

AD A
IÓN G

KD3930

A4

V.2

c.1

ONOM



1080047490

José Angel Benavides.

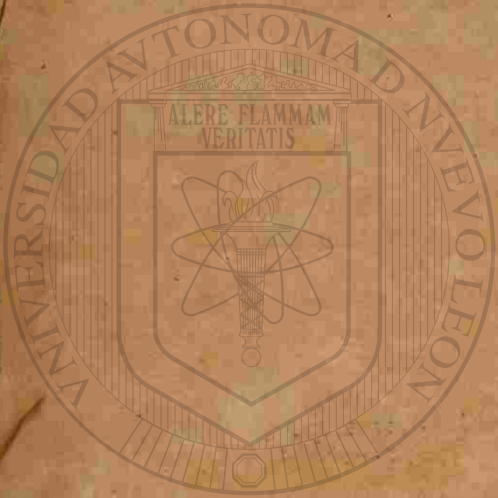


UANL

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

340 (72)



INSTITUCIONES

DE DERECHO REAL

DE CASTILLA Y DE INDIAS.

POR EL DR. D. JOSE MARIA ALVAREZ,

CATEDRÁTICO DE INSTITUCIONES DE JUSTINIANO EN LA UNIVERSIDAD DE GUATEMALA.

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

TOMO II



Capilla Alfonso
MEXICO
Biblioteca Universitaria

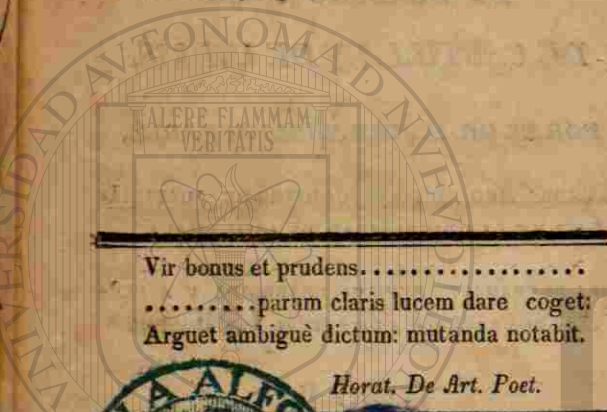
REIMPRESA EN LA OFICINA A CARGO DE RIVERA

1826

23223

54023

KD3930
v. 2 6156A11A



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

Horat. De Art. Poet.



FONDO BIBLIOTECA PÚBLICA
DEL ESTADO DE NUEVO LEÓN



LIBRO II.

DE LAS INSTITUCIONES

DE DERECHO REAL

DE CASTILLA Y DE INDIAS.

TITULO I.

DE LA DIVISION DE LAS COSAS Y DEL MODO
DE ADQUIRIR EL DOMINIO.

PRIMERA PARTE.

De la division de las cosas.

HEMOS concluido ya el primer objeto del derecho: conviene á saber *los derechos de las personas*; síguese el segundo que es *los derechos de las cosas*: pero antes de tratarlo es necesario explicar varias divisiones de las cosas, y primeramente qué entienden por *cosa* los jurisconsultos.

KD3930
AA

v. 2 6156A11A



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

Horat. De Art. Poet.



FONDO BIBLIOTECA PUBLICA
DEL ESTADO DE NUEVO LEON



LIBRO II.

DE LAS INSTITUCIONES

DE DERECHO REAL

DE CASTILLA Y DE INDIAS.

TITULO I.

DE LA DIVISION DE LAS COSAS Y DEL MODO
DE ADQUIRIR EL DOMINIO.

PRIMERA PARTE.

De la division de las cosas.

HEMOS concluido ya el primer objeto del derecho: conviene á saber *los derechos de las personas*; síguese el segundo que es *los derechos de las cosas*: pero antes de tratarlo es necesario explicar varias divisiones de las cosas, y primeramente qué entienden por *cosa* los jurisconsultos.

Cosa en sentido juridico es: todo aquello que existe y trae ó puede traer alguna utilidad al hombre, ahora esté en su patrimonio, ahora fuera de él: así v. g. el agua, el aire &c. son verdaderamente cosas aunque no estén en el patrimonio de alguno. Por el contrario, las cosas que verdaderamente están en nuestro patrimonio se llaman *pecunia*: y así por este nombre no se entiende solamente la moneda acuñada, sino todo aquello que está realmente en nuestros bienes.

Las cosas, unas se dicen de derecho divino y otras de derecho humano. Las primeras son todas aquellas que se consagran ó dedican á Dios ó á otros usos de la iglesia. Estas aunque están en cierto modo exentas del dominio de los hombres, con todo, como existen y son de utilidad á los mismos hombres, se llaman *cosa*. Cosas de derecho humano son, todas las que están en el dominio y comercio de los hombres, v. g. las casas, los campos, las bestias, &c.

Las cosas de derecho divino se dividen en sagradas y eclesiásticas. Sa-

gradadas son todas aquellas que están destinadas al culto público de Dios, como las iglesias, ornamentos, alhajas, &c. (1)

De esta definicion se infiere: 1.º que las cosas sagradas están fuera del dominio de los hombres, pues se tienen como donadas á Dios. (2) 2.º Que no se pueden empeñar, vender, comprar, ni de otro cualquier modo enagenar. Para la observancia de esto se han puesto graves penas por las leyes (3) estableciendo que ni aun los mismos reyes puedan tomar la plata y alhajas de las iglesias, si no es en casos de grande necesidad y obligandose á restituirlas sin diminucion alguna. (4)

Cosas eclesiásticas se llaman aquellos bienes que están destinados para sufragar los gastos que se hacen en las iglesias y para el sustento y manten-

(1) L. 13. tit. 23. P. 3.

(2) L. 12. tit. 23. P. 3.

(3) Leyes 5. y 6. tit. 5. lib. 1. del Fuero Real. Leyes 1. 2. y 4. tit. 2. lib. 1. de la Recop. de Cast. l. 1. tit. 5. lib. 1. de la Rec. de Ind.

(4) Ll. 7. y 9. tit. 2. lib. 1. de la Rec. de Cast.

cion de los ministros. (1) No solamente de las cosas sagradas, sino tambien de estas está prohibida la enagenacion, à menos que se haga por causa de necesidad ó utilidad de la iglesia, ó para algun otro efecto piadoso y siempre con licencia del superior eclesiastico, quien deberá conocer de la causa que motiva la enagenacion. (2)

A las cosas sagradas se reducen en el dia los lugares religiosos, que son los cementerios donde se sepultan los cadáveres de los fieles que han muerto en la comunión de la iglesia católica. (3) Estos lugares son privilegiados y dignos de respeto, no solamente por estar enterrados allí los cuerpos de unos hombres que fueron templos vivos de Dios, sino tambien por estar benditos y destinados por la iglesia solamente à este uso piadoso.

En toda España y en América hay costumbre muy antigua de que los fieles se entierren en las iglesias, y una

(1) L. 12. tit. 28. P. 3.

(2) Ll. 1. y 2. tit. 14. P. 1 y L. 3. tit. 5. lib. 1. del Fuero Real.

(3) Ll. 1. y 2. tit. 13. P. 1.

ley de Indias concede espresamente (1) à los vecinos y naturales de ellas que se puedan enterrar en las iglesias ó monasterios que quisieren, estando dichos lugares benditos. Pero por una real cédula en atencion à las epidemias espermentadas varias veces por el hedor que causan los cadáveres en las iglesias, se mandó (2) que se observen las disposiciones canónicas en la construccion de cementerios segun lo mandado en el ritual romano (3) y una ley de partida: (4) que estos se hagan fuera de las poblaciones en sitios ventilados y cerca de las parroquias, y que solo se esceptúen de esta regla las personas espresadas en dicha ley, y aquellas por cuya muerte deban los ordinarios eclesiásticos formar procesos de virtudes ó milagros, las cuales se enterrarán en las iglesias. Esta disposicion

(1) L. 1. tit. 18. lib. 1. de la Rec. de Indias.

(2) Real céd. de 3 de abril de 1787 y de 27 de marzo de 1789.

(3) Ritual Rom. de Exequiis. Ubi viget antiqua consuetudo sepeliendi mortuos in cœmeteriis retineatur, et ubi fieri potest restituatur.

(4) L. 11. tit. 13. P. 1. Real ced. de 15 de mayo de 1804.

está comunicada á la América por real cédula de 15 de mayo de 1804; pero no se ha puesto en práctica hasta el día sino en pocos pueblos, desde luego por las dificultades que ocurren en la construcción de cementerios.

Las cosas de derecho humano se dividen en comunes, públicas, de universidad y de cada uno. (1)

Cosas comunes.

