el matrimonio entre los parientes cercanos, ya lo sean por consanguinidad ó por afinidad. Para inteligencia de esto es necesario explicar. 1.<sup>o</sup> Que sea parentesco de consanguinidad y de afinidad; 2.<sup>o</sup> de que modo se cuentan los grados; y 3.<sup>o</sup> hasta donde llega la prohibicion.

Veamos primeramente que sea parentesco de consanguinidad y de afinidad. Parentesco de consanguinidad es la union ó conecion natural que hay entre aquellas personas que descienden de una misma raiz ó tronco: v. g. el padre y la hija son consanguineos porque descienden de un tronco comun, es decir del abuelo. El hermano y la hermana son consanguineos porque descienden del mismo padre ó madre. (1) Parentesco de afinidad, es el vínculo que se contrae por el matrimonio consumado ó por cópula ilícita, entre el hom-

(1) L. 1. tit. 6. P. 4.

bre y los parientes de la muger y entré la muger y los parientes del hombre. Por ejemplo: los padres de mi muger, sus hermanos y hermanas &c. son afines míos; y mis padres, hermanos y hermanas &c. son afines de mi muger; pero mi hermano, y el hermano ó hermana de mi muger, no son afines entre sí. (1)

Siguiese ahora el modo de computar los grados. Grado no es otra cosa que la distancia que hay de un pariente á otro proveniente de las mas ó menos generaciones que median. (2) Si se han de contar muchas personas que engendraron ó que fueron engendradas, esta série se llama línea. (3) Esta ó es recta ú oblicua, á que tambien llaman transversal ó colateral. Línea recta es aquella que solo comprende personas generantes y engendradas. Oblicua es aquella que abraza otras personas. Si en la línea recta se cuenta subiendo desde la última persona hasta sus progenitores, se llama de *ascendientes*: v. g. pa-

(1) L. 5. tit. 6. P. 4.

(2) L. 3. del mismo tit.

(3) L. 2. del mismo tit.

dre, abuelo, bisabuelo &c. Si se cuenta bajando, se llama de *descendientes*: v. g. bisabuelo, abuelo, padre, hijo, nieto, bisnieto &c. La línea oblicua y transversal, ó es igual ó desigual: se llama igual, cuando por ambos lados se halla igual número de personas y de grados; y desigual, cuando por un lado se encuentra mayor y por el otro menor número de grados y de personas. Entendidas estas definiciones se entienden facilmente tres reglas que se dan para la computacion de grados.

1.<sup>a</sup> En la línea recta se cuentan tantos grados, cuantas son las generaciones. (1) Si deseo pues saber cuantos grados dista Ticio de Cayo su hijo, como no encuentro mas que una generacion, concluyo que no dista mas que un grado.

2.<sup>a</sup> En la línea oblicua igual, el derecho civil cuenta ambos lados, y el derecho canónico uno solamente. Es decir, que en la línea colateral igual, cuantos grados dista uno del tronco comun, otros tantos doblados dista de la otra persona

(1) L. 4. tit. 6. P. 4.

con quien sea comparado: porque segun el derecho civil cada persona hace un grado. (1) No asi por derecho canónico. La razon de esta diversidad es porque segun la computacion civil, para saber los grados que hay entre dos personas, se sube al tronco desde la una, y despues se baja hasta la otra. Este es el motivo porque no hay primer grado en esta linea, que debe necesariamente empezar del segundo por no poder verificarse subida y bajada de otra manera. Por ejemplo: los hermanos de donde comienza esta linea, distan entre si dos grados, uno de subida de ellos al padre que es el tronco comun, y el otro de bajada del mismo padre al otro hermano. Segun la computacion canónica solo se sube, y de ahí es que un hermano solo dista del otro un grado. (2)

3.<sup>a</sup> En la linea transversal desigual, por derecho canónico cuantos grados dista del tronco comun el mas remoto, tantos distan entre sí: v. g. Ticio y Berta

(1) L. 4. del mismo tit.

(2) Ll. 3. y 4. tit. 6. P. 4.

hija de su hermano Sempronio están en segundo grado, porque de Berta á Sempronio se sube un grado, y de Sempronio á su padre que lo es tambien de Ticio, y por lo mismo tronco comun, se sube otro. (1)

De este modo se computan facilmente los grados de consanguinidad. Por lo que toca á los de afinidad se debe observar, que en ella propiamente no hay grados: porque no nace de la generacion, sino del ayuntamiento carnal; pero por analogia, se distinguen y cuentan del mismo modo que en la consanguinidad. La razon es, porque haciendose como una sola persona del hombre y la muger por el matrimonio y por la cópula carnal, es muy justo que el hombre se haga pariente de los consanguíneos de la muger, y esta de los consanguíneos del hombre en el mismo grado que lo son de cada uno: v. g. porque mi muger dista un solo grado de su padre, yo no disto de mi suegro sino uno solo: y en la linea transversal la hermana de mi muger está en

(1) L. 3. tit. 6. P. 4.

primer grado conmigo por derecho canónico, y en segundo por el civil. (1)

Hasta aquí hemos visto el modo de contar los grados de parentesco: veamos ahora hasta donde se estiende la prohibicion de contraer matrimonio, ya sea con los consanguíneos, ya con los afines. Sobre este punto se establecen las reglas siguientes.

1.<sup>a</sup> *En la línea recta, esto es, entre los ascendientes y descendientes, está prohibido el matrimonio sin límites.* Esta regla concuerda con todos los derechos, y se dice en ella que no hay límites en la prohibicion para dar á entender que se estiende á los grados mas remotos. (2) La bisabuela v. g. no puede casarse con su bisnieto, del mismo modo que ni la abuela con su nieto, ni la madre con su hijo. Para mejor inteligencia suele esta regla ilustrarse con aquel célebre ejemplo, de que si Adán no hubiese violado el precepto divino de no comer del árbol vedado, y Eva solamente lo hubiese comi-

(1) L. 5. tit. 6. P. 4.

(2) Levit. cap. 18. V. 6.—Clement. unic. de consang. et affin. Conc. Trid. ses. 24. cap. 6. de ref. matr. L. 4. tit. 6. P. 4.

do y sufrido la muerte en pena de su pecado, Adán no hubiera hallado hasta el día segunda muger, porque respecto de él todos los hombres son descendientes aunque se hallen en grados remotísimos.

2.<sup>a</sup> *Tampoco tiene límites la prohibicion en la línea transversal desigual, cuando hay atingencia del primer grado de la línea recta.* V. g. en un tío con una sobrina en quinto ó sexto grado. (1) Segun esta regla si Abél viviera no hallára en el día muger con quien contraer matrimonio, porque todos los hombres nacieron de su hermano Seth y Cain, y asi es como padre de todo el linage humano.

3.<sup>a</sup> *En la línea transversal se estiende la prohibicion hasta el cuarto grado inclusive de la computacion canónica, (\*) que es la que se observa en materia de matrimonios.* (2)

4.<sup>a</sup> *La afinidad que nace del matrimonio consumado, produce un impedimento que se*

(1) L. 4 del mismo tit. al fin.

(\*) De esta regla se exceptuan los indios á quienes el Señor Paulo III. concedió privilegio para que pue-  
dan contraer matrimonio dentro del tercero y cuarto grado de consanguinidad; y así en ellos este impedimento solo se estiende hasta el segundo grado. Cons. Lín. 2. ses. 3. cap. 69.

(2) Ll. 3. y 4. tit. 6. P. 4.

estíende à los mismos grados, y se computa del mismo modo que el de consanguinidad. Por ejemplo: en la línea recta está prohibido el matrimonio sin límites entre los ascendientes y descendientes, luego también lo estará con la que fue muger de un ascendiente ó descendiente. Del mismo modo en la colateral: porque está prohibido el matrimonio entre los hermanos y hermanas, lo estará también entre los hermanos y hermanas de la muger y del marido, y así de los demás grados. (1)

5.º *La afinidad que nace de cópula fornicaria ó de cualquier modo ilícita, no pasa del segundo grado.* (2)

6.º *El matrimonio rato y no consumado y los esponsales válidos, producen un impedimento que se llama de pública honestidad, que en aquel se estíende hasta el cuarto grado y en estos no pasa del primero.* (3)

Hay también otras dos especies de parentesco que son el espiritual y el civil. El primero trae su origen del dere-

(1) L. 5. del mismo tit.

(2) Concil. trid. ses. 24. cap. 4. de Reform.

(3) Conc. trid. ses. 24. cap. 3. do Ref.

cho canónico, y el segundo del civil. El parentesco espiritual es el que se contrae en los sacramentos del bautismo y confirmación. Es impedimento para el matrimonio entre el bautizante y bautizado y el padre y madre del bautizado, y también entre el padrino y el bautizado y su padre y madre. El mismo impedimento, y en los términos referidos, se contrae en el sacramento de la confirmación. (1) El parentesco civil es el que nace de la adopción: porque como esta imita á la naturaleza, son reputados los hijos adoptivos del mismo modo que los naturales. De esta suerte así como un padre natural no puede casarse con su hija natural, así tampoco un padre por adopción con su hija adoptiva. (2) Este impedimento es perpetuo entre los que están en lugar de padre, por lo que dura aun después de disuelta la adopción. No sucede lo mismo entre los hermanos; y así una hija del padre adoptivo, puede contraer matrimonio con el hijo adoptivo emancipado. (3)

(1) Ll. 2. y 5. tit. 7. P. 4.

(2) Ll. 7. y 8. tit. 7. P. 4.

(3) Dha. ley 8. tit. 7. P. 4.

Hasta aquí hemos tratado de los matrimonios prohibidos como incestuosos. Como irreligiosos ó contrarios á la santidad de la religion. lo son tambien los que se celebran entre personas de otra religion que la cristiana: (1) con los clérigos que han recibido orden sagrado, religiosos ó religiosas profesas: (2) con los que están ya ligados con otro matrimonio: (3) cuando es contraído clandestinamente ó sin la solemnidad de la presencia del propio párroco y de dos ó tres testigos. (4) Finalmente cuando intervienen los delitos de adulterio ú homicidio en cuatro casos. 1.º Cuando hay adulterio con pacto de futuro matrimonio. 2.º Cuando aunque no haya adulterio haya muerte ó maquinacion de parte de alguno de los contrayentes con promesa de matrimonio. 3.º Cuando hay adulterio y homicidio, aunque haya ig-

(1) L. 15. tit. 2. P. 4.

(2) L. 16. del mismo tit.

(3) 1. ad Corint. cap. 7. V. 39 Conc. trid. ses. 24 de Sac. Matr. Can. 2. y l. 16. tit. 17. P. 7.

(4) Conc. trid. ses. 24. de Ref. Matr. cap. 1. L. 1. tit. 1 lib. 5. Rec. de Cas.

norancia de una parte. Y 4.º cuando uno de los contrayentes celebra segundo matrimonio con mala fé. (1)

Como dañosos son prohibidos por las leyes los matrimonios en que con fundamento se sospecha que no hay la suficiente libertad para contraer, ó que verificándose peligra la recta administracion de justicia ó la de las rentas del fisco ó de los pupilos.

En estos principios se funda la prohibicion que tienen los consejeros y oidores para contraer matrimonio con personas que en los tribunales donde ellos residen tienen pleitos pendientes, (2) y los vireyes, presidentes, oidores y fiscales de las audiencias, oficiales reales, administradores, tesoreros, protectores de indios, auditores de guerra, gobernadores de las provincias y los hijos de todos estos y sus asesores, con cualesquiera personas residentes en sus distritos. (3)

(1) L. 19. tit. 2. P. 4.

(2) Ll. 25. tit. 4. lib. 2. Rec. de Cast. y 15. tit. 3. lib. 2. Rec. de Ind.

(3) L. 2. tit. 14. P. 4. Ll. 82. y siguientes tit. 16. lib. 2. tit. 3. lib. 3. Rec. de Ind. Reales cédulas de 17 de julio y 16 de agosto de 1773 y de 9 de agosto de

se prohibe tambien el matrimonio del tuior ó su hijo, con la pupila por temor de que con este pretexto se niegue á dar cuentas de la administracion de la tutela, ó se dificulte el que se le ecsijan con la eesactitud debida. (1)

Hasta aqui hemos referido los matrimonios que son prohibidos por derecho. A mas de estos hay otros que sin necesidad de prohibicion, no pueden subsistir por repugnantes a la recta razon. Esto se verifica cuando hay defecto en el consentimiento ó en la naturaleza de los contrayentes. Del primer modo es nulo el matrimonio, ya cuando interviene error acerca de la persona con quien se contrae ó acerca de su condicion servil; (2) ya cuando la muger es robada, si no es que despues de estar en lugar seguro consienta libremente; (3) y ya en fin cuando alguno es obligado á con-

1779. Vease la nota que está al fin del tit. 16. lib. 2. de la Rec. de Ind. que extracta una Real cédula de 1.º de junio de 1676.

(1) L. 6. tit. 17. P. 7.

(2) Ll. 10. y 11. tit. 2. P. 4.

(3) L. 15. tit. 2. P. 4. Conc. de Trent. ses. 24. de Reformat. cap. 6.

traer por violencia y miedo grave. (1) Por defecto de naturaleza no pueden contraer matrimonio los impúberes, (2) si no es que la malicia supla la edad; y los que sean inhábiles para la cópula siendo la inhabilidad perpetua. (3)

Las penas en que incurren los que contraen matrimonio contra las prohibiciones de derecho que hemos referido, son varias. La primera es la nulidad siempre que el matrimonio es contraido con alguno de los impedimentos que se llaman dirimentes, cuales son todos los que se incluyen bajo los nombres de matrimonio incestuoso, irreligioso ó repugnante á la razon. De aqui se sigue que los hijos que nazcan de semejantes nupcias, no son legítimos ni están en la potestad de sus padres, sino que son espúreos. A mas de esta pena se les impone la que corresponde segun las leyes al delito que cometen como de incesto, raptó, violencia &c.

Los que contraen matrimonios da-

(1) L. 15. tit. 2. P. 4.

(2) L. 6. tit. 2. P. 4.

(3) Dha. ley 6.

ñosos, aunque no son castigados con la pena de nulidad, tienen la de quedar privados por el mismo hecho de los oficios y empleos que obtenian; y el tutor que casase con su pupila, tiene la pena de adulterio. (1)

## ADICION.

*Ya que el autor ha tratado la materia de matrimonios con tanto método y perfeccion, solo se añadirán aquí algunas noticias tan útiles como interesantes en este punto.*

*Por un Breve dado en Roma en 1789, Pio VI. reiteró por cierto tiempo à los obispos de América la facultad de dispensar: 1.º Por cópula lícita en el segundo grado de consanguinidad y afinidad. 2.º Por la misma cópula, en el segundo y tercero grado con atingencia al primero en la línea transversal. 3.º Por cópula ilícita en el primer grado de la línea transversal ò de la recta, con tal que conste con toda certeza que ninguno de los contrayentes haya sido procreado por el otro; y esto es, ya para que puedan*

(1) Ll. 32. y 34. tit. 18. lib. 2. Rec. de Ind. L. 0. tit. 17. P. 7.

*contraer matrimonio entre sí, ò bien para que puedan permanecer en él si estuvieren ya casados, aunque le hubiesen contraído con noticia del impedimento que tenían: pero para esto deben renovar el consentimiento ante el párroco y testigos.*

*En Orden de fecha 26 de octubre de 1820 se previene que en las dispensas matrimoniales de los declarados pobres no se lleven ningunos derechos.*

## APENDICE.

*De la legitimacion.*

El segundo modo de adquirir la patria potestad, es la legitimacion. Esta es un acto por el cual los hijos ilegítimos, se fingen nacidos de un justo matrimonio (1) y se reducen á la potestad de sus padres á manera de los legítimos. De la definición dada se infiere, que el fundamento de la legitimacion rigurosa, es una ficcion por la cual la ley tiene por nacidos en un justo matri-

(1) Arg. de la ley. 1. tit. 13. P. 4. y 1. y siguientes tit. 15. P. 4.

ñosos, aunque no son castigados con la pena de nulidad, tienen la de quedar privados por el mismo hecho de los oficios y empleos que obtenian; y el tutor que casase con su pupila, tiene la pena de adulterio. (1)

## ADICION.

*Ya que el autor ha tratado la materia de matrimonios con tanto método y perfeccion, solo se añadirán aquí algunas noticias tan útiles como interesantes en este punto.*

*Por un Breve dado en Roma en 1789, Pio VI. reiteró por cierto tiempo à los obispos de América la facultad de dispensar: 1.º Por cópula lícita en el segundo grado de consanguinidad y afinidad. 2.º Por la misma cópula, en el segundo y tercero grado con atinencia al primero en la línea transversal. 3.º Por cópula ilícita en el primer grado de la línea transversal ò de la recta, con tal que conste con toda certeza que ninguno de los contrayentes haya sido procreado por el otro; y esto es, ya para que puedan*

(1) Ll. 32. y 34. tit. 18. lib. 2. Rec. de Ind. L. 6. tit. 17. P. 7.

