

desde el dia en que el acreedor amonestó al deudor ante testigos. (1)

El 2.º ejemplo con que se prueba que uno que no es señor, puede muchas veces enagenar, es el del tutor, el cual no siendo señor de las cosas pupilares, sino un puro administrador, con todo puede por lo regular enagenarlas. (2) Dije por lo regular, porque se debe distinguir de bienes muebles, y raices. Las cosas muebles comunes, ó que no se pueden guardar, las puede enagenar por sí; mas las preciosas y todas las raices no las puede enagenar, si no es por utilidad conocida ó por necesidad, como para dotar alguna de las hermanas del pupilo, ó para pagar alguna deuda de consideracion que si se demora, aumentará las usuras: y en estos casos lo debe hacer con decreto del juez, quien en vista de las causas, dará licencia para la enagenacion. (3)

Aunque el recibir uno lo que se

(1) D. l. 42.

(2) Arg. de las leyes 17. y 18. tit. 16. P. 6.

(3) Ll. 18. tit. 16. P. 5. y 60. tit. 18. P. 3.

le debe no sea enagenacion, con todo, hasta esto se halla prohibido al pupilo sin autoridad de su tutor, y decreto del juez, de tal suerte que si alguno le paga algo sin estos requisitos, y el pupilo ó menor pierde ó juega el dinero recibido, tendrá el deudor que pagar de nuevo segun lo dispone el derecho para evitar los muchos inconvenientes que resultan de hacer los pagos á los pupilos y menores. (1)

TITULO IX.

Por que personas se puede adquirir.

PARA entender mas claramente las personas por medio de las cuales adquirimos, se debe establecer ante todas cosas el siguiente axioma. *Adquirimos no solamente por nosotros mismos, sino tambien por medio de nuestras cosas: ninguno duda que sea mio el dinero que resulte del alquiler de mis caballos; que sea mia una ave que ha cazado mi halcon &c. Supuesto lo que*

(1) L. 4. tit. 14. P. 5.

hemos dicho ya de que lo accesorio si-
gue á lo principal, es nuestro todo aque-
llo que se aumenta á nuestra cosa, ó
por beneficio del arte ó de la natu-
raleza.

De aqui podiamos inferir como se
inferia antiguamente, que todo lo que
el siervo adquiere, lo adquiere para
su señor; (1) pero las disposiciones no-
visimas de nuestro derecho mirando con
mas conmiseracion á los siervos, y
deseando proporcionarles con que se
puedan hacer libres, disponen que pue-
dan tener peculio propio trabajando
dos horas cada dia para sí, con tal que
el demas tiempo que hay de sol á sol
lo empleen en servicio de sus señores.
(2) A que se agrega que en el dia ad-
quieren para sí cuanto se les dá, y sus
señores les permiten ganar cuanto se
les proporciona en sus manufacturas,
no haciendo falta en las ocupaciones
á que los destinan.

Lo dicho hasta aqui pertenece á los
verdaderos siervos que en realidad es-

(1) Vease la ley 7 tit. 21. P. 4.

(2) Cédula de 31 de mayo de 1739. Cap. 3.

tan en nuestro dominio. Mas algunas
veces sucede que no tenemos el siervo
como señores, sino como usufructuarios,
esto es, la propiedad del siervo no nos
pertenece, sino el usufructo. Otras veces
un hombre nos sirve, ó lo tenemos por
siervo con buena fe aunque injustamen-
te haya sido reducido á la servidumbre,
v. g. el patriarca José que fue esclavo
de Putifar. Este á la verdad no es sier-
vo, aunque viva en servidumbre, sino
hombre libre. Veamos pues, que se ad-
quiera por medio de estos siervos fruc-
tuarios, ó poseidos con buena fe. Para
esto se ha de distinguir si adquieren al-
go por sus obras, ó si de otra parte
les viene alguna adquisicion. En el pri-
mero y segundo caso adquieren para
el usufructuario ó poseedor de buena
fe. En el tercer caso el siervo fructua-
rio adquiere para el señor de la pro-
piedad, y el hombre libre poseido con
buena fe, adquiere para sí. (1) Los
ejemplos en esta materia son claros, y
no necesitan de especificarse.