Así se llaman aquellas cuya propiedad es de ninguno; pero el uso es de todos hasta de los animales, como el aire, la luz y todas las que son inagotables por el uso. (2) Una de estas cosas comunes es el mar, y por eso hablando con generalidad, ninguna nación puede apropiarse con justo título su dominio. La naturaleza no ha concedido á personas determinadas el derecho de las cosas cuyo uso es inocente y preciso y cuya abundancia es suficiente para todos. La tierra no da sin

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

(2) Ll. 2. y 3. tit. 23. P. 3.

el cultivo todas las cosas necesarias o útiles al género humano multiplicado escesivamente; y por eso fue preciso introducir el derecho de propiedad, á fin de que cada uno se aplicase á cultivar la parte que le tocaba y á multiplicar por medio de su trabajo los frutos útiles á la vida humana. Esta es la razón porque el derecho natural ha aprobado su dominio y propiedad juzgandola necesaria para la utilidad pública; pero en la propiedad y uso del mar, que por su naturaleza no es perjudicial á alguno y cuya utilidad es inagotable, parece no haber motivo para adquirirla. Mas siendo permitido renunciar cada uno sus derechos, no hay duda que por medio de tratados se puede adquirir el esclusivo de navegación en algunos mares ó de pesca, cediendo unas naciones en otras los derechos que tienen de la naturaleza. En este caso, están obligadas á observar lo prometido, y tiene facultad la nación interesada de valerse de la fuerza á fin de que se le cumpla lo capitulado. Esto se verifica en nuestros

mares de América, de los cuales compete el dominio á nuestro soberano como lo prueba Solorzano, (1) y está reconocido en los tratados de paz con Inglaterra en Utrech año de 1714 artículo 8. y con Holanda en el mismo año artículo 31. en virtud de los cuales se puede impedir la navegacion en aquellos mares á las naciones extranjeras, especialmente con título de comercio.

Lo dicho acerca de que el dominio no se adquiere por nacion alguna, se debe entender hablando generalmente de todo el mar, mas no de las costas marítimas en cuyo uso se puede decir que admite el mar algunos derechos de propiedad. Nadie puede dudar que las pesquerías asi de perlas como de coral y de peces hechas en las costas, pertenecen á aquella nacion que las habita como bienes anexos á las tierras de su dominio: tendran pues derecho de impedir á otra la utilidad que disfruta.

Ademas de esto, la seguridad de

(1) Solorza de pure Ind. tom. 1.

las costas ecsige que se pueda impedir el acercarse á ellas navios de otra nacion, estorbando por bien del estado este derecho natural de navegacion comun á todas las gentes. Esto se debe entender solo con los navios sospechosos ó que estan en guerra; pero injustamente se usaria esta facultad con los neutrales, y mucho menos con los que arrojados por una tempestad buscan abrigo en los puertos como no sean declarados por enemigos, y aun entonces se les debe tratar con la mayor humanidad.

No se puede determinar á punto fijo hasta que distancia una nacion debe estender sus derechos sobre los mares que la rodean. Lo mas cierto y regular es, que la dominacion de un estado sobre el mar vecino puede estenderse todo lo que necesite para su seguridad y resguardo; pues de otro modo no pudiera apropiarse una cosa comun como es el mar, á no ser con el fin legitimo de su seguridad. Algunas naciones han querido apropiarse el imperio del mar, especialmente en

algunas grandes porciones de él, como los venecianos que se atribuyen el del mar Adriático. El día de hoy todo el espacio del mar à lo largo de las costas que està à tiro de cañon, se mira como parte del territorio de una nacion, y por esta causa un navio apreado bajo del cañon de una fortaleza neutral no se tiene por buena presa. (1)

Cosas públicas.

Se llaman aquellas cuyo uso pertenece à todos los hombres y la propiedad solo al principe, como por ejemplo, los rios, los puertos y los muros y puertas de las villas y ciudades. (2)

De esta definición se sigue: 1.º que de las cosas públicas pueden usar no solo los naturales del pueblo, sino tambien los extranjeros. (3) 2.º Que aunque las riberas de los rios sean de aquellos cuyas son las heredades allí situa-

(1) Olim. Derecho publico tit. 1. cap. 22.

(2) L. 6. tit. 28. P. 3. Ll. 20. tit. 32. P. 3. y 3. tit. 5. lib. 6. Rec. 3. tit. 6. lib. 7. de la misma Rec. de Cast.

(3) Dicha ley 6. tit. 28. P. 3.

das, sin embargo, no puede impedirse el que cualquiera ligue à los arboles de ellas sus embarcaciones y haga cuanto le convenga à su arte ú oficio. (1)
3.º Que no se puede edificar en el rio cosa que impida la navegacion, ni cosa alguna en los caminos públicos, plazas, calles &c. (2)

Cosas de universidad ó de concejo.

ESTAS son aquellas que pertenecen al comun de alguna ciudad ó villa separadamente. (3) Se dividen en unas que son de uso comun à todos los vecinos como los ejidos y plazas de las ciudades, y de estas no pueden usar los moradores de otro lugar contra el defendimiento de los ciudadanos; (4) y otras que solo se administran por el ayuntamiento ó concejo de la ciudad; y sus frutos se destinan para utilidad del público. Las primeras se llaman

(1) Dicha ley 6.

(2) Ll. 22, 23 y 24. tit. 32. P. 3. L. 12. tit. 7. lib. 4. Rec. de Ind.

(3) L. 2. tit. 28. P. 3.

(4) L. 9. tit. 28. P. 3.

ejidos, términos públicos, montes, dehesas ó pastos de las ciudades, villas y lugares. Las segundas constituyen el patrimonio de la ciudad, y son los *propios, arbitrios y pósitos*, á que se agregan en América los *censos y bienes de comunidad*.

Ejidos. Una de aquellas cosas cuya propiedad pertenece al comun, y el uso á cada uno de la ciudad son los ejidos. Ejido se llama el campo que está á la salida de las ciudades, villas, pueblos y lugares, el cual no se planta ni se labra y es comun á todos los vecinos. Su estension debe ser tanta, cuanta se necesite para que en el caso de que crezca la poblacion siempre quede bastante espacio para que la gente se pueda recrear, y salir los ganados sin hacer daño. (1) Unas leyes señalan una, otras dos leguas á los ejidos; pero esto debe ser arbitrario con atención á las circunstancias de la grandeza de las ciudades, número de sus habitantes, &c.

Montes y terminos públicos. En el derecho de Castilla se encuentran mu-

(1) L. 13. tit. 7. lib. 4. de la Rec. de Indias.

chas disposiciones acerca de los montes y términos de las ciudades y villas, en atención á ser muchas las utilidades que resultan de su conservación, pues de ellos se ha de sacar la madera necesaria, asi para construir navios, como para leña. En esta virtud está mandado que los arboles no se corten por el pie, para que puedan volver á criar, y que los campos sirvan para pasto comun de los ganados. (1) Que en los terminos de las villas y lugares se planten montes y pinares donde haya mejores pastos y abrigos para los ganados y abasto de leña y madera con el fin de que los vecinos se puedan aprovechar de todo. (2)

Las leyes de Indias del mismo modo establecen que los montes, pastos y aguas sean comunes á todos los vecinos de cada lugar, para que los puedan gozar libremente y traer allí sus ganados. Asimismo, que los mon-

(1) Casi todo el tit. 7. del lib. 7. de la Rec. de Cast. pero especialmente la L. 7.

(2) L. 15. tit. 7. de la Rec. de Cast.

tes de fruta silvestre sean comunes y cada uno la pueda coger y llevar las plantas para poner en sus heredades.

(1) Está mandado tambien que se hagan plantar arboles como sauces &c. para que la tierra esté abastecida de leña segun el número de indios que hubiere. Se concede espresamente á los indios que puedan cortar maderas de los montes para su provecho, y solo se prohíbe que los talen de forma que no puedan crecer y aumentarse; (2) y se manda á los visitadores cuidar que los indios planten arboles. (3)

Propios y arbitrios. Las cosas que pertenecen solo al concejo de la ciudad, se llaman *propios y arbitrios*. Por este nombre entendemos: *las heredades, casas ù otro cualquier genero de hacienda que tienen las ciudades para los gastos públicos.* (4)

(1) Ll. 5. 7. y 8. tit. 17. lib. 4. de la Rec. de Indias.

(2) Ll. 8. 14. y 16. tit. 17. lib. 4. de la Rec. de Ind.

(3) L. 9. tit. 31. lib. 2. Rec. de Ind.

(4) Ll. 1. y 2. tit. 13. lib. 4. Rec. de Ind. y todo el tit. 5. lib. 7. Rec. de Cast.

De estas heredades ó bienes raíces se sacan unos caudales, que en realidad de verdad se deben mirar como cosa sagrada por estar destinados á objetos de utilidad pública. (1)

Los gastos que se deben hacer con ellos, unos son *ordinarios* y se llaman *cargas fijas y ordinarias*, y otros *extraordinarios*. Los ordinarios son los que se hacen todos los años, asi en la administracion de justicia, como en las fiestas votivas de los patronos de la ciudad, honorarios y salarios de capellan, asesor, escribanos, porteros, alcaldes, medico, cirujano, maestro de primeras letras &c. y paga de usuras ó redivos de capitales que reconozcan sobre sí los caudales de propios. Los gastos extraordinarios son aquellos que ocarren impensadamente, como matanza de langosta, peste &c. (2)

Para arreglar los gastos de propios, se debe conocer previamente su verdadero valor y el de las obliga-

(1) Ll. 2. y 5. tit. 13. lib. 4. Rec. de Ind. Real instr. de 30. de jul. de 1760.

(2) Art. 3. de la cit. instr. de 30 de jul. de 1760. y Real Ordenanza de Intend. art. 34.

aciones y cargas ordinarias á que están afectos, procurando que la asignacion de cantidades que se deben invertir, se haga con respecto al valor del total de los fondos, y siempre quede algun sobrante anual que sirva á redimir sus censos si los tuviere, y á otros fines como luego veremos. (1)

Sacado el importe de los gastos ordinarios, se debe señalar una cantidad fija anual para los gastos extraordinarios y menudos que ocurran; y cuando dicha cantidad asignada no alcance para sufragarlos, puede el ayuntamiento de la ciudad por sí, gastar hasta seis mil maravedis, (*) que hacen veinte y dos pesos medio real de plata. Pero siendo necesaria mayor cantidad, se debe consultar á la real audiencia, y con su aprobacion (y no de otra suerte pena de

(1) Art. 10. y 17. de la instr. de 30 de jul. de 1760. Real ced. de 15 de sept. de 1767.