*contraer matrimonio entre sí, ò bien para que puedan permanecer en él si estuvieren ya casados, aunque le hubiesen contraído con noticia del impedimento que tenían: pero para esto deben renovar el consentimiento ante el párroco y testigos.*

*En Orden de fecha 26 de octubre de 1820 se previene que en las dispensas matrimoniales de los declarados pobres no se lleven ningunos derechos.*

## APENDICE.

*De la legitimacion.*

El segundo modo de adquirir la patria potestad, es la legitimacion. Esta es un acto por el cual los hijos ilegítimos, se fingen nacidos de un justo matrimonio (1) y se reducen á la potestad de sus padres á manera de los legítimos. De la definición dada se infiere, que el fundamento de la legitimacion rigurosa, es una ficcion por la cual la ley tiene por nacidos en un justo matri-

(1) Arg. de la ley. 1. tit. 13. P. 4. y 1. y siguientes tit. 15. P. 4.

monio á los que han nacido fuera de el. Se dice en ella que á manera de los legítimos son reducidos á la patria potestad, para denotar el efecto de la legitimacion. Los hijos nacidos fuera de matrimonio, no estan en la potestad de su padre, y se reputan como si en realidad no lo tuvieran: porque en derecho solo se tiene por padre aquel que demuestra el matrimonio legitimo. De aqui proviene que los hijos ilegítimos se llaman naturales, porque segun la naturaleza tienen padre, pero no segun derecho.

Los modos de hacerse la legitimacion que están en práctica, son dos. El primero por subsiguiente matrimonio, y el segundo por rescripto del principe. Por subsiguiente matrimonio se legitiman solamente los hijos naturales, cuando el padre que los ha tenido en alguna concubina contrae matrimonio con ella. Se requiere pues lo 1.º que la madre sea una muger honesta, no una ramera: 2.º que tanto el padre como la madre sean hábiles para contraer matrimonio sin dispensa; y 3.º que

lo verifiquen conforme á derecho. Puestas estas tres condiciones, resulta una legitimacion tan completa que se equipara á la legitimidad. (1)

De lo dicho se infiere, que son incapaces de esta especie de legitimacion: 1.º los hijos espúrios, esto es, los que han nacido de ramera ó de una muger pública que hace ganancia con su cuerpo: 2.º que lo son asimismo los adúlteros ó nacidos de adulterio: 3.º los incestuosos habidos entre personas que por el parentesco de consanguinidad, ó afinidad que tienen entre si no pueden contraer matrimonio: y finalmente, los sacrilegos habidos por clérigos ordenados de orden sagrado ó por religiosos profesos. La razon es porque la legitimacion se hace fingiendo el derecho que los hijos que se legitiman, fueron nacidos de matrimonio, retrayendo el que contraen los padres al momento en que tuvieron los hijos, y como toda ficcion supone términos hábiles, de ahí es, que no pudiendo fin-

(1) Ll. 9. y 10. tit. 8. lib. 5. Rec. de Cast. Cap. 8. Qui filii sint. legit.

girise matrimonio con una ramera al tiempo mismo que se entrega á todos, ni entre el adúltero y adúltera, ni entre los demás que hemos esceptuado, tampoco puede retrotraerse el que contraigan actualmente al tiempo del comercio ilícito, y por consiguiente que semejantes hijos no pueden ser legitimados por subsiguiente matrimonio aun cuando sus padres lo llegasen á verificar.

El otro modo de legitimar, es por rescripto del príncipe. Este se consigue presentando el padre un memorial de súplica ante la suprema potestad, pidiendo que su hijo ó hija habidos fuera de matrimonio se legitimen. (1) Concediendo el príncipe la gracia, se tiene el hijo por legitimado. (\*) Esta es-

(1) L. 4. tit. 15. P. 4.

(\*) Estas legitimaciones regularmente no se conceden gratis, sino que segun el motivo porque se solicita la gracia, está señalada la cantidad con que deben servir los pretendientes. Asi está dispuesto en la Real cedula de 12. de diciembre de 1800 en que se aprueban diversos arbitrios propuestos por el consejo para la estincion de vales reales y pago de intereses. En ella pues, al artículo 17. se dice asi:  
 „ La legitimacion á hijo ó hija que le hubieren sus  
 „ padres siendo selteros para heredar y gozar, sirve

pecie de legitimacion, se suele conceder no solo á los naturales, sino tambien á los espários, adúlterinos, incestuosos, y demás, ya verifiquen sus padres el matrimonio con dispensa, ya sean del todo incapaces de contraerlo; pero

„ con doscientos ducados de vellon cada hijo ó hija;  
 „ pero si la legitimacion es solo para ejercer oficios  
 „ de republica indistintamente, sirvan con cicato y cincuenta ducados. Y si es para oficio determinado  
 „ como abogado, escribano, procurador, ú otro de esta clase queda la regulacion del servicio al juicio  
 „ del referido superintendente segun las circunstancias  
 „ del pretendiente y oficio que solicite, no bajando  
 „ el servicio en todo caso de cuarenta ducados. „  
 Y el artículo 25. hablando de otras legitimaciones en que hay alguna mas dificultad dice asi: „ Las  
 „ legitimaciones extraordinarias para heredar y gozar de la nobleza de sus padres á hijos de caballeros profesores de las órdenes, de clérigos y de casados, sirvan con mil ducados de vellon, siendo  
 „ la legitimacion para solo heredar y obtener oficios, pero comprendiendo la circunstancia de gozar de la nobleza de sus padres, con treinta mil reale: entendiendose en uno y otro caso por cada hijo ó  
 „ hija que lo solicite. „ De estos dos artículos inferimos tres cosas. La 1.<sup>a</sup> que el servicio pecuniario, que siempre debe intervenir, está regulado con consideracion al impedimento que se dispensa y al fin para que se solicita. La 2.<sup>a</sup> que estas gracias siempre se contraen al oficio para que se solicita, y que no se estienden á mas de lo que se espresa; y la 3.<sup>a</sup> que cada hijo ó hija necesita de ser habilitado separadamente, porque una sola legitimacion no vale para todos los hijos de un mismo padre.

por lo regular no tiene otro objeto que limpiar de alguna manera la mancha del origen criminoso y habilitar á los hijos, ó para heredar á sus padres que no los tienen legítimos, ó para gozar de su nobleza, ó para obtener empleos y cargos de que están escluidos los ilegítimos. (1) Asimismo solo produce habilitacion para el objeto á que se dirige la suplica, y no se estiende á mas de lo que expresa el rescripto.

Fuera de los modos referidos, se encuentran otros en las leyes de Partida, que aunque no se practican es conveniente referir. El 1.º es el que las leyes romanas llamaban por ofrecimiento á la curia. Este no es otra cosa, segun dice la ley de Partida, que llevar el padre á su hijo natural á la córte del rey ó al consejo de la ciudad; y entregandolo de su propia voluntad para su servicio, decir públicamente que es su hijo habido de tal muger soltera, nombrandola, por cuyo acto dice quedar legitimado, si el hijo se conviene y acep-

(1) Real cedula de 21 de diciembre de 1600.

ta la entrega de su padre. (1) Asimismo se tienen por legitimados los hijos que se ofrecen espontáneamente á servir al emperador, rey, ciudad ó villa diciendo de quien son hijos, en cuyo caso les concede la ley que hereden á sus padres *ab intestato*, si no tienen estos otros hijos; pues si los tienen legítimos, no se legitiman por este acto. (2)

Otro modo de legitimar los hijos naturales segun la ley de Partida, es por testamento en que el padre que no los tiene legítimos, diga que quiere que Ticio y Cayo sus hijos naturales procreados en tal muger de estado soltera sean sus herederos legítimos. En cuyo caso, si despues de la muerte del padre tomaren los hijos este testamento y lo presentaren al rey pidiéndole se digne confirmar la legitimacion, lo debe hacer asi, y serán habidos por legítimos no solo para heredar los bienes de su padre, sino tambien para todo lo demás. (3)

(1) L. 5. tit. 15. P. 4.

(2) L. 9. tit. 15. P. 4.

(3) L. 6. tit. 15. P. 4.

Igualmente se concede legitimar á los hijos por instrumento público firmado por tres testigos, en que el padre diga que alguno ó algunos son hijos suyos y que los reconoce por tales; mas para que valga esta legitimacion no ha de espresar que son hijos naturales, de donde se infiere que está fundada en presuncion de matrimonio y que mas es prueba de ser legitimo el hijo que verdadera legitimacion. (1)

Los efectos que produce la legitimacion cuando es completa, son 1.º reducir los hijos naturales á la potestad de sus padres con todas las facultades que el derecho concede sobre los legitimos. 2.º Dar derecho á los hijos para suceder en los bienes de sus padres. Pero en este punto se debe hacer distincion entre la legitimacion que se hace por subsiguiente matrimonio, y la que se concede por rescripto del principe. En el primer caso suceden indistintamente á sus padres de la misma manera que los legitimos. (2) En

(1) L. 7. del mismo tit.

(2) L. 16. tit. 8. lib. 5. Rec. de Cast.

el segundo caso aunque el hijo sea legitimado para heredar los bienes de sus padres, si despues estos tuvieran algun hijo ú otro descendiente legitimo ó legitimado por subsiguiente matrimonio, entonces el legitimado por rescripto no puede suceder con ellos *ab intestato, ni ex-testamento* y solo habrá lo que sus padres le quisiesen mandar del quinto de sus bienes en que tienen libre disposicion. Pero si heredarán á los otros parientes y tendrán las honras y preeminencias que corresponden á los hijos legitimos, y todo lo demás que en el rescripto se les concede espresamente. (1)

Por conclusion de este apendice, es digno de advertirse que por una real cédula mandada insertar en los cuerpos de las leyes de España é Indias, está declarado que todos los espósitos de ambos sexos, asi los que hayan sido espuestos en las casas de caridad, como los que lo fueren en otro parage y no tengan padres conocidos, son legitimados por el rey y deben ser

(1) Dña. l. 16. del mismo tit.

tenidos por legítimos para todos los efectos civiles generalmente y sin escepcion (1)

## ADICION.

*Lo único que en la actualidad se puede añadir á lo que dice el autor hablando de la legitimación, es: que la que el dice se hace por rescripto del príncipe, se debe hacer en el día por concesion de los congresos de los estados por lo que toca á sus habitantes, y del congreso general por lo que hace á los del distrito y territorios de la federacion.*

## TITULO XI.

## De la adopcion.

El tercer modo de adquirir la patria potestad, es la adopcion. Esta aunque entre los romanos era muy frecuente, entre nosotros es del todo desacostumbrada. No obstante: estando vigentes las leyes en que se funda, es necesario dar una idea de su esencia y de la forma en que se practicaba.

(1) R. ced. de 20 de enero de 1794.

La adopcion se puede tomar ó lata ó estrictamente. Cuando se toma del primer modo, abraza en sí dos especies, que son la arrogacion y la adopcion en especie, y cuando del segundo, se opone á la arrogacion. Tomada latemente y en general, se define la adopcion: un acto solemne por el cual se recibe en lugar de hijo, al que no lo es por naturaleza. (1) Se llama acto solemne, porque debe hacerse ó en presencia del rey ó ante el juez de cualquiera lugar: se dice que por él se recibe en lugar de hijo al que por naturaleza no es, para denotar el fin de la adopcion, que es dar hijos al que no los tiene, y así por ejemplo Moises por la naturaleza no era hijo de la hija de Faraon; pero verificada la adopcion comenzó á serlo.

De esta definicion se deduce un axioma que tiene lugar en todo el titulo. *La adopcion imita á la naturaleza.* El sentido es: que todo aquel que por la naturaleza no puede ser padre ó hijo, tampoco lo puede ser por la adopcion. El hijo por la naturaleza no puede ser

(1) Ld. 7. tit 7. y 1. tit. 16. P. 4.

tenidos por legítimos para todos los efectos civiles generalmente y sin escepcion (1)

## ADICION.

*Lo único que en la actualidad se puede añadir á lo que dice el autor hablando de la legitimación, es: que la que el dice se hace por rescripto del príncipe, se debe hacer en el día por concesion de los congresos de los estados por lo que toca á sus habitantes, y del congreso general por lo que hace á los del distrito y territorios de la federacion.*

## TITULO XI.

## De la adopcion.

El tercer modo de adquirir la patria potestad, es la adopcion. Esta aunque entre los romanos era muy frecuente, entre nosotros es del todo desacostumbrada. No obstante: estando vigentes las leyes en que se funda, es necesario dar una idea de su esencia y de la forma en que se practicaba.

(1) R. ced. de 20 de enero de 1794.

La adopcion se puede tomar ó lata ó estrictamente. Cuando se toma del primer modo, abraza en sí dos especies, que son la arrogacion y la adopcion en especie, y cuando del segundo, se opone á la arrogacion. Tomada latemente y en general, se define la adopcion: un acto solemne por el cual se recibe en lugar de hijo, al que no lo es por naturaleza. (1) Se llama acto solemne, porque debe hacerse ó en presencia del rey ó ante el juez de cualquiera lugar: se dice que por él se recibe en lugar de hijo al que por naturaleza no es, para denotar el fin de la adopcion, que es dar hijos al que no los tiene, y así por ejemplo Moises por la naturaleza no era hijo de la hija de Faraon; pero verificada la adopcion comenzó á serlo.

De esta definicion se deduce un axioma que tiene lugar en todo el titulo. *La adopcion imita á la naturaleza.* El sentido es: que todo aquel que por la naturaleza no puede ser padre ó hijo, tampoco lo puede ser por la adopcion. El hijo por la naturaleza no puede ser

(1) L. 7. tit. 7. y 1. tit. 16. P. 4.

de mayor edad que su padre: luego ni por la adopción puede uno que es de mas edad que otro, hacerse su hijo.

De lo dicho se infiere claramente que no pueden adoptar 1.º Los castrados ó eunucos, si no es que su inhabilidad provenga no de la naturaleza, sino de la malicia de los hombres, ó de enfermedad, ó de caso fortuito. (1) 2.º Los impúberes ó que no han llegado á la edad de 14 años. (2) 3.º Las mugeres por que no son capaces de la patria potestad que se consigue por la adopción. Pero por privilegio se suele conceder el que adopten, habiendo perdido algun hijo en servicio del rey. (3) Ultimamente el que no esceda 18 años al que quiera adoptar. (4)

Hasta aqui hemos tratado de la adopción en general. En este sentido se divide en arrogación y en adopción estrictamente tomada. Estas dos especies se diferencian en dos maneras. En

(1) L. 3. tit. 16. P. 4.

(2) L. 2. del mismo tit.

(3) Dha. ley 2.

(4) La misma ley 2.

el sugeto, porque el de la arrogación es el hombre libre de toda potestad, y el de la adopción es el hijo de familia sugeto á la potestad de su padre. En la forma ó modo: por que la arrogación se hace por rescripto del príncipe, y la adopción con autoridad del juez, el cual estando presente si el padre natural declara que da á su hijo en adopción á otro, y el adoptante dice que lo recibe por hijo, está concluido el negocio. (1)

Segun estos principios la arrogación se define: *un acto por el cual un hombre que goza de la libre disposición de su persona se reduce á la patria potestad de otro por autoridad del sumo imperante.* (2) De la naturaleza de la arrogación que hemos explicado, venimos en conocimiento que por ella se padece la mínima disminución de cabeza: haciendose el arrogado hijo de familia y perdiendo los derechos de hombre libre de toda potestad: y como á ninguno se puede privar de sus derechos contra su volun-

(1) L. 7. tit. 7. P. 4.

(2) Dha. ley. 7. tit. 7. P. 4.

tad, se infiere, lo 1.<sup>o</sup> que es necesario el consentimiento del arrogado: 2.<sup>o</sup> que prestado este, pasa con todos sus bienes á la potestad y dominio del arrogante; y 3.<sup>o</sup> que el infante no puede ser arrogado porque no es capaz de consentir. (1) Y aunque casi lo mismo se verifica en todos los que no han llegado á la pubertad, no obstante se permite el que puedan ser arrogados con las siguientes condiciones. 1.<sup>a</sup> Conocimiento de causa, y que de esta resulte ser útil al pupilo la arrogacion: es decir, que deben proceder investigaciones de las cualidades y circunstancias del arrogante, y del provecho que se seguirá al arrogado: 2.<sup>a</sup> que se obligue al arrogante á restituir los bienes del mozo á sus legítimos herederos si muere antes de llegar á los 14 años; y 3.<sup>a</sup> que se haga la arrogacion con otorgamiento del rey. (2)

El efecto que produce la arrogacion es reducir al arrogado á la patria potestad del arrogante, y no teniendo este

(1) L. 4. tit. 16. P. 4.

(2) L. 6. tit. 16. P. 4.

hijos legítimos, darle derecho á la herencia en los mismos terminos que lo tienen aquellos. Y si el arrogante emancipase sin justa causa ó esheredase al hijo arrogado, está obligado á devolverle todos los bienes con que entró en su poder y todo lo que haya adquirido de nuevo, menos el usufructo que percibió por la administracion de dichos bienes, y ademas debe darle la cuarta parte de cuanto hubiere de suyo. (1)

Pasemos ya á la adopcion propiamente dicha: esta se define: *un acto por el cual se reciben por hijos con autoridad judicial aquellos que están en la potestad de sus padres naturales.* (2) Segun esta definicion pueden ser adoptados cualesquiera hijos que estén en poder de sus padres, consintendolo estos. Para que sea válida, es suficiente que tanto el padre natural como el adoptivo se presenten á cualesquier juez y digan que el uno quiere dar y el otro recibir en adopcion á aquel niño; y que se les

(1) L. 8. tit. 16. P. 4.