Los hijos de familia á mas de los

(1) L. 23. tit. 31. P. 3.

siervos han sido otro medio de adquirir; mas para su inteligencia esplicarémus que cosa sea peculio, como se divide, y que utilidad corresponde al padre en estos bienes. Esta palabra peculio parece derivarse de *pecude* por razon de que en ganados consistia la principal riqueza de los antiguos. Así, el que tenia mucho ganado se llamaba rico, y el que lo contaba con prontitud y facilidad era pobre. Se inventó despues la moneda; pero retuvo el nombre de pecunia que habia tenido antes. De aqui nació, que como lo que daban los padres á sus hijos para que girasen consistia en algun número de ganados, se le llamó peculio. Este hasta el dia, ahora consista en dinero, ahora en efectos, no es otra cosa que un caudal que el hijo de familias, ó el siervo maneja separado de los bienes del padre, ó del señor. De donde se infiere, que un hombre que ni es hijo de familias, ni siervo no puede tener peculio. El peculio de los hijos de familia se divide en militar y pagano; el militar en castrense y cuasi castrense;

y el pagano en profecticio, y adventicio. (1)

El peculio militar es aquel que se adquiere por medio, ó con ocasion de la milicia. Esta ó es armada como cuando uno se emplea en las armas; ó togada como cuando se ejercita en las letras, ó en la judicatura: de aqui nace que un peculio se llama castrense, y otro cuasi castrense. El primero se adquiere en la milicia armada: y el segundo en la togada, à la cual se refiere todo lo que se adquiere no solo enseñando jurisprudencia, sino tambien teologia, medicina &c. y cualesquiera artes liberales; ó ejerciendo los oficios de consejeros, oidores, &c. (2) Hemos dicho en la definicion, que no solo es peculio castrense lo que se adquiere por medio, sino tambien lo que con ocasion de cualquiera de dichas dos milicias percibe el hijo de familias; por lo cual pertenece al peculio castrense no solo la renta, que se le dé por militar, sino las donaciones que el padre le ha-

(1) Ll. 5. 6. y 7. tit. 17. P. 4.

(2) Ll. 6. y 7. tit. 17. P. 4.

ya hecho al partirse á la milicia para su ajuar, caballos, ó armas &c. pues todo esto lo ha adquirido con accion de la milicia armada á que se ha dedicado. (1) Por la misma razon al peculio cuasi castrense no solo pertenece todo lo que el hijo adquiere por las ciencias v. g. los honorarios que como abogado, catedrático, médico &c. recibe, sino tambien los gastos que su padre hace en sus estudios, en libros &c. porque todo esto le viene con ocasion de la milicia togada. (2)

Tal es el peculio militar. Mas todo aquello que el hijo adquiere fuera de esta carrera, pertenece al pagano. En éste; todo lo que viene al hijo de los bienes del padre, ó por contemplacion de este, se llama *profecticio*; si le viene de otra parte v. g. de la madre, ó de un extraño, será *adventicio*, al cual se reduce todo lo que el hijo gana por su propio trabajo, v. g. por las artes mecánicas como por sastre, car-

(1) L. 3. tit. 4. P. 5.

(2) D. 1. 3. en el fin.

pintero &c. y todo lo que adquiriera por fortuna como tesoro &c.

Hasta aqui solo hemos dado las definiciones del peculio castrense, y cuasi castrense; *profecticio*, y *adventicio*. Veamos ahora que derecho tiene el hijo en ellos, y cual el padre. Esto se explica muy bien con varias reglas.

1.^a *El peculio castrense, y cuasi castrense con pleno derecho pertenece al hijo.* (1) De esta regla se infiere, que el padre en estos peculios no tiene ni el dominio, ni el usufructo, ni aun la administracion, sino que el hijo tiene todos estos derechos. (2) Que el hijo en este peculio se tiene como padre de familias; y asi, puede de estos bienes hacer testamento, donar, vender, y enagenar de cualquiera manera. (3)

2.^a *Regla: el peculio profecticio con pleno derecho es del padre, y el hijo no tiene en el otra cosa mas que la administracion para ejercitar su industria.* (4) La razon consiste en que el hijo se reputa

(1) L. 6. y 7. tit. 17. P. 4.

(2) L. 6. ya citada.

(3) L. 3. en el princ. tit. 4. P. 5.

(4) L. 5. en el princ. tit. 17. P. 4.

como una misma persona con su padre, y esto impide que puedan pactar ó contraer: no pudiendo pactar, no puede donar el padre al hijo, ni de consiguiente trasferirle el dominio de las cosas donadas, pues permaneciendo señor del peculio profecticio, y no teniendo el hijo ningun derecho sobre este, siempre vendrian á quedar en poder de aquel.

Todavia es mas útil al hijo el peculio adventicio del cual se establece esta.