(*) Por RR. Ord. de 14 de sept. de 1789. y de 11 de nov. de 1787. se deroga el art. 34. de la Ord. de Int. y se manda practicar lo dispuesto por las leyes de Indias y por la Real ced. de 12 de jul. de 1840.

sobrarse de las personas y bienes de los que libraren) se hará el libramiento.

Los sobrantes de propios á mas de servir para los gastos que hemos dicho, están destinados á diversos objetos bastante interesantes. Estos son 1.º descargar ó extinguir los arbitrios establecidos para socorrer las urgencias, por ser muy gravosos al público. (1) 2.º La manutencion de los reos pobres que debe costearse de dichos sobrantes. (2) 3.º El costo del papel sellado que se consume en las causas de pobres y de oficio. (3) 5.º Fomentar y sostener el establecimiento y propagacion de la vacuna, (4) y 5.º comprar fincas útiles con que se aumenten los fondos. (5)

Para que estos no se inviertan en cosas menos útiles ó no necesa-

(1) Art. 47. de la Orden. de Int.

(2) Real ced. de 10. de dic. de 1792.

(3) Real ced. de 25 de feb. de 1802.

(4) Real orden de 1.º de sept. de 1803. Item. de 8. del mismo mes, y reglamento impreso para este fin.

(5) Art. 47. de la Real Ordenanza de Int.

rias, está prohibido gastar de los propios en recibimientos de obispos, presidentes, ni oidores, pena de no recibirse en cuenta á los cabildos lo que así gastaren. (1) No solo no deben hacerse gastos, ni imponerse cargas á los propios que no estén fundadas en leyes y reales disposiciones; (2) pero aun las que lo estén deben moderarse ó escluirse siendo excesivas, para que el fondo de estas rentas pueda sufragar y cubrir los principales y mas interesantes objetos á que está destinado. Así lo dispone el art. 33 de la Real Ordenanza de Intendentes mandada observar en esta ciudad de Guatemala: (3) con solo la diferencia establecida por varias reales cédulas (4) de que el gobierno y superintendencia de estos ramos, pertenezca privativamente á las reales audiencias á donde deberán ocurrir los intendentes

(1) L. 4. tit. 13. lib. 4. Rec. de Ind.

(2) Real ced. de 15 de mayo de 1784.

(3) Real ced. de 10 de jun. de 1801. y real ord. de 25 de jun. de 1805.

(4) Real de ord. 14 de sept. 1783. y ced. de 20 de agosto de 1791.

como corregidores, y no á las juntas superiores de real hacienda, quedando derogada en esta parte la ordenanza de intendentes. (1) Conforme á estas disposiciones que están en practica, se ocurre á la real audiencia para cualquier gasto que exceda de la suma prevenida. (2)

Finalmente para el aumento y mejor administracion de los propios de las ciudades, está mandado que las rentas ó fincas de ellos se rematen y den en arrendamiento á los mejores postores; que al remate asista un oidor y el sindico del ayuntamiento, (3) y que se dé cuenta á S. M. de todo cuanto ocurra, por el ministerio de gracia y justicia. (4)

Arbitrios se llaman aquellos derechos que las ciudades ó pueblos que carecen de suficientes propios, imponen con facultad real sobre el

(1) Art. 6. 28. y 34.

(2) L. 2. tit. 13. lib. 4. Rec. de Ind. y R. ced. de 12 de jul. de 1640. que dobla la cantidad señalada por la L. de Ind.

(3) L. 3. tit. 13. lib. 4. Rec. de Ind.

(4) Real ord. de 11 de nov. de 1787.

vino, aceite, azucar, carnes y demas cosas de necesidad, esigiendolos de los consumidores y compradores hasta en competente cantidad, para satisfacer las cargas y gastos que contra sí tienen. (1)

De los arbitrios, unos se conceden por cierto tiempo, y otros perpetuamente; y de ellos se debe decir lo mismo que de los propios pues tienen un mismo fin y destino.

De los positos.

Posito se llama un acopio de granos que se hace en las ciudades para abasto del pueblo, y para proporcionar semilla á los labradores.

Por derecho de Indias está mandado (2) que de los positos de las ciudades y poblaciones no se puedan sacar granos, si no se ofreciere tan urgente necesidad que sea preciso valerse de ellos, y en estos casos debe ser luego pagado su valor, pa-

(1) Real decreto de 30 de julio de 1760.

(2) L. 11. tit. 13. lib. 4. de la Rec de Ind.

ra que comprados y restituidos en otra tanta cantidad, estén siempre enteros y sean socorridas las necesidades que se ofrecieren.

Censos y bienes de comunidad. (1)

Estos son unos bienes que resultan del trabajo personal de los indios, á quienes se les señala en las tierras de sus respectivos pueblos una parte que labren, para que de sus frutos se junten los capitales que llaman *bienes de comunidad*.

Todo lo que resulta de esta hacienda, se debe poner en una arca capaz y segura; y habiendo cantidad considerable, se ha de imponer á premio por la real audiencia á quien se encarga el cuidado de reconocer la plata que haya en la caja de comunidad. (2)

Los fines y destinos mas laudables que se pueden dar á estos bie-

(2) Tit. 4. lib. 6. de la Rec. de Ind.

(1) Ll. 4. y 5. tit. 4. lib. 6. Rec. de Indias; y Real orden de 14 de sept. de 1788.

nes que solo se pueden invertir en utilidad de los indios, serán para gastos de misiones, para desarraigar la idolatría de los indios, para casas de reclusion, y para seminarios en que se eduquen los hijos de caciques. (1)

De las cosas de cada uno.

Las cosas de cada uno son aquellas que están en el patrimonio de cada particular, ó verdaderamente como si en la actualidad tiene dominio en ellas, ó por ficción como cuando el derecho finge que una cosa está en dominio no teniendo señor alguno, v. g. la herencia yacente. (2)

Otra division hay de las cosas en corporales é incorporales, y de ella se tratará en el tit. 2.º Las primeras son las que se pueden ver y tocar; estas se dividen en muebles y raíces: muebles son las que pueden moverse por sí mismas, ó pueden ser movidas por el hombre de un lugar

(1) Ll. 14. y 16. tit. 4. lib. 6. Rec. de Ind.

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

á otro; y raíces son las que no se pueden mover naturalmente ni por sí ni por los hombres. (1) Las cosas incorporales son las que ni se pueden ver ni tocar, y son los derechos y acciones. (2)

II. PARTE.

Del modo de adquirir el dominio.

Como el dominio es la primera especie de derecho en la cosa, antes de tratar de él y del modo de adquirirlo, es necesario explicar 1.º que sea *derecho en la cosa, y á la cosa, y* cuantas especies haya de uno y otro. 2.º Que es dominio y como se divide. 3.º Que cosa es modo de adquirir dominio. 4.º Como se dividen y cuantos son los modos de adquirirlo.

(1) L. 4. tit. 29. Part. 3.

(2) L. 1. tit. 30. Part. 3.

nes que solo se pueden invertir en utilidad de los indios, serán para gastos de misiones, para desarraigir la idolatría de los indios, para casas de reclusion, y para seminarios en que se eduquen los hijos de caciques. (1)

De las cosas de cada uno.

Las cosas de cada uno son aquellas que están en el patrimonio de cada particular, ó verdaderamente como si en la actualidad tiene dominio en ellas, ó por ficción como cuando el derecho finge que una cosa está en dominio no teniendo señor alguno, v. g. la herencia yacente. (2)

Otra division hay de las cosas en corporales é incorporales, y de ella se tratará en el tit. 2.º Las primeras son las que se pueden ver y tocar; estas se dividen en muebles y raíces: muebles son las que pueden moverse por sí mismas, ó pueden ser movidas por el hombre de un lugar

(1) Ll. 14. y 16. tit. 4. lib. 6. Rec. de Ind.

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

á otro; y raíces son las que no se pueden mover naturalmente ni por sí ni por los hombres. (1) Las cosas incorporales son las que ni se pueden ver ni tocar, y son los derechos y acciones. (2)

II. PARTE.

Del modo de adquirir el dominio.

Como el dominio es la primera especie de derecho en la cosa, antes de tratar de él y del modo de adquirirlo, es necesario explicar 1.º que sea *derecho en la cosa, y á la cosa, y* cuantas especies haya de uno y otro. 2.º Que es dominio y como se divide. 3.º Que cosa es modo de adquirir dominio. 4.º Como se dividen y cuantos son los modos de adquirirlo.

(1) L. 4. tit. 29. Part. 3.

(2) L. 1. tit. 30. Part. 3.

Que sea derecho en y á la cosa.

El primero es una facultad que compete al hombre en una cosa cierta y determinada sin referencia á persona alguna. (1) El 2.º por el contrario es la facultad que tiene una persona contra otro para obligarla á que le dé ó le haga alguna cosa. (2)

Las diferencias de uno y otro derecho son claras. 1.º Cuando tengo derecho *en la cosa*, la cosa es la que me está obligada y cuando tengo derecho *á la cosa* la persona.