(2) Ll. 7. tit. 7, y 9. y 10. tit. 16. P. 4.

dé el documento que corresponde para constancia de aquel acto. (1)

Para conocer cuando esta especie de adopcion produce el efecto de reducir al adoptado á la potestad del adoptante, es menester distinguir dos casos que se hallan espresos en derecho. El primero es cuando la adopcion es hecha por alguno de los ascendientes del mozo: v. g. por el abuelo paterno ó materno; y el segundo cuando es hecha por algun estraño. En el primer caso, esto es cuando alguno de los ascendientes adopta, adquiere patria potestad en el adoptado, por lo que semejante adopcion se llama comunmente plena y perfecta. En el segundo cuando un estraño, ó aunque sea pariente no siendo de los ascendientes, recibe á otro en adopcion, no se trasfiere á el la patria potestad, sino que permanece en su padre natural, y el adoptado en este caso mas es alumno que hijo; por lo que esta adopcion se llama imperfecta y menos plena. (2)

(1) L. 91. tit. 18. P. 3.

(2) Ll. 9. y 10. tit. 16. P. 4.

Se podria juzgar que esta adopcion imperfecta no produce efecto, supuesto que por ella no se adquiere patria potestad. Pero en realidad no deja de producir alguno. El adoptivo aunque no entre á la potestad del adoptante, tiene derecho á sucederle *ab intestato* no teniendo hijos legitimos. (1) Pero si hiciere testamento no hay inconveniente en que instituya por heredero á quien quisiere por no ser el adoptado de que hablamos heredero forzoso en testamento.

Esto es lo principal que hay que decir sobre la adopcion que se usaba antiguamente y que á fuerza de querer imitar servilmente á la naturaleza, dejó de producir todas las ventajas que de otra suerte se podian esperar de ella. En su lugar se ha ido introduciendo con autoridad de las leyes otra especie de adopcion mas útil á la humanidad y mas digna de la desprecupacion que es consiguiente á la ilustracion de nuestro siglo.

(1) Ll. 5. tit. 8. lib. 3. 1. y 2. tit. 22. lib. 4. del Fuero Real y 1. y 10. tit. 8. lib. 5. Rec. de Cast.

Tal es la que se verifica en los espósitos que son aquellos niños ó niñas que han sido echados por sus padres ó por otras personas á las puertas de las iglesias, de las casas y otros parages públicos, ó por no tener con quien criarlos, ó por ocultar de quien son hijos. La situacion tan miserable en que se hallaban semejantes niños aun en las ciudades en que habia casas de caridad, ó incluso para cuidar de ellos y los muchachos que morian de necesidad, movió el paternal corazon de uno de nuestros monarcas para que tomase las providencias mas oportunas y eficaces á favor de los espósitos, cuidando de sus vidas y de su decente y honesto destino para que fuesen útiles en lo sucesivo. (1)

Estos pueden ser adoptados ó prohiados por cualquiera persona, con tal que sea decente y honesta y de quien se pueda esperar lo que se desea, y es que les dé buena educacion y destino. No es pues impedimento,

(1) Real ced. de 11 de diciembre de 1796 y de 6 de marzo de 1790.

el que el adoptante no sea capaz de engendrar, ni se pone reparo en que sea hombre ó muger, casado ó soltero; y como en ella no se tiene mas objeto que el bien de la humanidad, no se ecsigen solemnidades algunas. Basta para hacerla que el vecino á cuyas puertas fuere espuesta alguna criatura, la manifieste al párroco de donde sea feligrés espresando que quiere quedarse con ella para criarla por caridad, y el mismo parroco debe darle la licencia por escrito, siendo el tal vecino persona de buenas costumbres y de familia honesta, y teniendo algunas facultades por las cuales se haga juicio que el espósito será bien educado. (1) Si el espósito que se quiere adoptar fuere sacado de alguna de las casas de caridad, la licencia deberá ser dada por el rector ó administrador de ella. (2)

Aunque en los adoptados de esta manera no tienen los que los han cria-

(1) La misma Real ced. de 11 de dic. de 1790 art. 12. 17. y 19.

(2) Real ced. de 2 de junio de 1588.

do patria potestad ni derecho para exigir de ellos cosa alguna, (1) no obstante conforme á nuestras leyes, debe el que recibió tan gran beneficio, honrar y reverenciar de todas maneras al que lo crió, lo mismo que si fuese su padre natural, y se le prohíbe con pena de muerte acusarlo, ó hacer cosa por la cual le resulte daño grave en su vida ó en sus bienes, si no es que fuese por el bien del rey ó de la república. (2)

Finalmente de esta especie de adopción son capaces no solo los infantes ó recién nacidos, sino también los mayores de la infancia, siempre que estén en edad de ser educados y carezcan de los auxilios que son necesarios para lograr la conveniente educación. (3)

(1) Ll. 3. tit. 20. P. 4. 35. y 37. tit. 12. y 35 tit. 14. P. 5.

(2) L. 3. tit. 20. P. 4.

(3) Real cedula de 11 de diciembre de 1796.

## TITULO XII.

*De los modos porque se disuelve la patria potestad.*

DESPUES de haber tratado de los modos de adquirir la patria potestad, parece muy conveniente que se trate de los modos porque se acaba ó disuelve.

El 1.º es la muerte natural, por que esta es la disolucion de todos los vinculos que tenia el hombre en este mundo y despues de ella nada le queda propio. (1)

El 2.º es la muerte civil que en derecho está equiparada á la natural. Esta segun el derecho novisimo solo se padece cuando alguno es desterrado perpetuamente del reino y le son confiscados todos sus bienes. (2) Pero no cuando es condenado á servir en los arsenales ó en otras obras publicas, por estar mandado que no puedan los tribunales, destinar á re-

(1) L. 1. tit. 18. P. 4.

(2) L. 2. tit. 18. P. 4.

clusión perpetua ni por mas tiempo que el de diez años en dichos arsenales á reo alguno. (1) Por esta razon, asi estos como todos los desterrados por tiempo cierto, no pierden la patria potestad pudiendo á su vuelta recobrarla en los terminos que la tenian antes. (\*)

Otra especie de muerte civil es el estado religioso por el cual los que lo profesan dejan todas las cosas del mundo y se tienen por muertos en él. (2) Segun esto, no se puede dudar

(1) L. 13. §. 5. tit. 24. lib. 9. Rec. de Cast.

(\*) Entre los romanos y por derecho de las partidas, se distinguia servidumbre de pena, deportacion y relegacion. Por la primer pena se padecia lo que llamaban *Capitis diminutio maxima*, y por la segunda y tercera la *media*. La servidumbre de pena, se padecia quando alguno era condenado perpetuamente á trabajar en las minas ó en las galeras del rey. La deportacion, quando era espeliado para siempre del reino con confiscacion de todos sus bienes; y la relegacion, quando era desterrado por tiempo cierto. Estas dos ultimas penas están en uso; pero no la servidumbre de pena, ni la condenacion perpetua á trabajos públicos. Vea-se el tit. 18. de este libro en donde se tratará esta materia de proposito.

(2) L. 1. y 8. tit. 7. P. 1.

que aquel que hiciere profesion en alguna religion aprobada, sale por el mismo hecho de la potestad de su padre, y queda del todo sujeto á los superiores de su órden á quienes promete obediencia.

El 3.º modo de disolverse la patria potestad es por dignidad á que sea promovido el hijo. De estas se enumeran doce en las leyes de Partida tomadas del derecho de romanos, las que (á escepcion de las de obispo, tesorero y consejero) no se conocen en el dia; pero de las que se mencionan, se infiere que saldrán de la potestad de sus padres todos aquellos á quienes el rey promoviere á algun oficio que tengan anecea jurisdiccion o recaudacion de sus rentas; porque habilitandolos para estos cargos, parece les quiso librar de otra sujecion, segun la ley 7. y siguientes del tit. 18. Part. 4.

4.º Salen tambien los hijos de la potestad de sus padres por la emancipacion. Segun nuestro derecho (1)

(1) L. 15. y 17. tit. 18. P. 4.

se hace esta, compareciendo el padre y el hijo ante el juez ordinario del lugar de su residencia, diciendo el padre en su presencia, que aparta al hijo de su poder y que le da facultad para que se maneje por sí, contratando y compareciendo en juicio cuando le sea necesario sin su autoridad paterna. El hijo debe aceptar espresamente esta dimision; pero el juez no puede declarar hecha la emancipacion sin dar primero cuenta al supremo consejo con el espediente instruido sobre justificacion de las causas, y de otra suerte no valdrá. (1)

Si el hijo fuere menor de siete años solo puede ser emancipado por rescripto del principe, (2) en cuyo caso no se necesita de su consentimiento. (\*)

(1) Auto acordado 20. tit. 9. lib. 3. Rec. de Cast.

(2) L. 16. tit. 13. P. 4.

(\*) Por real cédula de 27 de oct. de 1800. está prevenido para detener el abuso de emancipar á los hijos para que manejándose por sí, gocen de la esencion del servicio militar que les concede el art. 13. que la emancipacion para que eesima del sorteo, ha de recaer en hijo de 25 años de edad

3.º Otro modo de disolver la patria potestad, es el matrimonio contraido por el hijo con todas sus solemnidades, y con las bendiciones nupciales; porque en este caso conforme á nuestro derecho se tiene por emancipado (1) y le pertenece desde luego todo el usufructo de sus bienes adventicios que le debe entregar su padre. (2) Pero esta entrega no se ha de verificar si no es que el hijo tenga la edad de 18 años cumplidos, porque hasta entonces no puede administrar sus bienes, ni los de su muger. (3)

6.º Finalmente, pierden los padres la patria potestad y todos los derechos que tenian en sus hijos, por

cumplidos, y que ha de ser aprobada por el consejo, donde no se dará despacho de aprobacion sin que conste de dicha circunstancia, guardándose todo lo demas que en ejecucion del auto acordado 20. tit. 9. lib. 3. de la Recop. se acostumbra practicar. Pero como esta real cedula no está comunicada á la América, no habrá inconveniente en que la emancipacion se haga antes de los 25 años.

(1) L. 3. tit. 1. lib. 5. Rec. de Cast.

(2) L. 9. del mismo tit y lib.

(3) L. 14. tit. 1. lib. 5. Rec. de Cast.

el hecho de esponerlos sin que se les conceda accion para reclamarlos ni pedir en tiempo alguno que se les entreguen, ni se les han de entregar aunque ofrezcan pagar los gastos que se hayan hecho en su crianza; si no es que puedan probar que el motivo de la esposicion del hijo, fue una necesidad extrema. (1) La pierden tambien por el mismo hecho contrayendo matrimonio con parienta dentro del cuarto grado, ó con muger religiosa profesa. (2)

Aunque por lo comun no puede ser obligado el padre á emancipar al hijo, porque la patria potestad á manera del dominio no se pierde sino por la enagenacion ó abdicacion voluntaria: no obstante, esta regla padece algunas escepciones. 1.<sup>a</sup> Si el padre castiga al hijo cruelmente y sin aquella piedad y amor que es natural. 2.<sup>a</sup> Cuando obligase á sus hijas á prostituirse. 3.<sup>a</sup> Cuando admite algun legado

(1) Real ced. de 11 de dic. de 1796. art. 25.  
y 26.

(2) L. 6. tit. 18. P. 4.

que se le dejó con la condicion de emancipar al hijo, y 4.<sup>a</sup> cuando consume y malgasta los bienes de su entenado que hubiese adoptado con aquella especie de adopcion que se llama arrogacion. (1)

### TITULO XIII.

#### *De la tutela en general*

SEGUN la division que dejamos hecha arriba, los hombres que no están sujetos á potestad dominica ni patria, pueden estar en tutela ó curatela, ó gozar del todo de la libre disposicion de su persona y de sus bienes. Siguese pues tratar en este titulo y los siguientes, de la tutela y sus especies.

No se puede dudar que la tutela trae su origen del derecho natural y de gentes, si consideramos que es de la mayor importancia para toda sociedad humana, que sean gobernados y defendidos por otro, aque-

(1) L. 18. tit. 18. P. 4.

los que por sí mismos no son capaces de dirigir sus acciones ni de defenderse. Los griegos, los romanos y todas las naciones guiadas solamente de la recta razon, cuidaron siempre de dar tutores á todos aquellos que necesitaban direccion y defensa. Conforme á estos principios, nuestro derecho desde sus leyes mas antiguas (1) estableció que se den tutores á los impúberes ó pupilos que no han llegado á la edad de 14 años, y curadores á los menores de 25. Porque siendo por lo comun hasta esa edad el juicio de los hombres tan escaso y sus pasiones tan violentas, era muy facil que fuesen engañados, que se precipitasen en los vicios, y que malgasasen y perdiesen sus bienes.

Por tutela entendemos, la *autoridad que concede el derecho sobre los mozos libre de toda potestad, para educarlos en lugar de sus padres y administrarles sus bienes mientras que ellos son capaces de hacerlo.* (2) De la definicion da-

(1) Vease el tit. 3. lib. 4. del fuero Juzgo. tit. 7. lib. 3 del fuero Real y tit. 16. P. 6.

(2) L. 1. tit. 16. P. 6.

da, nace este acsioma. La tutela es un cargo público. No se debe entender por esto que la tutela sea un oficio público ó concejil, pues el tutor ni administra alguna parte de la república, ni goza honor ó dignidad, ni se constituye persona pública, sino que permanece persona privada. Pero decimos que la tutela es un cargo público, porque es una ocupacion ó carga que están obligados á desempeñar todos los ciudadanos por autoridad y mandato público. Imponiendose pues á los tutores esta carga por las leyes y por los magistrados, y debiendo aceptarla siempre que no tengan una excusa legitima, con razon se llama cargo público.

Del acsioma establecido se deducen dos conclusiones. 1.<sup>a</sup> Que los hijos de familia pueden ser nombrados tutores. (1) La razon es porque en los cargos públicos qual es la tutela, se tienen por padres de familia. 2.<sup>a</sup> Que ni los siervos ni las mugeres pueden ser tutores. (2) No los siervos, porque no

(1) Arg. de la l. 4. tit. 16. P. 6.

(2) Ll. 4. y 7. tit. 16. P. 6.

siendo ciudadanos, no son capaces de ejercer un cargo para el cual es necesario ser persona ó tener cabeza en la república. No las mugeres, porque así por el decoro de su sexo como por la debilidad de su juicio, les estan prohibidos los cargos públicos. Pero esta regla admite una escepcion; porque nuestro derecho establece que no solamente sean admitidas á la tutela la madre y la abuela, sino que sean preferidas á todos los demas parientes. (1) La razon que ha motivado esta escepcion es el singular amor que suelen tener á sus hijos y nietos la madre y la abuela, el que las pone á cubierto de toda sospecha de mala administracion por lo menos con dolo, pero aun estas mugeres no deben ser tutoras, si no es que renuncien las segundas nupcias y el privilegio concedido á todas las de su sexo, de no quedar obligadas á otro por fianzas. (2)

Hemos visto ya quienes pueden ser tutores; síguese ahora investigar en

(1) L. 4. tit. 16. P. 6.

(2) Ll. 4. y 5. del mismo tit.

que casos se les impide ó se les suspende la administracion. Esto lo debemos juzgar por el fin de la tutela, que es el de que el tutor eduque al pupilo y administre sus bienes mientras que se hace capaz de verificarlo por sí. De aquí se infiere que todos aquellos que no son capaces de desempeñar estos cargos, no pueden ser tutores. Tales son: 1.º los menores de 25 años, porque estando ellos bajo de curatela, no se juzgan hábiles para cuidar de otros. (1) 2.º Los furiosos y mentecatos que por carecer de juicio son incapaces de toda administracion. (2) 3.º Los sordos y mudos, porque estos dos impedimentos cuando se juntan en un mismo sugeto producen el mismo efecto que la insensatez. (3) Pero aunque todo esto es verdad, no obstante se debe hacer distincion entre tutela testamentaria, legítima, y dativa. Si los tutores dados en testamento son menores de edad, ó furiosos, ó sordos ó mudos, por ninguno de

(1) L. 4. tit. 16. P. 4.

(2) Dha. l. 4.

(3) La misma l. 4.

estos impedimentos se anula el nombramiento, sino que se les suspende el ejercicio: esto es, permanecen tutores; pero no se les concede la administracion de la tutela. En este caso pues, se les nombra curador, el cual ejerce el cargo mientras que los nombrados llegan á la mayor edad ó recobran el juicio ó la facultad de oír ó de hablar. (1) Pero si el tutor legitimo ó dativo es menor, ó furioso, ó sordo y mudo, no vale su nombramiento: y si despues de haber comenzado á ejercer el cargo contrae alguno de los mencionados impedimentos al iustante se acaba la tutela y se nombra otro tutor al pupilo.