3.^a Regla: *la propiedad del peculio adventicio ordinariamente está en el hijo; el usufructo y la administracion en el padre.*

(1) Aquí pues, ordinariamente tiene algo el padre, esto es, el usufructo y la administracion; y algo el hijo, conviene á saber, la propiedad. Esto es lo regular; pero hay varios casos en que sucede de otra manera, y de aquí es que este peculio se divide en ordinario ó regular cuando el hijo tiene la propiedad y el padre el usufructo; extraordinario ó irregular cuando el hijo lo tiene todo y el padre nada. Esto acontece en tres casos. 1.^o Si el hijo acepta una herencia

(1) L. 5. d. tit. y P.

contra la voluntad de su padre. 2.^o Si se dona, ó se lega algo al hijo con la condicion de que nada perciba el padre. 3.^o Si el padre se maneja dolosamente en los bienes de su hijo, pues entonces en pena pierde el usufructo. Lo dicho no impide que haya muy grande diferencia entre el peculio castrense y cuasi castrense, y el adventicio irregular, pues en el castrense y cuasi, el hijo se ha como padre de familias, y puede disponer con entera libertad de él; no así en el adventicio, aunque puede testar de ambos habiendo llegado á la pubertad. (1)

TITULO X.

De los testamentos.

Siguiese ya la materia de testamentos que es utilisima, y cuyo enlace con los títulos anteriores es fácil de descubrirse. Comenzamos arriba á tratar de los modos de adquirir el dominio: los dividimos en naturales y civiles. Los naturales eran tres, *ocupacion, accesion y*

(1) Arg. de la l. 4. tit. 4. lib. 5. de la Rec.

tradición, de los cuales se trató bastante. Dividimos los civiles en singulares cuando se adquiere una cosa singular, y universales cuando se adquiere todo el derecho que otro tenia en sus bienes: v. g. porque al comprador no pasan todos los derechos y obligaciones del vendedor, se llama sucesor singular; pues solo sucede á otro en una cosa: por el contrario, un heredero es sucesor universal, porque todos los derechos y obligaciones del difunto pasan á él. Los singulares dijimos eran cuatro: *prescripción*, de la que ya se trató; *donacion* que impropriadamente se podrá llamar en el dia modo de adquirir; *legado y fideicomiso*, de los cuales se debia ya tratar; pero el órden de las instituciones de Justiniano que nos hemos propuesto seguir, pide, que se trate primero de los testamentos, y despues de los legados y fideicomisos.

La herencia que segun hemos dicho es el único modo de adquirir universal, no es otra cosa que *la sucesion en todo el derecho que el difunto tenia*. Es de dos maneras, ó por testamento cuan-

do uno por el mismo difunto es llamado á la sucesion, ó *ab intestato* cuando la ley llama á alguno á la sucesion referida.

Testamento es *una legitima determinacion de nuestra voluntad por medio de la cual disponemos para despues de nuestra muerte de la hacienda, bienes y derechos que nos competen, con institucion directa de heredero*: ó en terminos mas precisos: *es una justa sentencia de nuestra voluntad que espresa lo que quiere se haga despues de la muerte*. (1) Se dice que es una sentencia ó *determinacion de la voluntad*, porque los que no pueden tener voluntad de disponer de sus cosas como los que no han llegado á la pubertad, no pueden por esto testar: de la misma manera que los que no pueden declararla, como los sordos y mudos, ó fátuos. Debe ser *justa* esta determinacion, esto es, arreglada al derecho y con todas las solemnidades que este ecsige. Se añade: *con institucion directa de heredero*, pues no habiendola no valdrá como testamento,

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

sino como última voluntad ó codicilo. (1)

Dijimos que el testamento es una justa ó legitima determinacion de nuestra voluntad, y como esta se puedè declarar ó por escritura ó por viva voz, si se hiciere del primer modo, se llamarà escrito ó cerrado: si del segundo, será nuncupativo que tambien se llama abierto. (2) Veamos ahora algunos aesiomas que supuesto lo dicho serán claros.

1.º Cualquiera puede testar por escrito ó de palabra, pues ambos modos son aprobados por nuestro derecho. (3)

2.º Se requiere entero juicio en el que hace testamento. (4) Por este defecto no podrá declarar su voluntad el que está destituido de uso de razon y no sabe lo que piensa ni lo que quiere. De aquí se infiere que ni el infante, loco ó mentecato pueden hacer testamento, como veremos despues.

De la misma definicion dada, y en que se dice que el testamento de-

(1) L. 1. tit. 4. lib. 5. Rec. de Cast.

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

(3) Arg. de las Ll. 1. y 2. del dicho tit. y P.