2.º Por el derecho *en la cosa*, pido lo que ya es mio; y por el derecho *á la cosa* pido que se me dé ó se me haga aquello que otro está obligado á darme ó hacerme.

3.º Del derecho *en la cosa*, nacen acciones reales contra cualquier poseedor, y del derecho *á la cosa* solamente personales contra aquella per-

(1) Arg. de la l. 13. tit. 11. P. 2.

(2) Arg. de la l. 23. tit. 5. P. 5.

sona determinada con quien traté. Con un ejemplo que se ponga de alguna cosa en que se tiene dominio perdida ó hurtada, y otra comprada y no entregada, se verá clara la distincion de ambos derechos.

De derecho *á la cosa*, no hay mas que una especie, y es la *obligacion*; pero de derecho *en la cosa* hay varias. Cuátro se enumeran comunmente, *dominio, herencia, servidumbre y prenda*.

§. II.

Que sea dominio y sus divisiones.

La primera especie de derecho en la cosa, dijimos que se llamaba *dominio*: este es el *derecho en una cosa corporal, del cual nace la facultad de disponer de ella y de vindicarla, si no es que lo impida ley, convencion, ó voluntad de testador*. (1)

Se dice *derecho en la cosa*, porque al señor le está de tal suerte obligada la cosa, que la puede estraer de

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

cualquiera poseedor. Debe ser en cosa precisamente *corporal*, porque las incorpóreas no están en *dominio*, sino en los *bienes*. Se dice además: *del cual nace la facultad de disponer de la cosa y de vindicarla*, por que el que es señor tiene en primer lugar la facultad de disponer de sus cosas, usando de ellas con esclusión de cualquiera otro: la puede donar, vender y transferir á otro como *quisiere*; y tiene en segundo lugar la facultad de vindicarla, esto es, estraerla de cualquiera poseedor. Pero con todo para varios casos se añade en la definición: *si no es que ley, convencion, ó voluntad de testador lo impida*. *Ley*, v. g. esta impide que vindiquemos las cosas que ya nos han prescrito. *Convencion*: esta prohíbe al feudatario enagenar el fundo aunque sea dueño de él. *Voluntad de testador*; y esta finalmente prohíbe la enagenacion de una cosa dejada por el testador con la condicion de nunca enagenarla.

El dominio se divide en *pleno y menos pleno*. El primero es cuando la

facultad de disponer de la cosa y la de usarla están juntas en una persona. El segundo se dá cuando estos dos derechos están separados, de suerte que una persona tenga el uno y otra distinta el otro. Por ejemplo: en el feudo, el vasallo tiene el derecho de percibir las utilidades de la cosa; pero no la de disponer á su arbitrio de ella, sino que está dividido entre el señor y el vasallo, de manera que no puede este enagenar el fundo ni hipotecarlo sin consentimiento del señor: luego ninguno de los dos tiene dominio pleno, sino menos pleno.

Este dominio menos pleno, se divide en directo y útil: aquel que tiene la facultad de disponer de la cosa, tendrá el dominio directo; y aquel que disfruta solamente sus utilidades, el dominio útil. El enfiteusis nos servirá de ejemplo: el señor del enfiteusis tiene el dominio directo, y el enfiteuta el dominio útil (1) Veamos ahora.

(1) L. 1. tit. 26. R. 3.

Que cosa es modo de adquirir dominio

Es digna de notarse la distincion que se encuentra entre el *titulo* y el *modo de adquirir dominio*; y debe tenerse presente para todo lo que se tratará adelante. Todo dominio tiene dos causas, *procsima* y *remota*. Procsima es aquella por la cual sin mediacion de otra cosa se consigue el dominio, y remota se llama la que debe preceder y mediante la cual se adquiere, v. g. si yo compro una alhaja de Ticio y este me la entrega, adquiero dominio. En este caso la tradicion es causa procsima, y el contrato de compra es la remota. La causa procsima se llama *modo de adquirir*, y la remota *titulo*. (1)

Los efectos de estas dos cosas son tambien diferentes. 1.º Por el titulo solamente se adquiere derecho á la cosa, y por el modo de adquirir, en la cosa. 2.º El titulo solo da accion *personal* contra aquel con quien tratamos,

(1) Ll. 46. y 47. tit. 23. P. 3.

y el modo de adquirir la dá *real* contra cualquiera poseedor. Sirva pues de regla general: *que el titulo nunca dá derecho en la cosa, si no se junta la tradicion*. Luego aunque yo haya comprado alguna cosa ó se me haya donado ó legado, no soy señor de ella antes que se verifique la entrega que es la que solamente transfiere el dominio ó el derecho en la cosa, siempre que precede titulo hábil para transferir el dominio: luego ni el titulo basta sin tradicion, ni la tradicion sin titulo.

Esto no obstante se encuentran algunos casos en los cuales se dá derecho en la cosa sin tradicion, por no ser esta posible.

1.º En la hipoteca. Esta no se entrega al acreedor como las otras prendas, y sin embargo produce derecho en la cosa por solo el pacto sin tradicion, verificandose que el acreedor tiene accion real, aunque no haya recibido ni posea la cosa hipotecada.

2.º En las servidumbres negativas. Las servidumbres son derechos, y estos son cosas incorporales en que por

su naturaleza no se puede verificar tradicion, sino *cuasi tradicion*. Esta *cuasi-tradicion* consiste en el ejercicio del uno, y la tolerancia del otro: v. g. si uno me prometió servidumbre de camino por su fundo, y yo en esta virtud, voy, ando y ejercito la dicha servidumbre, entonces se dirá que esta se me *cuasi entregó*. Pero esto solamente puede tener lugar en las servidumbres afirmativas, como de goteras, camino, desagüe y otras semejantes. Mas no en las que se llaman negativas, por que en ellas es imposible que se verifique tradicion ni *cuasi-tradicion*: v. g. si yo prometo á Ticio la servidumbre de no levantar mis paredes, en este caso no tengo que entregarle, ni él que ejercitar, sino que por solo el pacto que precedió tiene derecho en la cosa: es decir, con solo título.

3.º La cosa adjudicada por los tres juicios divisorios; y así en estos por el hecho de adjudicarse la cosa, y sin que preceda tradicion, se adquiere el dominio. Luego al coheredero ó al señor del fundo comun ó al vecino de cuyo

fundo se señalan los límites, pasa el derecho en la cosa al punto que se le adjudica.

4.º Las adquisiciones por testamento, son la última escepcion; y la razón consiste, en que la tradicion se debe hacer por el señor, y el muerto no puede entregar cosa alguna. Luego el heredero lo será sin tradicion.

§. IV.

Como se dividen y cuantos son los modos de adquirir el dominio.

Los modos de adquirir el dominio unos tienen su origen del derecho natural y de gentes, y estos son comunes á todas las naciones: otros se derivan del derecho civil, y se diferencian según las leyes de los pueblos. La tradicion v. g. es un modo de adquirir comun á todas las naciones: por el contrario la prescripción, ó no la conocen ó á lo menos guardan sobre ella distintas reglas; de donde se infiere que la tradicion es un modo de adquirir por

derecho de gentes, y la prescripción por derecho civil.

Los modos naturales de adquirir unos se llaman *originarios* y otros *derivativos*. Si adquirimos una cosa que no está en dominio de otro, como una fiera, un pez &c. será modo de adquirir originario: pero si una cosa que está en dominio de otro se nos transfiere y entrega por su dueño, será derivativo, v. g. el comprador que adquiere el dominio de la cosa comprada. En los mismos modos originarios se encuentra todavía una subdivisión oportuna: porque ó adquiero la sustancia misma de la cosa, ó su aumento y frutos: en el primer caso será un modo de adquirir perfectamente originario, y en el segundo será menos perfecto: por ejemplo, si alguno coge un enjambre de abejas en el monte y lo encierra en su colmena, este modo de adquirir será perfectamente originario, porque lo que ha adquirido es la sustancia misma de las abejas, habiéndose después también dueño de la colmena que fabrican, y aquí tenemos otro modo de adquirir originario aunque mod

no tan perfecto como el primero á causa de que por él se ha hecho dueño del aumento y frutos de la cosa.

Con lo dicho se infieren claramente los modos naturales que hay de adquirir. Uno es originario perfecto, y este se llama *ocupacion*. Otro hay originario menos perfecto, y este se llama *accesion*; y otro derivativo que se llama *tradicion*.

§. V.

De la ocupacion, primer modo de adquirir el dominio.

LA ocupacion es la *aprension real de una cosa corporal de ninguno con animo de adquirirla para sí*. (1) Se llama *aprension real* la ocupacion, y esta debe ser tal, cual lo requieran las circunstancias de la cosa: v. g. que coja la fiera, que ponga los pies en el fundo &c. Pero se añade *animo de adquirirla para sí*, por que si falta este, por la sola aprension nada se adquiere, de la misma suerte que el animo solo no basta

(1) L. 17. tit. 28. P. 3.

sin la aprension: si un loco v. g. levanta del suelo una piedra preciosa, no la hace suya porque le falta el animo de adquirir: por el contrario si uno desde lejos ve una piedra preciosa en la ribera y tiene intencion de cogerla, no la hace suya si otro que estaba mas cerca la levanta primero y la aprende: se añade finalmente, que la cosa debe ser *de ninguno*, porque si ya tuviere dueño será hurto y no ocupacion. De aqui nacen tres axiomas que sirven en toda la materia de ocupacion.