Segun la definicion de la tutela se deben dar tutores á los mozos libres que necesitan de educacion y que son incapaces de administrar sus bienes. De aqui pues nacen tres conclusiones. 1.º El tutor se dá primariamente para la persona, no para las cosas, (2) y en esto se diferencia del curador que principalmente se da para los bienes y

(1) Arg. de las Ll. 7. y 8. tit. 16. P. 6

(2) L. 1. tit. 16. P. 6.

no para la persona. No obstante secundariamente pertenece al tutor la administracion de los bienes del pupilo. 2.º Al que tiene padre no se le da tutor. (1) La razon es, porque mientras vive el padre, el hijo tiene quien lo eduque y guarde; tambien porque en todo ese tiempo el hijo está en su potestad y asi no es del todo libre. 3.º Al siervo no se da tutor. (2) Esta conclusion tiene una razon semejante. El siervo está en la potestad dominica, y asi no es pupilo libre: luego no puede tener tutor.

La tutela segun hemos insinuado ya, es de tres maneras: testamentaria cuando el padre da tutor á sus hijos en su testamento: legitima, cuando reciben la tutela aquellas personas que son llamadas por la ley, cuales son los consanguineos mas cercanos del pupilo; y dativa cuando el juez nombra el tutor por falta de unos y otros. (3) De aqui se infiere: que los testamentarios son

(1) Dha. ley 1. al principio.

(2) La misma ley.

(3) L. 2. tit. 16. P. 6.

llamados á la tutela por el testador, los legítimos por la ley y los dativos por el magistrado. Entre estas especies de tutela se guarda este órden. En primer lugar entran los tutores testamentarios, de suerte que habiendolos, no se admiten los legítimos; y por falta de una y otra tutela, el juez nombra tutor.

El fundamento de esta division está tomado de la semejanza que hay en derecho entre la tutela y la herencia. Porque así como el heredero instituido en testamento excluye á todos los demas, así el tutor testamentario. Así como cuando no hay heredero suceden los herederos legítimos, de la misma manera faltando el tutor testamentario son llamados los legítimos. Finalmente, así como cuando no hay heredero alguno ni testamentario ni legítimo sucede el fisco, así en falta de las otras dos especies de tutores nombra el juez. Este es el fundamento en que estriba esta division, y de cada una de estas especies de tutela se tratará en título separado.

## TITULO XIV.

*De la tutela testamentaria.*

La primera especie de tutela es la testamentaria, que es la que da el padre en su testamento á los hijos que están en su potestad. (1) El fundamento pues de esta tutela no es otro que la patria potestad. De aqui se infiere que solo aquel que tiene á sus hijos en su potestad puede darles tutor. De este principio se deduce facilmente la razon: 1.<sup>a</sup> porque la madre, la abuela y otras personas estrañas no pueden dar tutor en su testamento: y es, porque solo el padre tiene á los hijos en su potestad, y no la madre ni la abuela y mucho menos otras personas estrañas. Asimismo 2.<sup>a</sup> porque aun el padre carece de esta facultad para con los hijos emancipados; porque los emancipados están ya fuera de la patria potestad. 3.<sup>o</sup> Porque puede darse tutor en testamento aun á los hijos desheredados; porque la desheredacion priva de la

(1) Ll. 2. y 3. tit. 16. P. 6.

llamados á la tutela por el testador, los legítimos por la ley y los dativos por el magistrado. Entre estas especies de tutela se guarda este órden. En primer lugar entran los tutores testamentarios, de suerte que habiendolos, no se admiten los legítimos; y por falta de una y otra tutela, el juez nombra tutor.

El fundamento de esta division está tomado de la semejanza que hay en derecho entre la tutela y la herencia. Porque asi como el heredero instituido en testamento escluye á todos los demas, asi el tutor testamentario. Asi como cuando no hay heredero suceden los herederos legítimos, de la misma manera faltando el tutor testamentario son llamados los legítimos. Finalmente, asi como cuando no hay heredero alguno ni testamentario ni legítimo sucede el fisco, asi en falta de las otras dos especies de tutores nombra el juez. Este es el fundamento en que estriba esta division, y de cada una de estas especies de tutela se tratará en título separado.

*De la tutela testamentaria.*

La primera especie de tutela es la testamentaria, que es la que da el padre en su testamento á los hijos que están en su potestad. (1) El fundamento pues de esta tutela no es otro que la patria potestad. De aqui se infiere que solo aquel que tiene á sus hijos en su potestad puede darles tutor. De este principio se deduce facilmente la razon: 1.<sup>a</sup> porque la madre, la abuela y otras personas estrañas no pueden dar tutor en su testamento: y es, porque solo el padre tiene á los hijos en su potestad, y no la madre ni la abuela y mucho menos otras personas estrañas. Asimismo 2.<sup>a</sup> porque aun el padre carece de esta facultad para con los hijos emancipados; porque los emancipados están ya fuera de la patria potestad. 3.<sup>o</sup> Porque puede darse tutor en testamento aun á los hijos desheredados; porque la desheredacion priva de la

(1) Ll. 2. y 3. tit. 16. P. 6.

herencia, pero no es modo de disolverse la patria potestad. Se podría objetar à esto, que el desheredado no necesita de tutor estando privado de la herencia que habia de administrar el tutor. Pero la respuesta es clara. Segun hemos dicho antes, el tutor se da primeramente para la persona, y asi aunque nada tuviese el pupilo, puede darsele tutor. Fuera de que el desheredado puede tener otros bienes heredados de la madre ó de sus parientes. 4.<sup>a</sup> Por que se puede dar tutor en testamento aun à los postumos que por no haber todavia nacido, no están realmente en la patria potestad: (1) porque siempre que se trata de la comodidad de los postumos, se tienen por ya nacidos; (2) luego tambien deben reputarse por hijos que están en la potestad de sus padres, y por consiguiente se les puede dar tutor.

Pueden ser dados tutores en testamento todos aquellos que son capaces de ejercer los cargos publicos, v. g. los

(1) L. 3. tit. 16. P. 6.

(2) L. 3. tit. 23. P. 4.

niervos dandoles libertad (1) y los hijos de familia; pero no los obispos ni religiosos. (2) Los clérigos de órden sacro pueden serlo legitimos, pero no testamentarios. (3) como tampoco las mugeres. Sobre esto es digno de notarse que mas facultades conceden las leyes al padre que nombra tutor en su testamento, que al juez quo lo da de oficio. El juez no puede dar por tutor à un loco, à un menor, à un sordo y mudo, porque semejante nombramiento sería nullo; pero vale el que un testador haga en cualesquiera de estas personas que tienen actual impedimento para ejercer la tutela. Porque aunque inmediatamente que son nombrados no administren sino que se dé curador al pupilo por el juez, no obstante es válido su nombramiento y se les debe conceder la administracion luego que llegan a la mayor edad, ó recobran el juicio ó el oido y habla.

Puede tambien el testador nom-

(1) L. 7. tit. 16. P. 6.

(2) L. 14. del mismo tit.

(3) L. 14. tit. 16. P. 6.

brar tutor á sus hijos puramente, bajo de condicion, desde cierto dia y para tiempo cierto, (1) lo que tampoco puede hacer el juez que siempre lo debe dar puramente conforme á la practica de España. La razon es, porque el defecto que resulte del nombramiento del padre, puede ser suplido por el juez, pero el de este nadie lo puede suplir, y asi quedaria tal vez desamparado el pupilo por mucho tiempo. (2) Pero no puede el padre dar por tutor á una persona incierta, porque no se puede suponer confianza en una persona desconocida del testador; y asi, si se nombra tutor á uno cuyo nombre es comun á dos, no habiendo pruebas ciertas de cual de ellos es de quien habló el testador, ninguno de los dos sera tutor. (3)

Resta tratar de la confirmacion de los tutores que se acostumbra hacer por el magistrado. Pero hay bastante diferencia entre la confirmacion de que

(1) L. 3. tit. 16. P. 6.

(2) Febr. adicionado Part. 2. lib. 1. cap. 1. t. 2. núm. 62.

(3) L. 7. al fin tit. 16. P. 6.

hablan las leyes y la que se usa al presente. El dia de hoy todos los tutores se confirman por el juez, si no es que el testador les confiera facultad de administrar sin dicha confirmacion. (1) Segun la ley de Partida, solo los testamentarios, y estos no todos, sino algunos. (2) Conforme á la práctica del dia se confirman, ó se les discierne el cargo aun á los que están legitimamente nombrados tutores: por derecho solamente aquellos que han sido dados viciosamente en testamento. De aqui se deduce que hablando en rigor de derecho, la confirmacion es, *un acto por el cual el juez confirma y aprueba el tutor testamentario dado viciosamente*. Es necesaria pues, la confirmacion judicial, á la que nuestros prácticos llaman *discernimiento del cargo*, siempre que hay vicio en el nombramiento del tutor testamentario. Este vicio ó defecto, ó está en el testador mismo ó en el modo de dar el tutor. Estará en el testador siempre que

(1) Febr. adicionado Part. 2. lib. 1. cap. 1. t. 2. núm. 56.

(2) L. 8. tit. 16. P. 6.

lo dé el que no tenga patria potestad en los hijos, v. g. la madre ó el abuelo, puesto que el fundamento de esta tutela es la patria potestad: luego el que da tutor á unos pupilos que no estan en su potestad, lo da viciosamente. En el modo de dar el tutor hay vicio si no lo nombra en testamento ó codicilo. En ambos casos el nombramiento de tutor debia ser nulo, mas en atencion á la insignie confianza que se infiere tener el testador de la persona nombrada, ha parecido conveniente que semejantes tutores sean confirmados por el juez y que de este modo se subsane el defecto de su nombramiento. (1)

Se puede hacer la confirmacion de dos maneras, ó sin inquisicion ó con ella. Sin inquisicion se hace si el padre da tutor en su testamento pero viciosamente, lo que puede acontecer de tres maneras. 1.<sup>a</sup> Si dió tutor al hijo emancipado. 2.<sup>a</sup> Si lo dió á su hijo natural, pues en uno y otro caso carece de patria potestad. 3.<sup>a</sup> Si lo dió en testamento imperfecto ó en otra disposicion

(1) L. 2. tit. 16. P. 6.

ilegitima. En estos casos debe de ser confirmado el tutor por el juez sin inquisicion: porque siempre se presume que el padre ha procurado el mayor bien de sus hijos, si no es que hubiere causas que impidan la confirmacion. Por el contrario: con inquisicion son confirmados los tutores en estos casos. 1.<sup>o</sup> Si la madre da tutor á sus hijos á quienes instituye por herederos. 2.<sup>o</sup> Si el padre los da á sus hijos naturales no instituidos por herederos. 3.<sup>o</sup> Si un extraño da tutor á un pupilo á quien deja su herencia. (1) En todos estos casos no hay facultad en el testador para el nombramiento de tutor por falta de patria potestad: no obstante el juez lo confirma, pero con inquisicion. Esta se reduce á investigar. 1.<sup>o</sup> Si será útil al pupilo esta tutela. 2.<sup>o</sup> Si el tutor es hombre bueno ó malo. 3.<sup>o</sup> Si es amigo ó enemigo del pupilo.

(1) L. 6. y 8. tit. 16. P. 6.

## TITULO XV.

*De la tutela legitima.*

La segunda especie de tutela es la *legítima*. Se llama así porque estos tutores no son nombrados por el testador ni por el juez, sino que la misma ley los llama á la tutela. (1) Esta es de cuatro maneras. 1.<sup>ª</sup> La de los parientes inmediatos de que se trata en este título. 2.<sup>ª</sup> La de los patronos para con sus libertos en el 17. 3.<sup>ª</sup> La del padre para con su hijo emancipado antes de la puerbertad, en el 18. 4.<sup>ª</sup> La del hermano para con su hermano emancipado y menor de 14 años. Estas tres últimas especies el dia de hoy casi están sin uso. La primera es bastante usada, por lo que se debe tratar con mas estension.

Tiene lugar esta tutela legitima cuando el padre muere intestado porque es regla general que *habiendo tutor testamentario, no se admiten los legítimos*. Solo pues, son admitidos cuando el pa-

(1) L. 9. tit. 16. P. 6.

dre del pupilo muere intestado. (1) Se dice morir el padre intestado, no solo cuando del todo no hizo testamento, sino tambien cuando aunque lo haya hecho nada dispuso acerca de la tutela. En los dos casos referidos tiene lugar la tutela legitima. La razon porque habiendo tutor testamentario es escludido el legitimo, se deduce del principio que hemos explicado arriba. La tutela es semejante en derecho á herencia: luego así como faltando heredero instituido en el testamento sucede el legitimo, así no habiendo tutor testamentario, el pariente mas cercano á que llamamos legitimo recibe la tutela.

El fundamento de esta tutela se deduce bien claramente de lo dicho. Equiparándose en derecho la tutela á la herencia, formaron los jurisconsultos este axioma: *á donde corresponde el provecho de la herencia, allí mismo debe ir la carga de la tutela*. Esta regla casi con las mismas palabras se halla en la ley

(1) L. 9. tit. 16. P. 6.

10. tit. 16. P. 6. Ahora pues: llamando la ley á los parientes mas cercanos al provecho ó utilidad de la herencia, es muy justo que los mismos sean llamados al cargo de la tutela.

De este acionamiento inferimos: que deben ser tutores legítimos del pupilo que no lo tiene testamentario, sus parientes consanguíneos mas cercanos por ambas líneas; (1) y habiendo muchos en igual grado lo serán todos. (2) Pero en este caso para evitar los disturbios que pueden nacer entre ellos, deben elegir entre sí quien ha de ejercer la tutela, y no concordando puede el juez nombrar al que estime mas idoneo y de mayor seguridad, y solo este será tutor en efecto y los demas se tendrán por honorarios. (3) Si el pupilo tiene madre, la pertenece ante todos esta tutela, y si no la quiere, á la abuela, (4) y en defecto de ambas deben entrar los parientes como se ha dicho.

(1) L. 9. tit. 16. P. 6. y 2. tit. 7. lib. 3. del Fuero Real.

(2) Dha. ley 9.

(3) L. 11. tit. 16. P. 6.

(4) L. 9. del mismo título.

195  
TITULO XVI.

*Quando pierden los parientes el derecho á la tutela por la pérdida del estado ó de la cabeza.*

ENTRE los romanos se llamaba *cabeza* todo aquel cuyo nombre se escribia en las tablas del censo, ó padron general de la república. Mas como en ellas no se escribian sino los hombres libres, los ciudadanos y los padres de familia, de aqui dimanó que lo mismo fuera tener cabeza, que gozar de alguno de los estados de libertad, de ciudad ó de familia. Cualquiera pues, que no tiene alguno de estos se dice en derecho que no tiene cabeza v. g. el siervo. Aquel que tuvo los tres y los perdió todos ó alguno de ellos, se dice que *perdió la cabeza: capite minui.* (1)

Con lo dicho se entiende facilmente esta definicion: pérdida de cabeza no es otra cosa que *la mutacion del estado que se tenia en la república.* (2) Luego cuando al-

(1) L. 18. tit. 1. P. 6.

(2) Dha. ley 18.

guno de hombre libre pasa a ser siervo: de ciudadano à peregrino: ó de padre de familias á hijo, hay pérdida de cabeza, y no al contrario si de siervo pasa á libre, de peregrino á ciudadano, y de hijo á padre de familias. Siendo pues de tres maneras la cabeza ó el estado, de libertad, de ciudad y de familia, tambien es de tres maneras la pérdida de cabeza, *máxima, media y mínima*. La máxima es por la que se pierde la libertad, y por consiguiente los derechos de ciudad y de familia. Porque cuando alguno es hecho siervo, necesariamente deja de ser ciudadano y padre de familias. Media es por la que se pierde el derecho de ciudad. El que padece esta mutacion queda en realidad hombre libre; pero se hace estrangero y deja de ser padre de familias. Mínima es por la que se pierden los derechos de padre de familias, no obstante que se conservan los de la libertad y ciudad. (1) En una palabra: la máxima se opone al estado de libertad, la media al estado de ciudad, y la mínima al estado de familia. La máxima

(1) L. 10. tit. 1. P. 6.

media y media se llaman en derecho muerte civil. (1)

Hemos visto ya, que sea la triple pérdida de cabeza: veamos ahora quienes la padecen. La máxima la padecian 1.º Los que eran tomados por los enemigos. Entre nosotros permanecen libres; pero entre los romanos eran hechos siervos; y asi perdian el estado de libertad y no lo recobraban, sino es que volviesen à su casa que entonces por el derecho de *postliminio* eran restablecidos en todos sus derechos. (3) 2.º Los mayores de 20 años que dolosamente se vendian por medio de otro para gozar del precio. (3) Estos quedando siervos en pena de su fraude, perdian el estado de libertad, y padecian la máxima pérdida de cabeza. 3.º Los siervos de la pena. Estos tuvieron su origen en Roma, porque por la ley Porcia estaba mandado que los ciudadanos romanos no pudiesen ser castigados con azotes ni condenados al último suplicio. En fuerza de

(1) L. 2. tit. 13. P. 4.

(2) L. 1. tit. 29. P. 2.