(4) L. 13. tit. 2. P. 6.

be ser una justa y legitima determinacion de nuestra voluntad, nace el aesioma siguiente.

3.º Todas las solemnidades que las leyes cesijen, se deben guardar en el testamento, si una se omite, el testamento es injusto y nulo. Es la razon; porque estas solemnidades las introdujeron las leyes, y estas siendo de derecho público no pueden mudarse por la voluntad de los particulares. Por solemnidades entendemos aquí ciertos requisitos esenciales que las leyes de ninguna suerte quieren que se omitan en el testamento: y la razon por que las cesijen está fundada en que no hay cosa que mas deseen los hombres que adquirir bienes por herencia, por cuya causa nada hay mas espuesto à fraudes y trampas que el testamento: impedir pues, estas maldades intenta el derecho con establecer tantas solemnidades, tantos testigos y tantos requisitos para que no sea facil fingir un testamento, falsificarlo ó corromperlo.

Veamos ahora estas solemnidades.

1.^a es la *unidad de contesto*: se dice hacerse el testamento en un contesto, cuando todas las solemnidades se ponen á un mismo tiempo, de suerte que no se interrumpe el acto de testar, y cuando no se mezcla otro acto extraño. (1) V. g. si el testador comenzando á declarar su última voluntad celebrase algun contrato con uno de los testigos, ó con otro y despues continuase el testamento, no valdria por falta de unidad de contesto. Pero esto se ha de entender razonablemente, pues si al testador ó al testigo les sobreviene algun impedimento breve, v. g. si al testador da un desmayo, ó al testigo se le ofrece alguna cosa urgente y necesaria, por estas interrupciones no dejaria de valer el testamento. (2)

2.^a La otra solemnidad esencial es la *presencia de los testigos*. Estos en el testamento nuncupativo (que comunmente se llama *abierto* porque en él declara el testador por palabra su voluntad) deben ser tres á lo menos, ve-

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

(2) La misma 1. 3. cit.

cinco del lugar donde se hace el testamento, otorgandose ante escribano público, pues si se hiciere sin él, ha de haber por lo menos cinco testigos vecinos si fuese lugar donde los puede haber; y si no pudieren ser habidos cinco testigos ni escribano en el lugar, á lo menos ha de haber presentes tres testigos vecinos del tal lugar. Pero si el testamento fuere hecho ante siete testigos aunque no sean vecinos, ni pase ante escribano teniendo las demas calidades que el derecho requiere, vale el testamento. (1) En el testamento *in scriptis* que comunmente se llama *cerrado*, se quiere para su valor que intervengan en él siete testigos y un escribano, y que asi el testador como los testigos firmen sus nombres encima de él, y si el testador ó alguno de los testigos no supieren firmar, pueden los unos firmar por los otros de manera que sean nueve firmas por todas con el signo del escribano. (2)

(1) L. 1. tit. 4. lib. 5. Rec. de Cast.

(2) L. 2. tit. 4. lib. 5. Rec. de Cast.

Es comun opinion en el dia que no es necesario que los testigos sean rogados. (1) Pero está prohibido ser testigos en los testamentos á los condenados por algun delito grave, como homicidio, hurto, y otros semejantes; á los apostatas de la fe; á las mugeres; á los menores de 14 años; á los siervos, mudos y sordos; á los locos y prodigos á quienes se ha prohibido la administracion de sus bienes. (2) Tampoco puede ser testigo el padre en el testamento de su hijo, y al contrario; ni los que sean establecidos por herederos, ni sus parientes hasta el cuarto grado; (3) en lo cual se encuentra bastante razon, pues si el padre al hacer su testamento llamase á sus hijos para testigos, ó si un testador hiciese que atestiguasen los hijos de su heredero estos serian testigos en su propia causa; á que se añade para el primer caso, que el padre y el hijo se repu-

(1) Vease sobre este punto á Gomez en la ley 3. de Toro núm. 29.

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

(3) Vease la L. 11. tit. 1. P. 6. y la 14. y 16. tit. 16. P. 3. de las que se infiere lo dicho.

tan por una misma persona. Mas no hay prohibicion para que los legatarios sean testigos, ni resultaria inconveniente de que lo fuesen, como tampoco lo hay en que los testigos sean parientes entre sí, no siendolo ni con el testador ni con el heredero.