1.º *Las cosas que son de ninguno ceden al primero que las ocupa.* (1) Pero una cosa puede ser de ninguno ó por naturaleza como una fiera en el monte, ó por tiempo, como un tesoro de cuyo dueño no hay memoria: ó porque su primer dueño ha querido abandonar su cosa y escluirla del número de sus bienes. (2) Para todos estos casos vale el axioma sobredicho: *Lo que es de ninguno cede al primero que lo ocupa.*

2.º *La ocupacion se debe componer de*

(1) L. 5. tit. 28. P. 3.

(1) Ll. 49. y 50. tit. 28. P. 3.

animio y aprension ó acto corporal. (1) La razon es, porque mientras que la cosa no se toma, no hay motivo para decir que pertenece mas á uno que á otro, y si no hay animio ó intencion de apropiarsela, el acto no es humano y asi no puede producir efecto alguno civil. (2)

3.º *Aquellas cosas cuya posesion no se puede conservar, tampoco se pueden ocupar.* Y es la razon, porque de nada aprovecha haberlas tomado si no se puede retener la posesion.

Las especies que hay de ocupacion son tres: *caza, ocupacion bélica é invencion.* Caza se llama la aprension de bestias fieras, y como estas ó son cuadrúpedos, ó aves, ó peces, de aqui nace que la caza es de tres maneras: caza, propiamente dicha, que es la de cuadrúpedos: caza de aves, y pesca de animales del agua. (3) *Ocupacion bélica,* es la aprension de las cosas de los enemigos en la guerra; y la *invencion* que es de cosas muebles, que ó no han

(1) L. 49. tit. 28. P. 3.

(2) Ll. 17. 20. 49. y 50. tit. 28. P. 3.

(3) L. 17. del mismo tit.

estado en dominio de alguno, ó si lo estuvieron, fueron abandonadas por su dueño. Asi se adquieren las perlas y otras piedras preciosas, que arroja el mar.

La primera especie de ocupacion dijimos que era la *caza*; y siendo esta de bestias fieras, veamos cuales lo sean, de que manera se hacen nuestras, y como perdéremos su dominio.

Las bestias se dividen en mansas, fieras, y amansadas. Fieras son aquellas que no se cojen sino por fuerza, y cuando se van no tienen ánimo de volver: v. g. un pajaró, un león. Mansos son los animales domesticos que van y vuelven como los perros, gallinas, &c. Amansados son aquellos que por su naturaleza son salvages, pero criados en las casas se amansan como los pavos, las palomas monteses &c. (1) De todas estas especies de animales solo los feroces se pueden ocupar por la caza, (2) no los mansos ni amansados.

Como hemos dicho que las cosas

(1) Ll. 17. 19. 23. y 24. tit. 28. P. 3.

(2) L. 22. tit. 28. P. 3.

que son de ninguno ceden al primero que las ocupa, se infiere claramente que las fieras luego que alguno las coje las hace suyas. (1) Pero esto se ha de entender conforme á derecho. Se supone que las fieras son cosas de ninguno, lo cual, atendido el derecho de gentes no tiene duda; pero como en todos los reinos que han sido adquiridos por conquista ó por sucesion hereditaria, nada hay que sea de ninguno, sino que todo se halla ocupado por el príncipe, de aqui nace que en el reino de España que ha sido adquirido de los modos dichos, todo está ya en el dominio del rey, y asi puede privar á los particulares del uso de todas aquellas cosas que en otras circunstancias fueran de ninguno, ó imponer leyes que lo arreglen.

Segun este principio está concedida la facultad de cazar y pescar con varias limitaciones. 1.^a Que no se caze en tiempo de cria. 2.^a Que no se armen cepos grandes en los montes. 3.^a Que para la pesca no se use de cal vi-

(1) L. 17. tit. 28. P. 3.

va, tósigo, veneno ú otras cosas perjudiciales. (1)

En América hay otra especie de pesca, que es la de las perlas. Esta se halla concedida por el rey tanto á los españoles como á los indios, (2) pagando á la real hacienda el quinto de las que pescaren y sacando licencia del gobernador y oficiales reales de la provincia, pero las que fueren muy buenas deben ser para el rey por su justo precio. (3) La justicia de estos derechos se infiere de lo dicho arriba. Quede pues asentado, que todo aquel que tuviere derecho de pescar ó cazar, hace suyo lo que prende, porque lo que es de ninguno cede al primero que lo ocupa.

Del mismo principio se infiere que se pueden cojer las fieras aun en el fundo ageno; (4) pero esto se entiende con dos consideraciones: la primera, que no haga daño á las siembras, y la segunda que no se lo prohiba el señor

(1) Ll. 1. 2. 6 y 9. tit. 3. lib. 7. Rec. de Cast.

(2) L. 29. y 30. tit. 25. lib. 4. Rec. de Ind.

(3) L. 29. tit. 25. lib. 4. Rec. de Ind.

(4) L. 17. tit. 26. P. 3.

del fundo; porque si se lo impidiere como puede en virtud del dominio que tiene en su cosa, tanto quanto cazare debe ser del dueño del fundo que le impidió la entrada ó la caza. (1)

Por la razon contraria no se pueden cazar las bestias mansas ni amansadas, pues estas tienen dueño y será hurto el aprenderlas. (2)

Aunque hemos dicho arriba que para la ocupacion es absolutamente necesaria la aprension, con todo por nuestro derecho el que hirió la fiera es dueño de ella mientras la sigue, y ningún otro la puede prender y ocupar como disponia la ley de partida, (3) teniendo desde luego en este caso por ocupada ya por el cazador. (4) La regla que tenemos para saber hasta quando permanecerán en nuestro dominio las fieras, es esta: mientras que la fiera no ha recobrado su natural libertad, es nuestra; si se huye y escapa de la guar-

(1) L. 17. tit. 26. P. 3.

(2) L. 24. tit. 23. P. 3.

(3) L. 21. tit. 23. P. 3.

(4) L. 16. tit. 4. lib. 3. del Fuero Real.

da en que la teníamos, la perdemos y es del que primero la coja. (1)

Por lo que hace á las amansadas, serán nuestras mientras conservaren la costumbre de ir y volver à la casa de su dueño; pero si la perdieren y ya no volvierén, perderá su dueño el dominio que en ellas tenia y las podrá ocupar cualquiera que las encuentre. (2)

La segunda especie de ocupacion dijimos que se llamaba *ocupacion bélica*, y es la aprension de las cosas de los enemigos en guerra, (3) por fingir el derecho que son de ninguno respecto del otro enemigo. De aqui se deducen varias conclusiones.

1.^a Todo lo que se toma de los enemigos se hace nuestro. (4) Decimos que lo que se toma de los *enemigos*, porque este derecho no tiene lugar en las guerras civiles.

2.^a El enemigo tiene derecho de recobrar sus cosas que le han sido to-

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

(2) La misma l. 23. del dicho tit. al fin.

(3) L. 20 tit. 23. P. 3.

(4) L. 1. tit. 26. P. 2.

madas, pues nosotros somos tambien enemigos suyos, y asi si las recobra no comete hurto.

3.^a El dominio de las cosas quitadas á los enemigos se adquiere habiendolas tenido una noche ó puestolas en seguridad durante el dia, y con las mismas condiciones adquieren ellos el de las cosas que nos toman; de suerte que si otro de los nuestros se las quita despues de haber trasnochado en su poder ó despues de que ellos las hayan asegurado, no deben ser del que primero las perdió, sino del que las rescató. (1) Pero esto tiene lugar cuando la guerra ó corso es por tierra, porque si fuere por mar no se adquieren las cosas hasta llegar al puerto y asegurarias. (2) La razon de la variedad de estos derechos es, porque en tierra es mas facil asegurar las cosas que en el mar, en el cual mientras no se llega al puerto pueden venir los enemigos al alcance y recobrar lo perdido,

(1) L. 26. tit. 26. P. 2.

(2) L. 13. tit. 9. P. 5.

pues tienen derecho á ello como hemos dicho. (*)

4.^a La presa que se toma en la guerra, sea por mar ó por tierra, no es de los soldados que despojan á los enemigos, sino de aquel á cuya costa se hace la guerra, (1) y siempre es del rey la quinta parte de todo lo mueble aun cuando no la costée, y todas las ciudades, villas y demas raices que se ganaren (2) le pertenecen enteramente.

Pero deseando el rey la seguridad de las embarcaciones de sus vasallos, ha procurado fomentar á los que se aplican á hacer el corso; y á mas de dispensarles su proteccion y auxilios para el armamento y habilitacion de sus buques: recompensas de honor á los que se distinguieren en acciones particulares, dando gratificacio-

(*) La adquisicion de las ciudades, villas, lugares, &c. y demas raices, no tiene efecto hasta que se confirma por los tratados de paz, pues mientras dure la guerra no ha perdido su soberano la esperanza de recobrarlas ni el derecho sobre ellas. Olmeda tomo 2. lib. 2. cap. 11.

(1) Ll. 27. y 29. tit. 26. P. 2.