(3) L. 1. tit. 21. P. 4.

esta ley, siempre que algun magistrado se atrevia á imponer semejantes penas á algun ciudadano romano, levantaba este la voz y decia: *soy ciudadano romano*, é inmediatamente se le debia dejar en libertad. Tenemos un ejemplo de esto en el libro de los hechos apostólicos donde se cuenta, que el apóstol S. Pablo se libró de este modo de la crueldad del tribuno de los soldados. (1) Gozando pues, de un privilegio tan escorbitante los ciudadanos romanos, y no siendo posible que una república se conserve sin facultad de castigar á los facinerosos con las penas correspondientes, fue necesario que fingiesen que aquellos que eran condenados al último suplicio, por la sentencia capital, se habian hecho siervos y por consiguiente, que ya no eran ciudadanos. Mas como no puede haber siervo sin señor, y el condenado á muerte no pasaba al dominio de otro, fingieron tambien que la pena era como su señor, y por tanto se llamaban siervos de la pena.

Este fue el origen de la servidumbre

(1) Act. Ap. cpa. 22. V 24. 25. et. seq.

de pena entre los romanos. Nuestras leyes de Partida la esplican con diferencia. Segun ellas es llamado siervo de la pena, aquel que es condenado á trabajar perpetuamente en obras públicas, ó en otros servicios penosos de utilidad pública. (1) Tales eran antiguamente remar en las galeras y trabajar en las minas de azogue; pero habiéndose abolido del todo estas penas, solo han quedado las de presidio y arsenales condenando á los reos incorregibles y del todo abandonados á los trabajos penosos de bombas y otras maniobras infimas, atados á la cadena de dos en dos, sin arbitrio ni facultades en los gefes para su soltura ni alivio. No obstante en el dia ni con impropiedad puede llamarse esta servidumbre de pena, por faltarle la calidad de ser perpetua. En efecto, el amor á la humanidad hizo atender á que la penalidad y afan de estos trabajos era insufrible, y así con la mira de evitar el total aburrimiento y desesperacion de los infelices que se veian sujetos á su interminable sufrimiento,

(1) L. 2. tit. 16. P. 4. y 18. tit. 1. P. 6.

se dispuso que no puedan los tribunales destinar à reclusion perpetua, ni por mas tiempo que el de diez años en los arsenales à reo alguno; (1) por lo que no hay ya servidumbre de pena, ni tampoco caso alguno en que segun la práctica del día se padezca la pérdida de cabeza que llamaban máxima.

La media padecian entre los romanos: 1.º aquéllos á quienes se prohibia el uso del agua y del fuego. Esta pena se originó e que los ciudadanos romanos gozaban el privilegio de no perder contra su voluntad los derechos de ciudad. Segun esto para privar de ellos à algun delincuente, era necesario mandar no que saliese para un destierro, porque á esto segun hemos dicho no podia ser obligado, sino á que no usase de agua ni de fuego. Notificada al reo esta sentencia, se le ponian guardias para que le impidiesen usar de ambos elementos. Mas como de esta suerte no podia vivir se veia obligado a salir de la ciudad y trasladarse á otra, perdiendo

(1) L. 13. l. 6. tit. 24. lib. 8. Recop. de Gast.

de este modo los derechos de ciudadano romano. 2.º La misma padecian los deportados. Estos eran unos hombres desterrados perpetuamente por sus delitos y mandados conducir à alguna isla despues de haberles confiscado todos sus bienes. (1) Se distingue la deportacion de la relegacion en que en esta no se confiscan los bienes, y puede ser por tiempo cierto; por lo que la primera hace perder los derechos de ciudad, y no la segunda. De la deportacion y relegacion hablan las leyes de Partida casi en los mismos términos que el derecho de romanos. (2)

La mínima pérdida de cabeza padecian los arrogados y los emancipados; pero segun nuestro derecho solo la padecen los primeros, porque de hombres libres de toda potestad ó padres de familia, se hacen hijos y se reducen á la patria potestad del arrogante. (3)

En el día por ninguna de estas pérdidas de derechos, se pierde el que los

(1) L. 2. tit. 18. P. 4.

(2) Ll. 2. y 3. tit. 18. P. 4.

(3) L. 7. tit. 7. P. 7.

parientes consanguíneos tengan á la tutela de sus parientes pupilos. Pero por razon de ser infame aquel á quien por sus delitos se impongan las penas de presidio, arsenales ó destierro, deberia ser privado de la tutela legítima, (aunque no de la testamentaria,) aun quando cumplido el tiempo de su condena volviese á la ciudad. (1)

### TITULOS XVII. XVIII. Y XIX.

*De la tutela legítima de los patronos, de los padres y de los hermanos.*

Entre las tutelas legítimas ó que corresponden por ministerio de la ley, numeramos la de los patronos. Patrono se dice aquel que dió la libertad graciosamente á un siervo. Entendemos pues por tutela legítima de los patronos, la que pertenece conforme á derecho al patrono en el liberto manumitido antes de la pubertad. (2)

El fundamento de esta tutela es el

- (1) Arg. de la ley 7. tit. 6. P. 7.  
(2) L. 10. tit. 16. P. 6.

mismo que el de la legítima de los consanguíneos. *A donde corresponde el provecho de la herencia, allí mismo debe ir la carga de la tutela.* (1) Ahora pues: como muriendo sin hijos el liberto y sin padre ó madre ni otro pariente de los que conforme á derecho le habian de heredar, sucedia el patrono: se infiere de aqui que debia ser su tutor legítimo. (2)

Tutela legítima de los padres se llamaba la que ejercian estos en los hijos emancipados antes de la pubertad. (3) En el dia como ninguno puede emancipar á sus hijos menores sin autoridad real ó aprobacion del consejo en sus respectivos casos, dificilmente tiene lugar esta tutela.

La tutela fiduciaria es la que ejercia el hermano mayor de 25 años en su hermano emancipado y menor de 14 años despues de muerto su padre que era su tutor legítimo. (4) Pero esta tutela nunca ha tenido ni puede tener lugar entre nosotros, pues aunque se verifique

- (1) Dha. ley 10.  
(2) Dha. ley 10. tit. 16. P. 6.  
(3) La misma ley 10.  
(4) Dha. ley 10.

el caso que se figura, entrará el hermano á ser tutor, pero no fiduciario, sino legítimo por ser el pariente mas cercano del pupilo.

## TITULO XX.

### *De la tutela dativa.*

HASTA aqui hemos explicado dos especies de tutela, la testamentaria y la legítima: resta la tercera que es la dativa. Se llama asi porque este tutor es dado no en testamento ni por ley, sino por el juez. Definiremos pues esta dacion de tutor: *un acto por el cual el magistrado con autoridad de la ley, nombra tutor al pupilo que no lo tiene testamentario ni legitimo.* (1) De esta definicion inferimos. 1.º Que para conseguir el fin de esta tutela que es que el pupilo y sus bienes no padezcan detrimento debe ser dado el tutor puramente y de ninguna manera con condicion que suspenda su oficio, ó que no sea concerniente al acto, ni á dia cierto ni para cierto tiempo, como puede su-

(1) L. 12. tit. 16. P. 6.

ceder en el testamentario. (1) La razon de diferencia ya la hemos insinuado, y es porque el defecto del testador puede ser suplido por el juez nombrando curador al pupilo; pero el de este no hay por quien se supla, y por tanto quiere el derecho que en el acto mismo se provea a la necesidad del huérfano desamparado. 2.º Que esta tutela es subsidiaria: es decir, que no tiene lugar sino en falta de tutor nombrado en el testamento ó de parientes cercanos que lo sean conforme á derecho. (2) 3.º Que procediendo el magistrado en este nombramiento con autoridad de la ley, segun ella debe dar el tutor el juez ordinario del domicilio del pupilo, ó del lugar en que nació, ó en donde tiene la mayor parte de sus bienes. Pero si todos los referidos nombrasen será preferente el nombramiento del que conste haberlo hecho primero; y si todos lo hubieren hecho al mismo tiempo, preferirá el del juez del domicilio del pupilo. (3) De es-

(1) L. 3. tit. 16. P. 6. y en ella Greg. Lopez núm. 6. V. so condicion,

(2) Dha. ley 12.

(3) Dha. ley 12.

ta regla se exceptuan los hijos primogénitos de los grandes á quienes da el rev tutor por sí mismo ó confiere especial comision á algun magistrado para que se lo dé. (1)

Ultimamente deben pedir al juez este tutor, en primer lugar la madre y parientes del pupilo. Y en caso de que nadie lo pidiese y llegase á noticia del juez el desamparo del pupilo, puede nombrarlo de oficio (2) en virtud de la potestad que le concede el derecho. Deberá darlo por sí mismo, si los bienes del pupilo valiesen mas de 500 maravedis; pero si no ascendieren á esta cantidad, podrá delegar al inferior la dacion de tutor. (3)

## TITULO XXI.

### *De la autoridad de los tutores.*

Hemos visto hasta aqui todas las especies de tutores: siguese ahora tratar

(1) L. 14. tit. 5. lib. 2. Rec. de Cast.

(2) L. 12. tit. 16. P. 6. y en ella Greg. Lopez núm. 7.

(3) La misma ley 12.

de sus oficios. Estos unos tienen por objeto la persona del pupilo, y otros la administracion de sus bienes. Entre los que miran al cuidado de la persona del pupilo, los principales son: 1.º Darle educacion é instruirle en aquellas ciencias ó artes que sean convenientes atendidas las circunstancias de su familia, nacimiento y facultades. (2) 2.º Alimentarlo del modo y en los términos que el padre haya dispuesto en su testamento, ú en los que el juez dispusiere con consideracion á los haberes del pupilo, cuidando que estos gastos puedan hacerse de los réditos ó frutos de sus bienes, y no con los principales ó propiedades. (2) 3.º Con el nombre de alimentos se entiende no solo la comida, vestido y habitacion, sino tambien, todos los demas gastos que sean necesarios para conseguir la conveniente ilustracion del pupilo, asi en lo moral como en lo civil. (3) 4.º La habitacion ó casa debe ser la que el padre haya señala-

(1) L. 16. tit. 16. P. 6.

(2) L. 20. tit. 16. P. 9.

(3) L. 16. tit. 16. P. 6.

ta regla se exceptuan los hijos primogénitos de los grandes á quienes da el rev tutor por sí mismo ó confiere especial comision á algun magistrado para que se lo dé. (1)

Ultimamente deben pedir al juez este tutor, en primer lugar la madre y parientes del pupilo. Y en caso de que nadie lo pidiese y llegase á noticia del juez el desamparo del pupilo, puede nombrarlo de oficio (2) en virtud de la potestad que le concede el derecho. Deberá darlo por sí mismo, si los bienes del pupilo valiesen mas de 500 maravedis; pero si no ascendieren á esta cantidad, podrá delegar al inferior la dacion de tutor. (3)

## TITULO XXI.

### *De la autoridad de los tutores.*

Hemos visto hasta aqui todas las especies de tutores: siguese ahora tratar

(1) L. 14. tit. 5. lib. 2. Rec. de Cast.

(2) L. 12. tit. 16. P. 6. y en ella Greg. Lopez núm. 7.

(3) La misma ley 12.

de sus oficios. Estos unos tienen por objeto la persona del pupilo, y otros la administracion de sus bienes. Entre los que miran al cuidado de la persona del pupilo, los principales son: 1.º Darle educacion é instruirle en aquellas ciencias ó artes que sean convenientes atendidas las circunstancias de su familia, nacimiento y facultades. (2) 2.º Alimentarlo del modo y en los términos que el padre haya dispuesto en su testamento, ú en los que el juez dispusiere con consideracion á los haberes del pupilo, cuidando que estos gastos puedan hacerse de los réditos ó frutos de sus bienes, y no con los principales ó propiedades. (2) 3.º Con el nombre de alimentos se entiende no solo la comida, vestido y habitacion, sino tambien, todos los demas gastos que sean necesarios para conseguir la conveniente ilustracion del pupilo, asi en lo moral como en lo civil. (3) 4.º La habitacion ó casa debe ser la que el padre haya señala-

(1) L. 16. tit. 16. P. 6.

(2) L. 20. tit. 16. P. 9.

(3) L. 16. tit. 16. P. 6.

do al pupilo en su testamento: y no habiendo señalado alguna, se criará en la de la madre, y en su falta, ó casandose esta, en donde determinare el juez; pero de ninguna suerte en casa de aquel que puede heredar sus bienes. (1)

El cuidado de los bienes del pupilo, compone la segunda parte de los oficios del tutor. Este consiste principalmente en que intervenga en todos los contratos y negocios del pupilo. Dijimos arriba, que la tutela era una fuerza y autoridad que concede el derecho en los mozos libres de toda potestad. Sobre esto es digno de observarse, que estas dos palabras no son sinónimas, sino que la *fuerza* denota una facultad mayor que la *autoridad*. La fuerza pues, la ejercen los tutores en los infantes, y la autoridad en los mas adultos. La infancia dura hasta el año séptimo de la edad: el tiempo que corre desde los siete años hasta la pubertad, se divide en dos partes iguales: en la primera se dice el pupilo prócsimo à la infancia, y en la segunda prócsimo à la pubertad. Se-

(1) L. 10. del mismo tit.

gun estas reglas, para mayor claridad diremos: que el hombre se llama infante hasta los siete años: prócsimo à la infancia hasta los diez y medio: prócsimo à la pubertad hasta los 14: en los 14 puber: plenamente puber hasta los 18: y mayor à los 25. La muger será infante hasta los siete años: prócsima à la infancia hasta los nueve y medio: prócsima à la pubertad hasta los 12: y puber en los 12: plénamente puber à los 14: y mayor à los 25. Estos términos de la edad, se deben tener presentes y observarse con cuidado.

No se puede dudar, que mayor debe ser la potestad del tutor en el pupilo infante que en el que se halla prócsimo à la infancia ó à la pubertad. Cuando el pupilo es infante, nada puede hacer por sí, sino que todo lo hace el tutor en su nombre y en este caso se dice propiamente que administra. (1) Mas si el pupilo se halla prócsimo à la infancia ó à la pubertad, puede hacerlo todo con tal que su tutor esté presente y apruebe lo que ha de obrar; (2) en cuyo caso se di-

(1) L. 17. tit. 16. P. 6.

(2) Dha. ley 17.

se que interpone su autoridad. Esto se verá mas claramente con dos ejemplos. Un pupilo infante no puede contraer, aceptar una herencia ó mover un pleito: todo esto es necesario que lo haga el tutor en su nombre, y aun sin noticia del pupilo. Por el contrario: el mayor de siete años, contrae legitimamente, acepta herencia ó mueve pleito siempre que esté presente su tutor, y que todo lo obre con su aprobacion y autoridad. De aqui nace que la palabra latina *auctoritas* se tenga por derivada del verbo *augeo*, porque en realidad el tutor aumenta y completa lo que falta á la persona del pupilo. El infante casi no es persona por falta de uso de razon, y por tanto obra el tutor en su nombre; pero el que es mayor de esa edad, aunque es persona en realidad, por la debilidad del juicio se reputa por media persona. Viene pues el tutor á completar lo que falta á este pupilo, y aumentar su persona cuando aprueba y consiente. Por tanto esta aprobacion y consentimiento del tutor, es lo que propiamente se llama autoridad.

De estos principios nace la definicion de la autoridad. Es pues un acto por el cual el tutor aprueba lo que el pupilo mayor de la infancia obra, capaz de hacer peor su condicion. (1) Se dice que es un acto, porque no basta la taciturnidad del tutor, sino que se requiere licencia ó aprobacion espresa, lo que significa la palabra *otorgamiento* de que usa nuestro derecho. (2) Se dice que *por él aprueba el tutor lo que el pupilo mayor de la infancia, obra*; porque si el pupilo es todavia infante, nada puede obrar, sino que entonces el tutor lo administra todo; luego no interpone autoridad. Se dice últimamente *capaz de hacer peor su condicion*; porque como veremos despues, puede el pupilo sin autoridad de su tutor hacer mejor su condicion; pero de ninguna manera hacerla peor. (3) V. g. si Ticio dona al pupilo una onza de oro; es válida la donacion aunque el tutor no esté presente ni la apruebe: pero si el pupilo promete á Ticio un caballo, no na-

(1) L. 17. tit. 16. P. 6.

(2) Dha. ley 17.

(3) La misma ley 17.

de obligacion de esta promesa, si no es que el tutor la hubiese autorizado. (1)

De la definicion que hemos explicado se deducen dos axiomas. 1.º La autoridad del tutor es necesaria siempre que se intenta algun negocio del cual puede resultar peor la condicion del pupilo. 2.º El tutor mediante la autoridad suple la falta de juicio del pupilo.

El primer axioma establece: que es necesaria la autoridad del tutor siempre que puede hacerse peor la condicion del pupilo: porque mejorarla puede aun sin noticia ni consentimiento suyo. ¿Pero cuando se dirá que hace mejor su condicion el pupilo, y cuando peor? La hace mejor, siempre que obliga á otro, v. g. cuando otro le promete, le dona, ó le da en comodato. La hace peor siempre que el pupilo se obliga á otro, v. g. cuando promete, dona, da en comodato. (2) De aqui nacen dos importantes conclusiones. 1.ª Que el pupilo sin necesidad de autoridad alguna

(1) Dha. ley 17.