Otra solemnidad necesaria en los testamentos es, que sean escritos en el papel sellado correspondiente. (1) Para el testamento abierto ó nuncupativo en que haya mejora de tercio y quinto, vínculo ó mayorazgo, fundacion, dotacion ó memoria perpetua, se requiere que sea escrito en papel del sello primero: y los testamentos en que no haya ninguna de las cosas referidas, se deben escribir en el del sello tercero. (2)

Los testamentos cerrados de cualquier género ó calidad que sean, se deben escribir en papel del sello cuarto enteramente sin quedar ninguno que no lo

(1) Vease la l. 44. en el medio titulo 25. lib. 4. Rec. de Cast. que anula todos los instrumentos á que falte esta solemnidad.

(2) Real instruc. de 23. de jun. inserta en ced. de 23. de jul. de 1794 art. 50.

esté, porque ha de servir de protocolo, y los originales y testimonios que se han de dar á las partes despues de abierto dicho testamento, se deben escribir en la misma calidad de papel que está mandado para los testamentos abiertos. (1) Pero si algun testador quisiese escribir su testamento cerrado en papel comun, lo podrá hacer con tal que despues de abierto el escribano saque una copia para el protocolo escrita en pliegos todos del sello cuarto, y habiendola testificado la ponga en el registro con el original, y todos los traslados que diere signados se escribirán segun lo que queda dicho de los testamentos abiertos.

El testamento que tenga las dichas solemnidades aunque en el no haya institucion de heredero, vale segun nuestro derecho en cuanto á las mandas y otras cosas que en él se contienen, y heredará aquel que segun derecho ó costumbre de la tierra habia de heredar en caso que el testador no hubiese hecho testamento. Y si el heredero instituido

(1) Dicha Real instruccion art. 51.

no quisiese heredar, vale tambien el testamento en las mandas y otras cosas que en el se contienen. (1)

En América hay otras disposiciones acerca del papel sellado, y asi en los testamentos nuncupativos el primer pliego ha de ser del sello segundo, y las demas hojas en los protocolos y registros han de ser selladas con el sello tercero, (2) y los testimonios que se dieren no han de llevar mas que el primer pliego sellado con el sello segundo, y los demas en papel comun. (3)

Como para los testamentos cerrados no hay disposicion en las leyes de Indias, se deberá estar á las de Castilla en lo que hace á poderse escribir en papel comun, aunque al tiempo de ponerla en el protocolo se deberá arreglar el escribano á lo mandado en la ley citada acerca de que todos los protocolos deben estar en papel del sello tercero. (4)

Hay tambien otras cosas neces-

(1) L. 1. tit. 4. lib. 5. Rec. de Cast.

(2) L. 13. tit. 23. lib. 8. Rec. de Ind.

(3) La misma ley 13. al párrafo siguiente.

(4) Vase toda la ley 13.

rias en los testamentos, así de parte del testador, como del heredero, por cuyo defecto se pueden viciar, de lo cual se tratará en los títulos siguientes.

ADICION.

1. Sobre ab intestato, albaceas, y quien deba conocer sobre la validacion de los testamentos, se pueden ver en los autos acordados de esta audiencia recopilados por Montemayor y Beleña, los números 8, 9, 23 y 727 del último foliage.

2. Cita el autor dos leyes, una de la Recopilacion de Castilla, y otra de la de Indias (que es la 18. tit. 23. lib. 8.) sobre la necesidad que hay de usar el papel sellado en los testamentos; y esta ley trae el reglamento de dicho papel.

En el día está derogada por un decreto del primer congreso de 6 de octubre de 1823 en el que se da un nuevo reglamento de papel sellado. Allí se dice espresamente que se usará del sello primero (que está en un pliego y su valor es seis pesos) en los testamentos en que los herederos no sean ni descendientes ni ascendientes sino colaterales ó extraños. Se usa-

vá del sello tercero (que está en medio pliego y su valor es dos reales,) en los protocolos y registros de los escribanos ó jueces receptores en que se escriban las diversas clases de instrumentos públicos que otorguen las partes por sus contratos ó negocios; y finalmente se usará del sello cuarto (que también está en medio pliego y es su valor una cuartilla) en los testamentos de los notoriamente pobres.

En el artículo 10. cap. 3. de dicho decreto, se dice que no hará fe en juicio cualquiera documento que no estuviere estendido en el referido papel.

TITULO XI.

Del testamento militar.

No hay cosa mas conforme al buen metodo que despues de considerada una regla, se propongan sus escepciones. Hemos visto las reglas que se deben observar en los testamentos: veamos ahora las escepciones que padecen. Los testamentos, ó son solemnes en los cuales no se debe omitir alguna de las solemnidades esplicadas; ó