(2) Ll. 4. y 5. tit. 26. P. 2. L. 20. tit. 4. lib. 6. de la Rec. de Cast.

nes á los que lograren ventajas sobre los enemigos, ha cedido cuanto le pertenece por razon de su quinto, de las mismas presas, de suerte que en los corsarios se verifica que cuanto cojen á los enemigos lo hacen suyo. (1)

La tercera especie de ocupacion es la *invencion*, que segun dijimos es: la aprension de las cosas muebles que ó nunca han sido de alguno ó fueron abandonadas por su dueño. (2) En la invencion pues, se requiere: 1.^o animo de adquirir: 2.^o aprension verificada con acto corporal, y 3.^o cosa mueble de ninguno. De este modo se hacen nuestros el oro, piedras preciosas, perlas y demas que se encuentran en las riberas del mar ó de los rios. (3)

Asimismo se hacen nuestros los tesoros. Tesoro se llama un depósito muy antiguo de dinero, de cuyo dueño no

(1) L. 21. tit. 4. lib. 6. Rec. de Cast. Real ced. de 1. de julio de 1779, en donde se incluyen las ordenanzas de corsarios. Vease el principio y el art. 46. y la ordenanza novísima de 12 de octubre de 1796, y la adición de 21 de mayo de 1799.

(2) Argumento de las Ll. 5. y 49 tit. 23. P. 3.

(3) L. 5. tit. 23. P. 3.

hay memoria. De donde se infiere que si la moneda encontrada es de nueva fábrica, no es de los tesoros de que hablamos, ni adquirirá cosa alguna el que la encuentre, pues ecsistirá su dueño ó sus herederos á quienes se debe entregar.

Los tesoros, *guacas* ó depósitos que los indios tenían en sus entierros y las minas de oro y plata &c. en España é Indias pertenecen al rey; pero siempre tiene parte el inventor como veremos.

Por lo que hace á los tesoros en España, el que supiere que lo hay en la villa ó lugar donde mora, lo debe hacer saber por ante escribano á la justicia de aquel lugar, y si se hallare, se le debe dar por galardón la cuarta parte de lo que así se encuentre. (1) Pero en América cualquiera que intente descubrir tesoros, debe capitular primero con el rey ó con los vireyes, presidentes ó gobernadores, la parte que se le ha de dar de lo que sacare, y debe dar fianzas bastantes de que satisfará los daños que de buscar el tesoro se siguieren en

(1) L. 1. tit. 13. lib. 6. Rec. de Cast.

las casas ó posesiones de los dueños donde presumieren que está, como fuere tasado por personas de inteligencia nombradas para ello, y hará el descubrimiento por su cuenta pagando todas las costas y gastos necesarios. El descubrimiento se hará ante una persona de satisfacción elegida por el gobernador, la cual irá y asistirá con el descubridor, llevando cuenta y razón de lo que hallare, con órden de que lo haga valuar y tasar, y al descubridor se le dará la parte que le pertenece conforme á lo resuelto, ó por concierto ó capitulación se le hubiere concedido fuera de los derechos y quintos del rey. (1)

De las *guacas* ó tesoros que se hallan en sepulturas, casas ó templos de indios, ó en otros lugares en que se ofrecían sacrificios á sus idolos, sean buscadas de proposito ó halladas acaso, de lo que fuere metales de oro y plata, fundidos ó labrados, piedras y perlas, se ha de pagar al rey el quinto, y uno y medio por ciento de fundición, en-

(1) L. 1. tit. 12. lib. 8. Rec. de Ind.

sayador y marcador, si no constare estar ya pagado, sacando primero el uno y medio y luego el quinto; y del cobre, plomo y estaño uno por ciento y el quinto; y de lo restante se aplica á la real hacienda la mitad de todo, sin descuento de cosa alguna, y la otra mitad es para la persona que lo descubriere. (1)

Las minas estan declaradas por propias del rey, asi por su naturaleza y origen como por su reunion á la corona. (2) Sin separarlas de su Real patrimonio las tiene concedidas á sus vasallos en propiedad, de tal manera que puedan venderlas, permutarlas, arrendarlas, donarlas ó de otra cualquier manera enagenarlas, (3) entendiendose esta concesion bajo la calidad de pagar el quinto de todo el oro y plata que se sacare, fuera de gastos. (4) Tambien deberá pagar el que descubriere

(1) L. 2. tit. 12. lib. 8. Rec. de Ind.

(2) L. 4. tit. 13. lib. 6. Rec. de Cast., y Real ordenanza de minas de 1783. tit. 5. art. 1.

(3) Dicha Real ordenanza de minas tit. 5. art. 2.

(4) Art. 3. y 14 del tit. 6. y el tit. 19. lib. 4. Rec. de Ind.

mina el terreno que ocupare, sea del comun ó de algun particular, y los daños que se sigan á tasacion de peritos. (1)

Adviertase que los bienes mostrencos que son aquellos cuyos dueños se ignoran, no pertenecen á la invencion, pues hechas las diligencias prevenidas y tenida la cosa de manifiesto, y pregonada una vez cada mes por espacio de un año, no pareciendo su dueño, se entregará á la cámara y fisco del rey. (2)

§ VI.

De la accesion, segundo modo de adquirir.

El segundo modo de adquirir originario, se llama *acesion*: esta es un derecho de adquirir lo que se aumenta ó junta á nuestra cosa. La razon en que se funda esta adquisicion es, porque es muy natural que de quien es lo principal, sea tambien lo accesorio: v. g. de quien es el

(1) Vease el art. 14. del tit. 6. de la misma ordenanza.

(2) Ll. 6. y 7. tit. 13. lib. 6. Rec. de Cast. y L. 6. tit. 12. lib. 8. Rec. de Ind.

árbol, de él es el fruto. La accesion es de tres maneras: *natural* que proviene de obra de sola la naturaleza, como el feto de un animal; *artificial* que es un aumento causado á nuestra cosa por solola industria, como si alguno escribe en nuestro papel; y *mista* cuando concurre la naturaleza y la industria á producir algun aumento, por ejemplo en un campo sembrado y cultivado.

La accesion puramente natural, tiene varias especies; y son el feto, la isla, el aluvion, la fuerza del rio, y la mutacion de madre.

El feto es una especie de accesion que resulta por la generacion de una substancia animada, y se ha tenido siempre por parte de la madre y como una accesion suya; y de aqui resulta el axioma siguiente. *Todo lo que nace de un vientre que està en nuestro dominio, es nuestro.*

De donde se infiere que todo lo que nace de un animal, es del dueño de este, es decir, de aquel que lo tiene en su dominio: v. g. el ternero es del señor de la vaca, y al señor del toro nada se le

debe sino es que haya pacto entre los dos señores ó costumbre de pagar alguna cosa en este caso. (1)

La segunda especie de accesion natural es la isla que nace de nuevo. Esto puede acaecer ó en un rio ó en el mar, ó dividiendose el rio y uniendose mas abajo. La isla que nace en el rio se considera como accesoria á las heredades que están situadas á una y otra parte de las riberas. Esto se ha establecido asi, desde luego porque esta isla se considera que resulta de la tierra que las corrientes del rio han llevado á aquellas heredades. Y asi, si nace en el medio del rio, los que poseen fundos en uno y otro lado la dividen segun sea el tamaño de sus fundos á proporcion. (2) Si la isla se acerca mas á una ribera que á otra de suerte que esté en la una mitad del rio, la dividiran entre si solamente aquellos que tienen sus heredades á esta parte: y siempre que ni esté en el medio, ni á un lado perfectamente, se hará la medida y division con proporcion al tamaño

(1) L. 25. tit. 28. P. 3.

(2) L. 27. tit. 28. P. 3.

de las heredades, y al lugar de la isla. (1)

La que nace en el mar, será muchas veces de ninguno siendo este común; (2) pero si apareciere en el mar ocupado por algun príncipe, será de este: por ser regla general que el dueño de lo principal lo es tambien de lo accesorio.

Aluvion y fuerza del rio. La tercera y cuarta especie de accesion natural es el acrecimiento que los rios causan poco á poco y sin sentir, y el que resulta de una avenida repentina. En el primer caso, esto es, cuando poco á poco se aumenta algo á mi heredad por el rio, ninguno puede saber de que campo lo ha llevado para añadirselo al mio: por lo cual el aumento que resulta en este caso cede al campo á que se allega. (3) Por el contrario, si el rio violenta y repentinamente arranca una parte á la heredad vecina y la añade á la mia, puede el dueño de la heredad disminuida vindicar esta parte que le ha llevado la fuer-

- (1) L. 27. del mismo tit. y Part.
 (2) L. 29. del mismo tit. y Part.
 (3) L. 26. del mismo tit. y Part.

za del rio. Luego no se hará dueño de este aumento el señor de la heredad aumentada, si no es por prescripcion, si el dueño no reclamare la parte arrancada, y mientras tanto se arraigaren los árboles en el fundo á que fueron llevados. (1) Mas lo que se ha dicho de el aluvion, solo tiene lugar en los campos que no tienen mas limites que el rio á que llaman *arcifinios*: pues si fueren de los que tienen cierto limite, lo que se les aumentare será público.

La última especie de accesion es la mutacion de corriente de los rios, que sucede cuando toman nuevo camino y dejan seco el antiguo. En este caso todo aquel espacio que ocupaba antes el rio, se considera como accesorio de las tierras contiguas, y asi lo dividen entre sí á proporcion del frente de cada uno de los campos. (2)

Hemos visto ya las accesiones naturales: siguense ahora las puramente industriales. De estas hay tres especies, y son *adjuñcion, especificacion y commision*.

- (1) Vease toda la L. 26. tit. 23. P. 3.
 (2) L. 31. tit. 23. P. 3.