(2) Dha. ley 17.

puede aceptar promesas y adquirir por cualquier titulo lucrativo, porque de esta suerte otro se obliga al pupilo; pero el pupilo no queda obligado al otro si no interviene la autoridad del tutor. Por ejemplo: un mercader vende un relox de oro á un pupilo en 100 pesos, pero sin consentimiento de su tutor. Verificada la compra da parte el pupilo al tutor del contrato que ha celebrado: al tutor le parece bien: lo aprueba y da orden de que se entregue el precio; el mercader que mientras tanto se habia arrepentido de la venta, quiere disolverla fundandose en que no quedó obligado por haber sido celebrado el contrato con un pupilo que no tiene juicio bastante para contraer. Se pregunta ahora ¿quedaria obligado? No hay duda que si, segun los principios sentados (1) Pero si el mercader quisiese compeler al pupilo á que pagase el precio, responderia este muy bien que no habia podido obligarse sin consentimiento de su tutor. Es verdad que puede parecer injusto que en un mismo contrato el mercader

(1) La misma ley 17.

se obligue y el pupilo quede libre; pero no es así, porque voluntariamente se sujeta á ese gravámen el que contrae con el pupilo sin auencia de su tutor, y por tanto no debe tener á mal que el contrato claudique, ó que no sea de una y otra parte obligatorio.

Todo lo dicho es consiguiente á los principios establecidos: únicamente admite duda si sea necesaria la autoridad del tutor para que el pupilo admita una herencia? Podria parecer supérflua la autoridad en este caso, porque el que acepta una herencia suele hacer su condicion mejor, en cuyo caso segun se ha dicho ya, no se requiere consentimiento ni aprobacion del tutor. No obstante: de nuestras leyes se deduce claramente que seria nula semejante aceptacion. (1) La razon es porque la aceptacion de la herencia, es un cuasi contrato por el cual se obliga el heredero, no solo a pagar á los acreedores del difunto lo que se les deba, sino tambien á los legatarios y fideicomisarios, lo que se les haya dejado en el testamento: es así que á nada pue-

(1) Arg. de dha ley 17. tit. 18. P. 6.

de obligarse el pupilo sin autoridad de su tutor: (1) luego ni aceptar la herencia.

El segundo axioma dice: que el tutor con su autoridad suple la falta de juicio del pupilo. De aqui tambien se deducen varias conclusiones. 1.<sup>a</sup> El tutor no puede interponer su autoridad en causa propia: (2) es decir: no puede el tutor interponer su autoridad en negocio que interese á él y al pupilo. La razon es, porque cuando el tutor supl. la falta de juicio del pupilo, uno y otro forman como una sola persona, la cual no puede contraer consigo misma. 2.<sup>a</sup> El tutor no puede comprar cosa alguna del pupilo, porque así interpondria su autoridad en causa propia, lo que no puede segun hemos dicho. (3) Se exceptúa el caso de que comprase con licencia del juez y consentimiento de los tutores, por evitarse de este modo que el pupilo sea dañado; pero si lo fuere, puede pedir restitucion dentro de cuatro años despues de haber llegado á la

(1) La misma l. 17.

(2) Arg. de las Ll. 4. tit. 5. P. 5. 18. tit. 16 p. 3. y 23. tit. 11. libro 5. Rec. de Cast.

(3) L. 4. tit. 5. P. 5. y 23. tit. 1. lib. 5. Rec. de C.

mayor edad. 3.<sup>a</sup> Si naciese pleito entre el tutor y el pupilo, se debe dar á este otro tutor que lo defienda al cual llaman *curador ad litem*. La razon es, porque el pupilo por la contestacion del pleito casi contrae: el casi que contrae se obliga: el pupilo no puede obligarse sin autoridad del tutor: el tutor no puede interponer su autoridad en causa propia: luego es necesario que se le dé otro que autorice. (1)

## TITULO XXII.

### *De los modos de fenecerse la tutela.*

Todos los modos de acabarse la tutela se fundan en este axioma: *cesando la causa cesa la tutela*. La causa de la tutela es la educacion y cuidado de aquel que por su edad no es capaz de dirigirse por si mismo: luego si no hay necesidad de estos oficios, ó el tutor no los puede cumplir, se acabará la tutela.

De este axioma se infiere claramente que se disuelve la tutela por la

(1) Arg. de la l. 13. tit. 16. P. 6.

muerte ya del tutor ya del pupilo. (1) La razon es, porque muerto el primero no es ya capaz de guardar al pupilo, y muerto este no necesita de guarda. De alli mismo se colige que la tutela no pasa á los herederos por ser un cargo público y personal que espira con la persona. Se exceptúa la tutela legítima que pasa á los herederos, por ser estos los parientes mas cercanos.

Otro modo de acabarse la tutela, es por la pérdida de cabeza. Porque como se equipara á la muerte segun hemos visto, (2) se le atribuyeron con razon los mismos efectos. Pero es necesario distinguir entre pérdida de cabeza del pupilo y del tutor. Por cualquiera de las tres que padezca el pupilo se acaba la tutela. No así el tutor: este por la pérdida mácsima y media queda privado del ejercicio de su empleo, pero no por la mínima. (3) La razon es esta: si el pupilo padeciese la mácsima, se haria siervo; si la media,

(1) L. 21 tit. 16. P. 5.

(2) L. 2. tit. 13. P. 4.

(3) Dha. l. 21. tit. 16. P. 6.

extranjero; si la mínima, hijo de familia por arrogacion: es así que un siervo no puede estar bajo de tutela por no ser cabeza libre, ni un extranjero por ser esta un derecho propio de los ciudadanos, ni un hijo de familia por estar bajo la patria potestad, y al que tiene padre no se da tutor: luego en cualquiera de estos casos fenece la tutela. La razón porque el tutor que padece la máxima y media pérdida de cabeza es privado de la tutela, es porque el siervo y el extranjero no pueden ser tutores por ser incapaces por derecho de todo cargo público. La mínima no dañaría al tutor, porque aun el hijo de familia puede serlo, como que en los cargos públicos se reputa por padre de familia. (1)

El tercer modo de acabarse la tutela es la pubertad ó la edad de 14 años en los varones y de 12 en las mugeres. (2) Una de las razones porque se había dado la tutela, y la principal es, para que el pupilo sea educado bajo el

(1) L. 4 tit. 16. P. 6. y en ella Greg. Lopez n.º 6.

(2) L. 21 del mismo tit.

gobierno y direccion del tutor: cesa pues, esta, cuando ha llegado á la pubertad y adquirido algun juicio; pero como no tiene todavia todo el que es necesario para dirigirse por sí mismo y administrar sus bienes, le ha proveído el derecho de otra guarda con el nombre de curatela. Esta aunque en rigor podia llamarse continuacion de la tutela hasta la mayor edad, no se ha llamado así, porque en realidad se advierte diferencia entre los cargos del tutor y del curador: aquel como hemos notado ya, tiene por principal objeto la persona, y este los bienes del pupilo. Se dice pues, con razón, que á los 14 años se ha concluido la tutela, no obstante que haya de comenzar la curatela.

El cuarto modo es la llegada del día ó cumplimiento de la condicion con que fue dado el tutor. (1) Pero este solo puede tener lugar en la tutela testamentaria, porque solo en testamento puede ser dado tutor hasta cierto día ó bajo de condicion. Por ejemplo, si el padre dijese en su testamen-

(1) Ley 21 tit. 16. P. 6.

to: Ticio sea tutor de mis hijos por cinco años, ó sea tutor si no tuviere hijos. En estos casos pasado el quinquenio ó si el tutor procrea hijos, cesará la tutela porque ya llegó el día señalado ó se verificó la condicion.

El quinto modo de fenecer la tutela es la excusa; y el sexto, la remocion del tutor sospechoso. (1) Pero como estos modos son comunes á los tutores y curadores, porque unos y otros pueden excusarse ó ser removidos como sospechosos, se reserva el tratar de ellos en los últimos títulos de este libro.

Concluido el tiempo de la tutela, incumbe al tutor la obligacion de dar cuentas de su administracion y entregar al menor ó á su curador todos los bienes existentes. (2) Esta obligacion nace de la naturaleza misma de la tutela. En virtud de ella debe el tutor administrar la hacienda del pupilo; y es regla general que todo aquel que administra cosas ajenas está obligado

(1) Dicha l. 21.

(2) Dicha l. 21. al fin.

á darlas. Pero ¿que arbitrio se tomará cuando el tutor se resista á verificarlo? En este caso tiene lugar la accion llamada *de tutela*, que no se debe confundir con la de sospechoso y de revision de cuentas, porque se diferencian en el tiempo en que se deben entablar, y en el fin á que se dirigen. La accion de sospechoso tiene lugar durante la tutela siempre que el tutor no desempeñe su oficio con fidelidad. La de tutela se entabla fenecida esta y antes de rendirse las cuentas, y la de revision de cuentas despues de dadas estas per mal y con fraude. El fin de la primera, es que el tutor sea removido; el de la segunda, que dé cuentas, y el de la tercera, que se glosen y revisen estas mismas, y que hallandose que el tutor sustrajo algo de los bienes, lo resituya con pena á arbitrio del juez. (1)

En la accion de tutela se debe observar que es ó directa ó contraria. La directa se dá al pupilo despues de la p. bertad contra el tutor, sus fiadores y sus

(1) Dicha l. 21. al fin y l. 3. tit. 3. lib. 4 del Fuero Juzgo.

herederos para que dé cuentas con pago: (1) la contraria se da al tutor fenecida la tutela contra el pupilo para que la indemnice si ha hecho algunos gastos de su cuenta en la hacienda del pupilo ó si ha sufrido algún daño dimanado de la tutela y sin culpa suya.

No solo debe ser indemnizado de las espensas que haya hecho de su cuenta en la administracion de la tutela sino que á mas de esto puede abonarse y tomar para sí por razon del trabajo y responsabilidad en que se constituyó, la décima parte de los frutos que los bienes de su menor hayan producido mientras duró la tutela. (2) Este beneficio se estiende tambien á los curadores; pero en el supuesto de que unos y otros administren y cumplan como deben sus obligaciones.

(1) L. 21 al fin.

(2) Ll. tit. 3.3. lib. 4. del Fuero Juzgo, y 2. tit. 7. lib. 3 del Fuero Real.

## TITULO XXIII.

*De la curatela y curadores.*

CASI todo lo que se ha dicho hasta aqui pertenece a la tutela: siguese ahora tratar de la curatela. Esta es una *potestad de administrar los bienes de aquellos que no pueden hacerlo por sí mismos.* (1) Se dice una *potestad*, no con derecho de adquirir para sí como la que tiene el padre en sus hijos, el señor en sus siervos, sino *directiva*, como la que compete á todos los administradores de las cosas ajenas. Porque asi como el tutor cuida de la persona del pupilo y por eso su oficio es una fuerza y potestad para educarlo y defenderlo, asi la curatela es una potestad de administrar las cosas y bienes. Se añade *de aquellos que no pueden hacerlo por sí mismos* para denotar que los curadores se dan á los que en realidad son personas, esto es, á los mayores de 14 años, pero que por algun otro impedimento no pueden cuidar de sus cosas. Tales son los meno-

(1) L. 12 y 13. tit. 10, P. 6.

res de 25 años, los furiosos, pródigos, perpetuamente enfermos y ausentes. (1)

De esta definición nacen las diferencias que hay entre el tutor y el curador. 1.<sup>a</sup> El tutor se da primeramente para la persona, y secundariamente para las cosas. 2.<sup>a</sup> Hablando con rigor y propiedad se dice que el tutor interpone autoridad, porque es necesario que aumente y complete la persona del pupilo y supla el defecto de la impubertad. Pero como nada falta á la persona de los púberes, se dice que el curador presta consentimiento, no que interpone autoridad. 3.<sup>a</sup> Al que tiene tutor no se le puede dar otro, pero sí curador. (2) V. g. si nace pleito entre el pupilo y el tutor, ó si este se enferma ó ausenta. 4.<sup>a</sup> El tutor se dá al pupilo aunque no lo quiera; (3) pero el curador no se da al menor si no lo pide, escepto en los pleitos para los que precisamente se le debe nombrar. (4) Ultimamente,

(1) L. 13 tit. 16 P. 6. y en ella G. regl. Lopez número 1.

(2) Dicha l. 13.

(3) L. 1. tit. 16. P. 6.

(4) Dicha l. 1.

el curador se puede dar para un acto ó cosa sola; pero el tutor ha de ser para la persona y todos los negocios del pupilo. (1)

Veamos ahora cuantas especies hay de curatela. La tutela dijimos que era ó testamentaria, ó legítima, ó dativa. Pero toda curatela hablando con propiedad es dádiva. (2) Es verdad que suele darse a los furiosos ó mentecatos por curador á algun pariente suyo cercano; pero a ninguno de estos corresponde la curatela por ministerio de la ley, sino por nombramiento del juez. Tampoco debe haberla testamentaria. (3) La razon que motivó esta disposicion antiguamente, fue que parecia absurdo que el padre dispusiese de la curatela en un tiempo en que el hijo se hallaba en estado de otorgar testamento. A la manera pues, que la sustitucion pupilar cesa con la pubertad, porque el padre no puede dar heredero á su hijo en un tiempo en que este puede testar é instruir heredero, de la misma manera solo puede

(1) La misma ley.

(2) L. 12 tit. 16. P. 6.

(3) L. 13. tit. 16. P. 6.

dar tutor para el tiempo que precede á la pubertad; pero no curador para despues de ella; porque entonces el hijo es capaz de testar, y asi se juzgó que la prevision paterna no debia llegar hasta allá. No obstante: aunque la curatela no se debe dejar en testamento, si el padre la deja á su hijo debe confirmarla el juez, si el curador le parece á propósito para evacuar su encargo. Podemos pues decir, que toda curatela es dativa porque siempre toma su fuerza del nombramiento ó aprobacion del juez, y de lo dicho en la definicion inferimos, que tiene lugar, 1.º en los menores de edad; 2.º en los furiosos y mentecatos; 3.º en los pródigos; y 4.º en los perpetuamente enfermos, ausentes ó impedidos.

La primera especie de curatela dativa, es la que se da á los menores de 25 años en consideracion á que por falta de edad no estan aptos para tomar la libre administracion de sus bienes. (1) Es verdad que ninguno que haya llegado á la pubertad debe ser compelido a re-

(1) L. 13 del mismo tit.

ibir curador sino para los negocios judiciales; (1) pero tampoco puede siendo menor tratar y contratar sin tenerlo. Deben, pues todos pedirlo y nombrarlo; y siendo idóneo el que eligieren debe ser confirmado por el juez. El medio que se ha juzgado mas oportuno para que lo pidan, es no dar por concluida la tutela antes de que tengan curador, privando de la administracion de sus bienes á los que no lo tienen. De esta suerte se verifica que no se dá curador sino á los que lo quieren, y que se dá á todos los menores.

De esta regla se exceptuan los que obtienen del supremo consejo venia de edad ó habilitacion para administrar sus bienes sin necesidad de curador. Para impetrar esta licencia ó facultad, se requiere en el varon la edad de 20 años y en la muger la de 18, y que unos y otros acrediten con informacion judicial, que son hábiles para la administracion y manejo de sus cosas. Despues de impetrada, es necesario que se presenten con ella al juez de su domi-

(1) L. 13. tit. 16. P. 6.

cilio para que le conste estar habilitados ó dispensados, y evacuarlo que por el consejo se le ordene en ella. Verificado esto queda el menor exento de la potestad de su curador, y puede otorgar cualesquiera contratos y comerciar del modo que quiera quedando eficazmente obligado. (1) Pero no obstante la venia, conservan los menores el beneficio de la restitucion. (2) Y como no se estiende á mas que la administracion, si no es que se espese, no pueden vender ni gravar sus bienes raices sin licencia del juez, ni hacer otras cosas que están permitidas solamente á los mayores de 25 años. (3)

Se exceptuan tambien los mayores de 18 años casados, á quienes se les concede que puedan administrar sus bienes, y los de sus mugeres sin necesidad de venia; (4) pero tampoco estos quedan privados del beneficio de la restitucion cuando hayan sido dañados, ni pue-

(1) Auto Acord. 26. tit. 5. libro 3. Rec de Cast.

(2) Arg. de las Ll. 207 de Estil y tit. 11. P. 5.

(3) Febr. Reform. P. 1. cap. 1. núm. 39.

(4) L. 14. tit. 1. lib. 5 de la Recop. de Cast.

den vender sus bienes raices sin decreto del juez.