Adyunción es, cuando la cosa agena se junta á nuestra materia; y esto puede ser ó por *inclusion*, como si una piedra agena se engasta en un anillo mio, ó por *soldadura*, como si un pie ageno se le acomoda soldandole con el mismo metal à un candelero mio; ó por *intestatura*, como si los hilos de purpura agena se tejen en mi paño; ó por *edificacion* como si edificó en suelo ageno con materiales mios, ó en suelo mio con materiales agenos; ó por *escritura*, como si se escribiese en papel ageno; ó por *pintura*, como si un pintor dibujase ó pintase en tabla de otro.

En todos estos casos, lo accesorio sigue á lo principal: por principal se entiende la misma *cosa* existente por sí y sin dependencia de otra: y por accesorio, aquello que es un agregado suyo para ornato ó complemento. Asi, una tela es lo principal, y el bordado lo accesorio: el brazo de una estatua es lo accesorio, y esta lo principal. De donde se sigue, que la cosa unida á nuestra materia, ya sea por soldadura, ya por inclusion, se hace nuestra siempre que con

buenafé haya sido unida; pues de lo contrario, esto es, si sabiendo que la cosa era agena se unió á la suya, no adquiere el dominio, antes bien siendo la cosa accesorio del que la unió con mala fe se pierde el dominio de ella, y presume el derecho que la quiso donar cuando á sabiendas la unió à materia agena. (1) De esta regla general solo se exceptúa la pintura, que debiendo ceder á la tabla, en consideracion á su nobleza, no cede sino la tabla à la pintura. (2) En todos los demas casos vale la regla dada antes; y asi, lo que se ha unido á nuestra cosa principal, no lo puede vindicar su dueño, porque en virtud de la accesion hemos adquirido dominio. Pero como seria cosa injusta que uno se enriqueciese con daño de otro, por medio de várias acciones nos concede el derecho que nos indemnizemos: y por tanto, si el señor de la materia está en buena fe, puedo obligarle á que me pague el valor de mi cosa que adquirió por derecho de accesion.

(1) Véanse las Ll. 35. 36. 37. 38. 42. y 43. tit. 28 P. 3.

(2) L. 37. tit. 28. P. 3.

Si procedió de mala fe, no la hizo suya y tengo contra él accion de hurto. (1)

En la edificacion hay varias cosas singulares. En ella por quanto importa que las ciudades no se deformen con ruinas, está establecido que cualesquiera materiales que uno tome ajenos y los acomode en su casa, una vez asentados, no se le puedan vindicar por su dueño, porque seria necesario arruinar el edificio; y así adquiere el dominio de ellos, ahora sea con buena ó mala fe; pero está obligado á pagar el duplo de dichos materiales, ó quanto su dueño jurare delante el juez que recibió de daño por aquellos materiales que le fueron tomados. (2)

Pero si alguno edificó en suelo ajenno, siendo poseedor de buena fe, puede retener el edificio hasta que se le pague el valor de los materiales que ceden al

(1) LL. 35. y 36. d. tit. y P.

(2) Véase la L. 16. tit. 2 P. 3. de la que se colige, que si con buena fe se tomaron los materiales, se debe el duplo, y si con mala, todos los daños y perjuicios seguidos al dueño. El Sala opina que está en arbitrio del actor recibir el duplo ó el interés, y que en práctica no se pagará mas que la estimacion de la cosa si se tomó con buena fe. En el l. 29. tit. 1. lib. 2.

señor del suelo. Mas siendo de mala fe, lo debe perder todo en pena del dolo conque sabiendo que el suelo era ajeno edificó en él.

La segunda especie de accesion industrial es la *especificacion*, y es cuando alguno de materia ajena hace una nueva especie: v. g. del oro ó plata ajena, un vaso; de la lana ajena, paño. Pero se debe notar que solo habrá especificacion cuando se dé una nueva forma á la materia como en los ejemplos puestos: v. g. ni el vaso ni el vestido ecsistian antes: luego la plata y la lana tomaron una nueva forma. Mas si persevera la antigua, no será especificacion, como si alguno saca el trigo de las espigas ajenas. En el caso pues de verdadera especificacion, se debe distinguir si la especie se puede reducir á su primera forma ó no; si se puede, debe ser del señor de la materia; sino se puede volver á la primera forma, será del que especificó: v. g. si de mi plata hace otro un vaso, yo seré dueño de él porque se puede fundir y volver á la masa de plata que antes era. Por el contrario, si de mi lana hace otro, paño, el

fejedor será dueño de esta nueva especie, porque este no se puede reducir á la forma antigua de lana. Mas como ninguno se puede enriquecer con daño de otro tienen entre sí el señor de la materia, y el especificante, acción, ó á que se pague la estimación de la materia si el especificante se lleva la especie, ó á que se le paguen las espensas si el señor de la materia la retuviere. (1) Todo lo dicho se entiende cuando el especificante haya procedido con buena fe: pues si la tuvo mala, esto es, si supiese que aquella materia á que da nueva forma es agena, pierde la obra y no debe cobrar las espensas que hizo. (2)

La tercera especie de accesion industrial es, la *commistion*: se mezclan las cosas secas y las líquidas: las primeras despues de la mezcla mantienen entera su esencia v. g. si la cebada se mezcla con trigo: las segundas, de tal suerte mudan su esencia que parece hacerse

(1) L. 33. tit. 28. P. 3.

(2) L. 33. d. tit. y P. al fin V. Empero, y sobre ella Berni, quien advierte que la practica en este caso es, que la parte que fabrica paga costas, daños y perjuicios al dueño del material.

una tercera entidad ó una nueva sustancia: v. g. si el vino se mezcla con aguardiente. La primera se llama propriamente *commistion*, y la segunda *confusion*. Ahora pues, esta *commistion* ó *confusion* se hace ó con voluntad de ambos dueños ó de uno solamente, ó por acaso. Si se hace con voluntad de ambos, toda la masa se hace comun, la que deberan partir entre sí segun las cantidades que se mezclaron. Si con voluntad de uno solo, si las cosas son separables, cada uno vindica su materia; (1) y si no lo son, como en el caso de la *confusion*, el confundente deberá pagar la estimación y los daños y perjuicios al señor de la cosa confundida. Pero si la *commistion* ó *confusion* se hiciere por acaso, siempre que las cosas se puedan separar sin mucho trabajo, cada uno vindica la suya; pero si no se pudiere, entonces se hace comun el todo y lo parten entre sí, pesando, contando ó midiendo la parte que á cada uno debe tocar. (2)

(1) L. 34. tit. 28. P. 3.

(2) D. 1. tit. y P.

La última especie de accesion es la *mista*, y es aquella que proviene parte de obra de la naturaleza y parte de la industria: tales son la *planta*, la *siembra*, y la *percepcion de los frutos*: v. g. si yo siembro un campo ageno con trigo mio, ¿quien cogerá la mies? ¿A quien pertenecerá un arbol puesto en los confines de dos campos, ó el que yo he plantado en campo ageno? Si con buena fe y justo título poseo una heredad agena ¿de quien serán los frutos que diere?

Para la *siembra* y *planta* es regla general: *todo lo que se siembra y planta, cede al suelo*, y es la razon, porque este se considera como principal, y lo que se siembra como accesorio, lo accesorio sigue á lo principal: luego la mies y el árbol ceden al suelo, ahora se siembre con buena ó mala fe. De los árboles puestos en confines, se puede dar otra regla general: *el dominio del árbol se estima en derecho por la raiz*; (1) y asi si se estendiesen las raices por la heredad agena de suerte que las principales por donde

(1) Argumento de la l. 43. tit. 23. P. 3. V. otro si en el medio.

crece estuviesen en ella, gana el dominio del árbol el dueño de la heredad á donde pasasen las raices, aunque caigan las ramas sobre las tierras del que lo plantó. Y en el caso de que parte de las raices principales estuviesen en la una heredad y parte en la otra, será el árbol comun á los dueños de las dos heredades. (1) La razon de este derecho es, porque los árboles y plantas atraen todo su nutrimento y suco vital por las raices: luego se alimentan de aquel suelo á donde estienden estas, y parece justo que para el dueño de aquel suelo que mantiene el árbol, sean los frutos todos, ó una parte si uno solo no fuere el suelo que alimenta la planta.

De las reglas dadas se infiere claramente, que siempre que se siembre semilla propia en campo ageno, ó semilla agena en mi campo, la siembra será del señor del suelo; pero debe pagar los gastos hechos en la siembra y en la semilla. (2) Se infiere tambien, que toda planta puesta en nuestro suelo se hace

(1) D. ley 43. tit. y P. hasta el fin.
(2) D. ley, tit. y P.

nuestra; pero no antes de que arraigue. (1) La razon es, porque antes de criar raices, puede facilmente y sin daño alguno arrancarse y trasladarse á otro suelo, y no hay razon para que al instante ceda al señor del suelo, sin haberse alimentado de su tierra. En este caso, como en el antecedente, se deberá pagar el precio del árbol ó planta, y las espensas si algunas se hubieren hecho.

Por lo que hace á la percepcion de frutos, que es la tercera especie de accesion mista, veremos primero que especies hay de frutos y que se requiere para que uno haga suyos los percibidos de una cosa agena. Los frutos pues, ó son naturales ó industriales. Naturales son aquellos que por sí mismos dan los campos sin trabajo ni cuidado alguno del hombre, como son los árboles de frutas silvestres, el heno, paja &c. Industriales se llaman aquellos que requieren siembra y cuidado del hombre, como el trigo y cualquiera utilidad que hace rendir á una heredad la diligencia del hombre. (2)

(1) Dhu. ley 43.