Por el contrario los indios, aunque sean mayores de 25 años, los reputa el derecho como menores en la enagenacion de sus bienes. La razon es, porque su estupidez é ignorancia hace temer que sean engañados facilmente. Para evitar pues, cualquiera daño que les puede resultar, se dispone: que cuando los indios hayan de vender sus bienes sean raices ó muebles, se pongan á pregon en almoneda pública á presencia de la justicia, los raices por término de 30 dias y los muebles por nueve, y que lo que de otra forma se rematare, sea de ningun valor y efecto. Pero si al juez pareciese que hay justa causa para abreviar el término en cuanto á los muebles, lo puede hacer. Esta disposicion tiene lugar cuando el valor de los bienes excede de 30 pesos: porque si fuere menos, bastará que el vendedor indio parezca ante algun juez ordinario á pedir licencia para hacer la venta: y constándole por alguna averiguacion que es suyo lo que vende y que no le es dañosa la

enagenacion, le dará su licencia interponiendo su autoridad en la escritura que se otorgue. (1)

La segunda especie de curatela dativa, es la de los furiosos y mentecatos. (2) A estos aun repugnandolo se les dá curador, porque la falta total de juicio los hace incapaces de la administracion de sus bienes. Como los pródigos, en el efecto, no distan mucho de los furiosos por no saberse conducir como sensatos y cuerdos, los ha equiparado el derecho y asi como previene que se dé curador a estos, se debe dar tambien á aquellos: porque donde milita la razon, debe tener lugar la misma disposicion de derecho. (3) Pero es necesario hacer distincion entre pródigos moral y jurídicamente tales. Los primeros son todos aquellos que ninguna economía observan en los gastos, de suerte que dilapidan sus bienes. En este sentido no se toma aqui la palabra: porque si á todos los pródigos de este género

(1) L. 27. tit. 1. lib. 6. Rec. de Ind.

(2) L. 13. tit. 16. P. 6.

(3) L. 5. tit. 11. P. 5.

se hubiese de dar curador, se encontrarían muchos á quienes seria muy conveniente nombrarselo. Pródigos jurídicamente son los que el juez con conocimiento de causa ha declarado tales, y en su consecuencia les ha prohibido que administren sus bienes. A estos únicamente se les debe nombrar curador, ya sea pariente suyo, ya extraño; y verificado esto, á nada pueden obligarse sin su consentimiento, como si fueran menores. (1)

Finalmente se puede nombrar curador á los perpetuamente enfermos, ausentes ó de otra manera impedidos, (2) porque en todos estos tiene lugar la razon fundamental de la curatela que hemos dado en la definicion.

Pueden dar curadores los mismos jueces que dan tutores, y pueden ejercer este cargo todos los que son hábiles para ejercer el de tutela: y por tanto aun los hijos de familia como sean mayores de 25 años. Pero no podrá ser obligado á que reciba la curatela el

(1) Dha. l. 5.

(2) L. 13. tit. 16. P. 6.

mismo que fue tutor del pupilo, (1) y la razon es, porque seria cosa incivil gravar á un amigo con una doble carga. No obstante, en el dia está recibido que el que fue tutor continúe en la curatela hasta la mayor edad.

Se acaba esta, por parte de aquel á quien se ha dado curador, siempre que cesa la causa porque se dió. Por ejemplo cesando la locura, cesa la curatela del loco: cesando la prodigalidad, enfermedad ó la menor edad, cesa la de los pródigos, enfermos ó menores: siendo principio constante, que cesando la causa debe cesar el efecto. Por parte del curador se acaba, por escusa legitima que pruebe: v. g. que tiene necesidad de ausentarse del lugar. Lo mismo debe decirse cuando por no administrar con fidelidad, es removido como sospechoso. (2) Pero de estos dos modos trataremos en los últimos títulos.

Acabada la curatela, competen al menor contra su curador, y á este contra aquel, las mismas acciones que di-

(1) L. 3. tit. 17. P. 6.

(2) L. 21. tit. 16. P. 6.

jimos tener el pupilo contra su tutor, y este contra el pupilo. (\*)

#### ADICION.

*La venia de edad ó habilitacion para administrar sus bienes, que segun dice el autor se pedia antes al supremo consejo, se debe pedir hoy á los congresos de los estados por conducto y con informe de sus gobernadores, esto es con relacion á los habitantes de los estados; que por lo que hace á los del distrito y territorios de la federacion, debe rár acudir al congreso general por medio del ministerio correspondiente.*

*En el dia estan derogadas por el mis-*

(\*) Esta accion de la curatela se llamaba *útil* en las leyes de los romanos. La razon era, porque todas aquellas acciones que nacia inmediatamente de las palabras de la ley, se llamaban *directas*, y las que los juriscultos deducian por interpretacion tomada de la razon de la ley, se decian *útiles*. Ahora pues: como las leyes de las doce tablas solo habian hecho mencion de la accion de tutela, sin hablar nada de la de curatela, juzgaron los juriscultos que aquella misma podia acomodarse á los curadores, porque donde hay la misma razon, debe haber la misma disposicion de derecho. Entre nosotros no se necesita de esta accion útil, por que tanto la de tutela como la de curatela se hallan espresas en la ley 21. tit. 16. P. 6. que con el nombre de *guardadores* entiende á los tutores y curadores.

no sistema esas absurdas y monstruosas distinciones que coartando toda libertad á los indios, los suponian faltos de raciocinio y aun menos que hombres, constituyendolos siempre en estado de minoridad. Esta disposicion de la legislacion española sin duda tuvo por objeto el bien estar de los naturales, y dimanó seguramente de la compasion y temor de que por la fuerza ó engaño se les quitasen sus propiedades. Estas son las disposiciones favorables de la antigua legislacion ácia los indios: calculemos por ellas mismas los hechos que las motivarian, y la intencion del legislador; y yendo aun mas lejos, deduzcamos finalmente que tal seria lo que encerraba el espíritu de conquista, y lo que tendia á la opresion y despotismo si esto era lo favorable y arreglado á justicia.

#### TITULO XXIV.

*De las fianzas que deben dar los tutores y curadores.*

HASTA aqui hemos tratado de la tutela y curatela separadamente. Siguen ahora algunas cosas que son comunes

á los tutores y curadores. Estas son las fianzas, las excusas y el crimen de sospechoso, que son la materia de los títulos restantes.

Aunque todas las cauciones tienen por objeto que los acreedores no sean facilmente defraudados de sus créditos, no obstante hay muchos casos en que no se puede admitir otra sino la fideiussoria. Tales el de los tutores y curadores, á los que no afianzando con bastante seguridad, no se les debe discernir la tutela ó curaduria, es nulo cuanto ejecuten, y se les puede privar de la administracion. La principal razon de esto es, porque es indeterminada la cantidad á que puede ascender el daño que el tutor ó curador cause al pupilo: luego si diese prendas que valiesen v. g. cinco mil pesos, y después al tiempo de las cuentas se adviniese un descubierto de diez mil, habria sido inútil al pupilo la caucion pignoratitia. Son pues, absolutamente necesarios los fiadores para que prometan y aseguren que en todo evento estará salva la hacienda del pupilo.

no sistema esas absurdas y monstruosas distinciones que coartando toda libertad á los indios, los suponian faltos de raciocinio y aun menos que hombres, constituyendolos siempre en estado de minoridad. Esta disposicion de la legislacion española sin duda tuvo por objeto el bien estar de los naturales, y dimanó seguramente de la compasion y temor de que por la fuerza ó engaño se les quitasen sus propiedades. Estas son las disposiciones favorables de la antigua legislacion ácia los indios: calculemos por ellas mismas los hechos que las motivarian, y la intencion del legislador; y yendo aun mas lejos, deduzcamos finalmente que tal seria lo que encerraba el espíritu de conquista, y lo que tendia á la opresion y despotismo si esto era lo favorable y arreglado á justicia.

#### TITULO XXIV.

*De las fianzas que deben dar los tutores y curadores.*

HASTA aqui hemos tratado de la tutela y curatela separadamente. Siguen ahora algunas cosas que son comunes

á los tutores y curadores. Estas son las fianzas, las escusas y el crimen de sospechoso, que son la materia de los títulos restantes.

Aunque todas las cauciones tienen por objeto que los acreedores no sean facilmente defraudados de sus créditos, no obstante hay muchos casos en que no se puede admitir otra sino la fideiussoria. Tales el de los tutores y curadores, á los que no afianzando con bastante seguridad, no se les debe discernir la tutela ó curaduria, es nulo cuanto ejecuten, y se les puede privar de la administracion. La principal razon de esto es, porque es indeterminada la cantidad á que puede ascender el daño que el tutor ó curador cause al pupilo: luego si diese prendas que valiesen v. g. cinco mil pesos, y después al tiempo de las cuentas se adviniese un descubierto de diez mil, habria sido inútil al pupilo la caucion pignoratitia. Son pues, absolutamente necesarios los fiadores para que prometan y aseguren que en todo evento estará salva la hacienda del pupilo.

Con lo dicho se viene facilmente en conocimiento de la razon porque se han inventado estas fianzas. La primera, porque aunque el tutor se dá principalmente para la persona, no obstante administra los bienes del pupilo y el curador se dá principalmente para las cosas. Siendo pues, regla general que todos los que administran cosas ajenas deben dar cuentas y afianzar, se sigue que es muy justo que los tutores y curadores tengan la misma obligacion. A esto se añade la especial comiseracion de que sean dignos los huérfanos, porque importa á la república que aquellos que se hallan desamparados y destituidos de todo socorro, tengan seguros sus bienes por la vigilancia de los magistrados. Todo esto no se podria conseguir sino afianzando los tutores y curadores.

Pero como no todos indistintamente estén obligados á ello, se hace preciso investigar cuales son los que deben prestar esta caucion, y cuales no. Sobre este punto establecérémos un acsioma general, del cual

se deducen algunas conclusiones especiales. Este es que *todos los tutores y curadores en quienes cabe alguna sospecha, están obligados á afianzar*. Se hará claro este acsioma teniendo presente el fin de esta caucion, el cual segun ya hemos notado, es el de que los bienes del pupilo estén seguros asi de la malicia como de la negligencia del administrador: luego si ningun peligro se teme de que el tutor ó curador defraude al pupilo ó le cause daño en sus bienes, cesando la causa, debe tambien cesar el efecto que es la fianza. De este acsioma inferimos. 1.º Quienes no dan fianzas. 2.º Los que están obligados á darlas.

No tienen obligacion de afianzar los tutores dados en testamentos sean ó no confirmados por el juez. (1) La razon es; porque el padre por el hecho mismo de nombrarlos da una prueba bastante de estar plenamente informado de la probidad de aquel que dá por tutor á su hijo y de que está satisfecho de su fidelidad y diligencia en el

(1) L. 9. tit. 16. y en ella Greg. Lopez núm. 5.

cuidado y administracion de la persona y bienes del huérfano. No teniendo, pues, lugar en estos sospecha alguna, según nuestro axioma, deben estar libres de la obligacion de afianzar.

Por el contrario se infiere: que estan obligados á dar fianzas: 1.º todos los legítimos aunque sean la madre y abuela. (1) La razon es, porque estos ni son nombrados por el testador ni por el magistrado, sino que son llamados inmediatamente por la ley, y no por mas diligentes sino por parientes mas cercanos: porque tanto en ellos tiene lugar cualquiera sospecha, y conforme á nuestro axioma deben afianzar. 2.º Todos los curadores y tutores dados por los jueces ordinarios, (2) asi porque no suelen tomarse todos los informes necesarios acerca de su conducta y habilidad, como porque no residen en ellos facultades para escimirlos de las fianzas. La práctica es, que aun á los que se dan por los tribunales supremos se les mande afianzar, si no es

(1) L. 94. y 95, tit. 18. P. 3. y 9. tit. 16 P. 6.

(2) Arg. de la l. 12. tit. 18. P. 6.

que las circunstancias recomendables del tutor ó curador hagan que se le dispense esta formalidad. 3.º Tambien estan obligados á afianzar aun los testamentarios que se ofrecen á la administracion; (1) porque se presume que no se ofrecerian si no esperáran lucro: el que tiene esta mira en los bienes del pupilo dà lugar á sospecha: luego debe afianzar.

Hemos visto ya de que principios se deduce la obligacion de dar fianzas y quienes la dan. Veamos ahora en que forma se deben dar. Por fianza entendemos, una seguridad que resulta de obligarse á satisfacer por el principal otros á quienes llamamos fiadores. De donde se infiere, que estando los tutores y curadores obligados á afianzar, deben dar fiadores abauados que prometan satisfacer en falta suya, asi todo el alcance que resulte al tiempo de las cuentas, como tambien los daños que por su culpa ó negligencia irroguen al pupilo. (2) Pero siendo me-

(1) L. 11. tit. 16. P. 6.

(2) L. 94. tit. 18. P. 3.

por precaverlos que resarcirlos despues de causados, previene el derecho que no se discierna la tutela ó curaduria, sin que el nombrado se obligue interpuesta la religion de juramento á cumplir fiel y legalmente su oficio, procurando en todo el bien y utilidad del huérfano, y evitando todo lo que pueda ser en perjuicio suyo (1) Asimismo que haga inventario formal y específico de todos los bienes muebles y raíces correspondientes al pupilo ó menor, porque de otra suerte no se le podría tomar cuentas ni hacerle efectiva la responsabilidad. (2)

El efecto que producen las fianzas que hemos dicho deben dar los tutores y curadores, es que concluida la tutela y curaduria resulten á favor del pupilo ó menor tres acciones para recobrar sus bienes. La 1.<sup>a</sup> que es la accion de tutela, la intenta contra los tutores en cuyos bienes tiene tácita hipoteca y contra sus herederos para que le den cuentas y restituyan lo ecsisten-

(1) L. 9. tit. 16. P. 6.  
(2) L. 99. tit. 18. P. 3.

te. (1) 2.<sup>a</sup> Si con esta accion no consigue de los tutores su cosa, la tiene tambien contra los fiadores y sus herederos, cuyos bienes le deben estar espresamente hipotecados para que le resarzan el daño ó pérdida causada por el tutor. (2) 3.<sup>a</sup> Si los fiadores estan insolventes y por tanto no puede el pupilo recobrar de ellos sus bienes, en este caso recae la culpa en el juez que admitió fiadores poco abonados, y se dá contra él la accion subsidiaria (3) para obligarlo á resarcir todos los daños ocasionados por su descuido en la recepcion de las fianzas. Pero esta accion es de poco uso, ni se debe esperar de ella mucha utilidad. 1.<sup>o</sup> Porque siempre milita por el juez la presuncion de diligencia mientras que no se pruebe lo contrario, y esta prueba es bastante difícil por lo comun. 2.<sup>a</sup> Porque quedará libre el juez mostrando que en el tiempo en que se obligaron los fiadores eran idóneos, y que despues que-

(1) Ll. 23. y 26. tit. 13. P. 5. y 21. tit. 16. P. 6.  
(2) Ll. 94. tit. 18. P. 3. y 21. tit. 16. P. 6.  
(3) Feb. de invent. lib. 1. cap. 1. § 2. nóm. 77.

braron, lo que sucede frecuentemente.  
3.º Porque aun hablando en general, la prudencia dicta que es peligroso mover pleito á los magistrados.

### TITULO XXV.

*De las escusas de los tutores y curadores.*

Ademas de la obligacion de afianzar, es comun á los tutores y curadores la facultad de escusarse. Veremos pues en este titulo; 1.º porque se les concede que se escusen, y 2.º cuantas clases hay de escusas.

Se conceden á los tutores y curadores algunas escusas, porque segun hemos dicho ya, tanto la tutela como la curatela son un cargo público personal que están obligados á admitir todos los ciudadanos. A la manera pues, que hay justas causas que sirvan de escusa para no servir otros cargos públicos, es muy puesto en razon que las haya tambien para no admitir la tutela y curatela.

Segun lo dicho, escusarse en nues-

tro derecho *es alegar una causa justa, por la cual no está alguno obligado ó no puede admitir el cargo que se le encomienda.* (1) De aqui se deduce facilmente de cuantas maneras son las escusas. Se dividen 1.º en voluntarias, que alegadas aprovechan, v. g. el número de hijos. Si esta causa se alega, servirá de escusa; pero si no, aun el padre de muchos hijos será obligado á recibir la tutela: y 2.º en necesarias, que aunque no se opongan impiden el ejercicio de la tutela: v. g. el pleito con el pupilo, del cual, si se tiene noticia, no discierne el juez la tutela al tutor, aunque él la quiera admitir.

Las escusas voluntarias, se subdividen en tres especies. 1.ª En unas que se admiten por razon de privilegio. 2.ª En otras por razon de impotencia. 3.ª En otras por peligro de la fama.

Por privilegio se escusan. 1.º Los que tienen cinco hijos naturales, no adoptivos, legitimos, no espurios, vi-

(1) L. 1. y sig. tit. 17. P. 6.

vos ó muertos, en la guerra. Porque los que dan la vida por la patria se tienen por vivos en la fama. (1) 2.º Los embajadores y otros ausentes por causa de la república, durante su ausencia; pero restituidos á su patria deben continuar en la tutela recibida, y hasta despues de un año contado desde el dia de su regreso no se les puede obligar á tomar otra. (2) 3.º Los jueces que estan en actual ejercicio; pero el que hubiese recibido la tutela antes de serlo no se puede despues escusar por esta razon. (3) 4.º Los maestros de gramatica, retórica, dialectica y medicina, que por mandado del rey enseñan en su patria ó fuera de ella. (4) 5.º Los doctores en leyes que son jueces ó consejeros y los caballeros y soldados que residen en la corte ó en otro lugar para utilidad del público. (5) 6.º Los recién casados, desde el dia que con-

(1) L. 2. tit. 17. P. 6.

(2) La misma l. 2.

(3) Dha. l. 2.

(4) L. 3. tit. 17. P. 6.

(5) Dha. l. 3.

trageron matrimonio hasta cuatro años despues. (1) Ultimamente tienen en España privilegio para escusarse de la tutela y curaduría todos los que tengan doce ó mas yeguas de vientre propias, ó tres caballos padres por tres años continuos. (2) Pero la abundancia de caballos que hay en la América no ha permitido que se estienda á ella este privilegio.

2. Por razon de impotencia se escusan todos aquellos que no están á proposito para administrar la tutela, no obstante que sean hombres de probidad: de otra snerte su escusa sería necesaria, y ni en el caso de que condescudiesen serian admitidos. Tales causas son. 1.ª Tener actualmente tres tutelas. 2.ª La pobreza que obliga á vivir del trabajo personal. 3.ª La enfermedad, pero no cualquiera sino la crónica que no dá esperanza de sanidad, y hace al hombre inútil para el manejo aun de sus pro-

(1) L. 14. tit. 1 lib. 5. Rec. de Cast.

(2) Ced. de 8 de sept. de 1733. art. 3. y L. 3. tit. 17. lib. 6. Rec. de Cast.

prios intereses. 4.<sup>a</sup> Se escusan tambien los ignorantes de leer y escribir; porque son inhábiles para llevar cuentas con exactitud. Pero si la tutela fuese de fácil desempeño y ellos industriosos, no habrá dificultad en admitirlos. Ultimamente el mayor de 70 años.

3. Por razon de peligro en la fama, se puede excusar el que movió pleito al padre del pupilo sobre servidumbre, ó al contrario. El que tiene que demandar á este sobre su herencia ó parte de ella, y el que tuvo enemistad con su padre y no se reconcilió. (1) Podria parecer esta causa opuesta á la caridad cristiana y que las leyes fomentan el ódio que condena la ley de Jesucristo. Pero no es este el fin que se ha propuesto el derecho, sino que concede excusa a los nombrados en este caso por consultar á su fama. Porque si estos fuesen obligados á admitir la tutela, se creeria facilmente que iban á aprovecharse de la ocasion para vengar

(1) L. 2. tit. 17 P. 7.

su ódio en el pupilo. Para evitar pues, el deshonor que les podian causar estas sospechas y conservarles su fama, les permite la ley que se excusen si lo juzgan por conveniente. (1)

Hemos visto ya las excusas voluntarias que libran del cargo de la tutela si se alegan: síguense las necesarias, que aunque no se opongan sirven de impedimento para ejercerla. Tiene excusa necesaria 1.<sup>o</sup> el loco, fatuo ó mentecato. El mudo, sordo, y ciego total. Porque aunque todos estos si son nombrados en testamento no son removidos del cargo, sino que mientras dura su impedimento se da otro tutor (lo que tambien se verifica en los menores de 25 años) con todo, no son admitidos á la administracion de la tutela si no dejan de ser locos, sordos, ciegos ó menores; por que no pueden ser tutores los que por la necesidad que tienen de la direccion de otros, están en curatela. 2.<sup>o</sup> El mismo genero de excusa tiene el administrador de rentas reales. 3.<sup>o</sup>

(1) Dha. ley 2. tit. 17. P. 6.

El soldado mientras está empleado en el servicio. 4.º El sacerdocio, y el estado religioso son tambien impedimentos para el ejercicio de la tutela. Pero á los clérigos seculares, excepto los obispos, solo se les prohibe ser tutores testamentarios y dativos, mas no legítimos. La razon de esta disposicion ha sido que los dedicados al culto divino, no sean impedidos de sus oficios y ocupaciones piadosas por el manejo de negocios temporales. (1) Ultimamente por las leyes de Partida se escusaba necesariamente el marido de la curaduria de su muger menor; pero por derecho del dia no solo no está impedido, sino que espresamente se concede que sea administrador de sus bienes. (2)

Resta solamente explicar ante quienes y de que modo se deben proponer las escusas, y el tiempo que debe durar este juicio. Todos los tutores y curadores que se hallan con

(1) Ll. 4. y 14. tit. 16. P. 6. y 2. tit. 17. P. 6.

(2) L. 14. tit. 1. lib. 5. Rec. de Cast.

justa causa para no admitir el cargo que se les encomienda, deben alegar y probar sus escusas ante el juez competente; y como estas se proponen por modo de escepcion, deben alegarse en este concepto como muchas otras. (1) Deberán para ello presentar el pedimento al juez dentro de cincuenta dias contados desde el en que tuviesen noticia del nombramiento, si no dista mas de cien millas del lugar de su residencia. Pero si escediere de ellas la distancia, tienen de término un dia mas por cada veinte millas de esceso, y treinta despues de ellos. El espediente que se instruya acerca de la admision de la escusa, se debe finalizar dentro de cuatro meses contados desde el dia en que se comenzó; pero si se sintiere agraviado por la sentencia el que se escusa, puede apelar al superior. (2)

(1) Arg. de la ley 9. tit. 3. P. 3. y L. 1. tit. 5. lib. 4. Rec. de Cast.

(2) L. 4. tit. 17. P. 6.

*De los tutores y curadores sospechosos.*

Se llaman *sospechosos*, todos aquellos tutores ó curadores que no cumplen su oficio con la fidelidad y exactitud debida.

(1) Por este concepto se graduará de sospechoso aquel tutor ó curador que se versa mal en los bienes de su menor disipándolos en juegos y otros malos usos, educando mal al pupilo, vendiendo las fincas ó gravándolas con censos, ya haga estas cosas por dolo ó por culpa, tenga ó no facultades con que restituir los daños que cause. (2) Porque así como la pobreza por sí sola á ninguno hace sospechoso, si por otra parte es un hombre de probidad y de industria, así tampoco las riquezas si no están acompañadas de buena conducta pueden por sí solas remover la sospecha que ocasionan los indicios del mal proceder. Es verdad que podría juzgarse que un tutor

(1) L. 1. tit. 18. P. 6.

(2) Dha. ley 1.

rico no debe ser acusado como sospechoso, porque aunque administre mal los bienes ó los disipe tiene como resarcir el daño que cause al pupilo. Pero los jurisconsultos racionan de otra suerte y conforme á aquel principio constante en derecho, *satius est intacta jura servare quam vulnerata causa remedium querere*, tienen por mejor, que sea removido semejante tutor, que no esponer al pupilo al peligro de quedar en descubierto y al trabajo de conseguir la indemnizacion. (2)

De lo dicho se infiere: que la accion de sospechoso, no es otra cosa que una acusacion *cuasi pública del tutor ó curador que no ha administrado con fidelidad, á efecto de que sea removido y de que se le imponga la pena correspondiente*. (2) Esta acusacion puede intentarse ó civil ó criminalmente. En el primer caso conspira solo á que el tutor ó curador sea removido de la administración dando cuenta con pago de los bienes y efectos administrados.

(1) L. 1. tit. 18. P. 6.

(2) Ll. 2. y 4. tit. 18. P. 6.

En el segundo, a que se le castigue con pena arbitraria.

Siendo cuasi pública la acusacion del tutor sospechoso se infiere claramente que puede hacerla cualquiera del pueblo. (1) No se llama así porque se trate del castigo de un delito que sea público en rigor (pues la malicia é infidelidad de un tutor no tan inmediatamente daña la seguridad de la república, como la hacienda del pupilo: por lo que mas bien pertenece à las causas privadas) sino que tiene este nombre porque aunque no tengan interés inmediato en esta causa, pueden entablar esta acusacion todos los del pueblo. La razon es: porque importa à la república que los bienes de los huérfanos y desvalidos estén seguros, y al efecto estiende la facultad de acusar hasta las mugeres, aunque por principios generales de derecho les está prohibido presentarse en juicio por otros, y acusar. No obstante: hay algunas personas que están obligadas à acusar à los tutores sospecho-

(1) Dha. ley 2.

sos, de suerte que omitiendolo se harán dignas de reprehension. Tales son los parientes inmediatos y principalmente la madre del pupilo. (1) Pero no lo puede hacer el mismo pupilo; porque los impuberes no tienen persona legítima para presentarse en juicio ni por sí ni por otros. Mas siendo mayor de 14 años puede con consejo y aprobacion de sus parientes escusar à su curador. (2) Finalmente no habiendo quien acuse, y siendo claras las pruebas de la mala conducta del tutor, puede el juez removerle de oficio, luego que le conste de su mal proceder. (3)

Hemos visto quienes pueden acusar à los sospechosos: síguese decir quienes pueden ser acusados como tales. A esto responderemos segun lo dicho en la definicion, *todos los que no cumplen su oficio con la fidelidad y exactitud debida*, ya sean testamentarios dativos y aun legítimos. Esta es la regla en to-

(1) L. 2. tit. 18. P. 6.

(2) Dha. ley 2.

(3) Ley 3.

da su generalidad: pero nuestro derecho especifica algunos casos en los cuales los tutores y curadores pueden ser tenidos por sospechosos y removidos de su cargo. Los principales son: 1.º haber sido tutor ó curador de otros huerfanos y malversano sus bienes ó enseñadoles malas costumbres. 2.º Haberse descubierto despues de nombrados que eran enemigos del pupilo ó de sus parientes. 3.º Negar delante del juez que tienen como suministrarle los alimentos siendo falso. 4.º No haber hecho antes de comenzar la administracion el inventario de los bienes que previene el derecho. 5.º No defender al pupilo y sus bienes asi en juicio como fuera de él; y 6.º tambien, esconderse y no querer parecer cuando supieren que los habian nombrado por tutores ó curadores. (1)

No es suficiente para impedir la remocion, que el sospechoso ofrezca fianzas para la seguridad de la tute-

(1) L. 1. tit. 18. P. 6.

la. (1) Porque segun dijimos ya, mejor es conservar ilesos los bienes, que recobrarlos despues de perdidos. Mas aunque todo lo dicho sea constante en derecho, en la práctica no son removidos tan facilmente los tutores legitimos como los demas. La razon es; porque siendo estos los parientes mas próximos del pupilo, y haciendose infames por la remocion, esta infamia en cierta manera vendria à redundar en el mismo pupilo, principalmente si su madre ó su tio se declarasen infames. Por tanto para evitar estos inconvenientes, no se suele remover al tutor legitimo, sino que se le añade otro con el nombre de curador que administre la tutela. De esta manera se consigue que el legitimo no malverse los bienes, y se les conserve la fama.

El fin de esta acusacion se deduce tambien de la definicion dada. Ordinariamente se intenta para la remocion y para que à arbitrio del juez paguen los daños que hayan causado

(1) Dha. ley 1.

al pupilo. (1) El orden que en esto se debe observar es, que luego que se entabla la acusacion y se contesta el pleito por el tutor, se le prohíbe la administracion, á lo cual llaman los prácticos *suspension*. No se remueve pues desde el principio, porque esta es ya una pena por la cual no debe comenzar, sino que se le suspende, esto es, se le prohíbe la administracion, y se nombra al pupilo un curador interino. (2) Se sigue despues el conocimiento de la causa de la cual aparece, ó que no ha obrado mal y entonces se alza la suspension al tutor y se le absuelve, ó que no ha administrado con fidelidad, y en este caso se le remueve con infamia ó sin ella. Será removido con infamia, si se le prueba dolo ó culpa lata, y sin infamia si solo culpa leve. (3) De este modo se procede por lo regular. Otras veces es castigado el tutor extraordinariamente: esto se verifica cuan-

(1) L. 4. tit. 18. P. 6.

(2) Ley 3.

(3) Ley 4.

do aparece del proceso algun delito de mucha gravedad, v. g. que hubiese maquinado contra la vida del pupilo, y entonces se le impondrá la pena correspondiente. Esta acusacion se debe hacer ante el juez del lugar en que el menor tiene sus bienes, ó ante los tribunales supremos de las audiencias por gozar los huerfanos del privilegio llamado *caso de córte*. (1)

Finalmente cesa ó se acaba esta acusacion. 1.º Por muerte del reo, cuando la causa no se ha sentenciado. La razon es, porque este juicio tiene por objeto la remocion del tutor con infamia y asi se intenta para que se le imponga la pena; y como esta no puede imponerse á un muerto si no es en los casos espresos en derecho, por tanto no se continúa la causa si muere el tutor acusado de sospechoso. Es verdad que se deben resarcir al pupilo los daños que se le hayan causado por la mala administracion del difunto; pero estos los puede repetir con la accion de tutela que

(1) Ll. 20. tit. 23. P. 2. y 2. tit. 18. P. 6.

tiene contra los herederos del tutor, y contra sus fiadores, y los herederos de estos (1) como dijimos arriba. 2.º Espira tambien la acusacion cuando se concluya el tiempo de la tutela antes de la sentencia, porque el que ya no es tutor, no puede ser removido de un cargo que no ejerce. Pero en este caso, como en el antecedente, tiene el pupilo la misma accion de tutela para obligar al que fué su tutor á que le restituya todos los daños y menoscabos que advierta en su hacienda, ya sean estos ocasionados por dolo, culpa lata ó leve cometida en el desempeño de su cargo.

## ADICION.

*Por la actual legislacion y establecimiento de los tribunales en diversas instancias, ha quedado derogado el llamado caso de córte.*

(1) L. 21. tit. 16. P. 6.

## INDICE

## DE LO CONTENIDO

## EN ESTE TOMO.

<i>Advertencia del editor.....</i>	
<i>Prólogo del autor.....</i>	
<i>Compéndio de la historia del derecho de España.....</i>	PAG. 1
<i>Adicion.....</i>	16
TIT. I. <i>De la justicia y del derecho..</i>	19
I.ª parte. <i>De la justicia y sus divisiones.....</i>	<i>id.</i>
II.ª parte. <i>Del derecho ó de la jurisprudencia.....</i>	32
<i>Adicion.....</i>	45
TIT. II. <i>Del derecho natural de gentes y civil.....</i>	46
<i>Adicion.....</i>	64
TIT. III. <i>Del derecho de las personas.</i>	65
§. I. <i>Del estado de libertad.....</i>	68
§. II. <i>Del estado de ciudad.....</i>	82
§. III. <i>Del estado de familia.....</i>	89
<i>Adicion.....</i>	<i>id.</i>

tiene contra los herederos del tutor, y contra sus fiadores, y los herederos de estos (1) como dijimos arriba. 2.º Espira tambien la acusacion cuando se concluya el tiempo de la tutela antes de la sentencia, porque el que ya no es tutor, no puede ser removido de un cargo que no ejerce. Pero en este caso, como en el antecedente, tiene el pupilo la misma accion de tutela para obligar al que fué su tutor á que le restituya todos los daños y menoscabos que advierta en su hacienda, ya sean estos ocasionados por dolo, culpa lata ó leve cometida en el desempeño de su cargo.

## ADICION.

*Por la actual legislacion y establecimiento de los tribunales en diversas instancias, ha quedado derogado el llamado caso de córte.*

(1) L. 21. tit. 16. P. 6.

## INDICE

DE LO CONTENIDO

EN ESTE TOMO.

<i>Advertencia del editor.....</i>	
<i>Prólogo del autor.....</i>	
<i>Compéndio de la historia del derecho de España.....</i>	PAG. 1
<i>Adicion.....</i>	16
TIT. I. <i>De la justicia y del derecho..</i>	19
I.ª parte. <i>De la justicia y sus divisiones.....</i>	<i>id.</i>
II.ª parte. <i>Del derecho ó de la jurisprudencia.....</i>	32
<i>Adicion.....</i>	45
TIT. II. <i>Del derecho natural de gentes y civil.....</i>	46
<i>Adicion.....</i>	64
TIT. III. <i>Del derecho de las personas.</i>	65
§. I. <i>Del estado de libertad.....</i>	68
§. II. <i>Del estado de ciudad.....</i>	82
§. III. <i>Del estado de familia.....</i>	89
<i>Adicion.....</i>	<i>id.</i>

TIT. IV. De los ingenuos.....	94
TIT. V. De los libertinos.....	97
TIT. VI. y VII. Quienes no pueden dar libertad á sus siervos y por qué causa.....	104
TIT. VIII. De la potestad domínica..	112
TIT. IX. De la patria potestad.....	119
TIT. X. De las nupcias ó matrimo- nio.....	127
Adición.....	150
Apéndice de la legitimación.....	151
Adición.....	160
TIT. XI. De la adopción.....	id.
TIT. XII. De los modos porque se disuelve la patria potestad.....	171
TIT. XIII. De la tutela en general...	177
TIT. XIV. De la tutela testamentaria.	185
TIT. XV. De la tutela legítima.....	192
TIT. XVI. Cuando pierden los pa- rientes el derecho á la tutela por la pérdida del estado ó la cabeza....	195
TIT. XVII. XVIII. y XIX. De la tutela legítima de los patronos, de los padres y de los hermanos.....	202
TIT. XX. De la tutela dativa.....	204
TIT. XXI. De la autoridad de los tutores.....	206

TIT. XXII. De los modos de fenecer- se la tutela.....	216
TIT. XXIII. De la curatela y curado- res.....	223
Adición.....	233
TIT. XXIV. De las fianzas que de- ben dar los tutores y curadores....	234
TIT. XXV. De las excusas de los tu- tores y curadores.....	242
TIT. XXVI. De los tutores y curado- res sospechosos.....	250
Adición.....	258



UNIVERSITY OF  
NEW  
MEXICO  
BIOTEC