(2) L. 39. tit. 28. P. 3.

Las condiciones necesarias para adquirir los frutos de la cosa agena, son: primeramente *buena fe*, la cual no es otra cosa que aquel juicio recto con que uno cree que es verdadero señor de la cosa sin que tenga fundamento para juzgar lo contrario. Esta buena fe, debe ser continua ó perpetua; y así en el momento en que sabe uno que no es dueño, si con todo percibe los frutos, ya no es poseedor de buena fe, ni los hace suyos. Se requiere también *justo título* y hábil para trasferir el dominio como los que esplicamos arriba; porque si á alguno por ejemplo le hubiese yo dado en comodato una yegua, seria cosa absurda que se quisiese apropiarse el pollino con este título. Posee á la verdad con buena fe y justo título; pero no hábil para trasferir el dominio, pues cuando damos nuestra cosa en comodato, no es para que el comodatario se haga señor de ella. Finalmente, es necesaria la *posesion*; y no una mera detencion de la cosa, que se llama *posesion natural*, sino una *posesion civil*, que resulta de la detencion corporal de la cosa, y del ánimo ó intencion de adquirir ó retener su dominio.

Si concurren pues, estos requisitos entonces el poseedor de buena fé se tiene por señor en cuanto á la percepcion de los frutos industriales, mientras no aparece el verdadero señor de la cosa. Decimos que se tiene por señor porque hace suyos los frutos industriales percibidos hasta la litis contestacion: y se tienen por tales los que están separados de los árboles ó del suelo; pues no siendo asi no se tienen por percibidos aunque esten maduros.

Los naturales, no los hace suyos: debe restituirlos aun cuando los haya consumido, pues solo se le conceden en atencion al cultivo y trabajo que ha tenido en ellos; y asi faltando esta razon, es justo que los devuelva. (1)

El poseedor de mala fé nada hace suyo: y tanto los frutos percibidos como los por percibir, corresponden al verdadero señor de la cosa, á quien los debe entregar; y solo podrá cobrar las espensas. (2)

(1) Véase la ley 39 tit. 28. P. 3. al princ.

(2) L. 39. al fin. Y nótese que de los frutos que restituyese el poseedor de buena fé por no estar percibidos cobra tambien las espensas, como lo dice esta ley en el medio y la 40 que sigue.

De la tradicion, unico modo de adquirir derivativo.

HEMOS visto ya los modos ordinarios de adquirir: se sigue el derivativo que es uno solo y se llama *tradicion*. Dijimos que modo derivativo de adquirir es, cuando el dominio se trasfiere de uno á otro; y asi definiremos la tradicion diciendo: que es un modo de adquirir derivativo por el cual el señor de la cosa que tiene derecho y animo ó intencion de enagenar, trasfiere con justa causa una cosa corporal en el que la recibe (1) De aqui nacen tres axiomas: 1.º que solo las cosas corporales se pueden entregar pues solo estas pueden ser trasladadas con acto corporal de uno á otro: por esta razon las cosas incorporeales como los derechos, no se entregan, sino que se cuasi entregan; y la cuasi tradicion consiste en la paciencia de uno y el ejercicio del otro. De la misma definicion se colige que

(1) L. 40. tit. 28. P. 3.

la tradicion ó es *natural*, ó *simbólica*; *brevis manus*, ó *longa manu*. Naturalmente se hace la tradicion, cuando con acto corporal se traslada la cosa en el sujeto que la recibe. *Simbólica* se llama cuando se entrega una cosa en señal de otra, cuyo dominio se quiere transferir, v. g. si se dan las llaves del granero que encierra el trigo que se vende. (1) *Longa manu* se dice hacerse la tradicion, cuando la cosa se pone en la presencia de aquel á quien se entrega, pero este no la toca sino con solo los ojos. (2) *Brevis manus* se llama un equivalente á tradicion actual, y se verifica cuando uno que ya está en posesion de la cosa, se dá por entregado de ella, en virtud de que el dueño precediendo algun trato, se la cede en toda propiedad: v. g. le doy en comodato á Ticio un libro; despues se lo vendo y le digo, que supuesto que está en su poder, se quede con él: en este caso es lo mismo que si se lo entregára.

(1) Ll. 6. 7. y 8. tit. 30. P. 3

(2) L. 6. d. tit. y P. V. Empero si un omq

Axioma 2.^o: *la cosa debe ser entregada por el señor*. La razon es: porque lo que uno no tiene, no lo puede dar á otro; y asi si he recibido alguna cosa con buena fé de uno que no es señor, me haré poseedor de buena fé; pero no señor. El pupilo tampoco puede transferir dominio, porque aunque es señor, no se tiene por persona perfecta por defecto de juicio, y asi nada puede hacer de donde resulte peor su condicion sin autoridad del tutor, y por consiguiente ni transferir dominio.

Axioma 3.^o: *no se trasfiere dominio, si no hay animo de enagenar*. La razon es, porque al señor solamente compete dar la ley á sus cosas y disponer de ellas; y si dispone que solo pase el uso ó la custodia de su cosa, el que la recibe por esta tradicion no se hará señor: v. g. si yo doy en deposito ó en locacion ó comodato mi cosa, se verifica tradicion, pero el depositario conductor; ó comodatario, no se hacen dueños de ella: porque en mí, falta el animo ó voluntad de enagenarla.

Axioma 4.º: *no se adquiere el dominio por la tradicion, si no precede titulo habil para trasferirlo como los que esplicamos antes, v. g. donacion, venta, legado. El contrato de compra y venta tiene de singular, que aunque se haya perfeccionado por la tradicion de la cosa, con todo no se trasfiere el dominio, sino hasta que se entregue el precio, pero si diere fianza ó prenda, ó el vendedor hiciere confianza del comprador, pasará el dominio de la cosa vendida. (1)*

Por lo que hace à la necesidad de la tradicion de la cosa para adquirir el dominio, es digno de notarse que esto tiene lugar ciertamente, atendido el derecho civil; pero es muy probable que à esta sutileza no atiende el derecho natural; y asi segun este, cualquiera verdadero señor con derecho espedito, que tiene animo ó voluntad de enagenar y la declara espresamente ó por señales destinadas al efecto, trasfiere el dominio válida-

(1) L. 46. tit. 28. P. 3.

mente, aunque no intervenga tradicion de la cosa. (1)

Al fin de este titulo nace una breve cuestion y es ¿si se podrá entregar algo á persona incierta? Este caso parece que se verifica hasta el dia en la coronacion de los principes, y cuando toman posesion de sus dignidades muchas personas eclesiasticas, como arzobispos, canonigos &c. pues entonces se acostumbra arrojar algunas monedas de plata, y esparciendose este dinero con el animo de que cualquiera haga suyo lo que aprenda, parece que se verifica tradicion en personas inciertas. Pero si atendemos bien à la naturaleza de estos hechos, no hay aqui especie de tradicion, sino de ocupacion pues el que arroja las monedas las abandona, y quiere que sean del que primero se apodere de ellas, y que el que las hallare, haga lo que quisiere de ellas, como dice la ley de partida. (2) Lue-

(1) Hein. Elem. Jur. Nat. lib. 1. cap. 10. t. 275.

(2) L. 48. tit. 28. P. 3.

go estas monedas ya son de ninguno; y lo que es de ninguno, cede al primero que lo ocupa.

ADICION.

1.º *A pesar de cuanto se ha escrito sobre la utilidad y conveniencia de los cementerios y de lo perjudicial y dañoso de los entierros en el centro de las poblaciones, y á pesar de las espresas determinaciones del derecho, nada se ha conseguido hasta el dia. Las còrtes españolas dieron sobre esta materia un decreto en 1.º de noviembre de 1813.*

Ya algunos estados de la federacion se han hecho cargo de la necesidad que habia de dar providencias sobre este objeto, y han dictado algunas que los llenan de honor. ¡Ojalá y la energía de sus respectivos gobiernos las lleven á debido efecto!

2.º *El autor despues de haber espuesto concisamente todo lo que en general se puede decir sobre el uso del mar, cita á Olmeda, autor de derecho público, que no es muy comun. Para que los que deseen instruirse mas estensamente en esta materia no se en-*

cuentren con un autor desconocido, los remitiremos á Vattel lib. 1. cap. 23. y Renneval lib. 2. cap. 9.

En el art. 50. facultad 17. de nuestra constitucion se dice que toca esclusivamente al congreso general el dar reglas para conceder patentes de corso, y para declarar buenas ó malas las presas de mar y tierra.

3.º *Haciendose cargo el autor de los propios y arbitrios habla de su inversion, manejo y modo de subvenir con ellos á los gastos extraordinarios; los que el llama concejos llamamos en el dia ayuntamientos ó cuerpos municipales, y aunque el objeto y fines de ellos sean con corta diferencia los mismos ahora que antes, sus elementos constitutivos son del todo diversos. Antes se compraban varias plazas perpetuas de estos cuerpos á precios escorbitantes, ya para sacrificar al comun dilapidando sus intereses, ó ya para fungir con galones y bordados, adquiriendo este honor [como ellos llamaban] para sus familias. En el dia muy al contrario, el pueblo escoge periódicamente los mejores ciudadanos para encargarles la direccion y manejo de los asuntos municipales. Estos cuerpos aunque bajo la base*

de la eleccion indirecta del pueblo, tienen diversa organizacion en los estados de la federacion. No tienen nada que ver con las audiencias ó poder judicial, y estan bajo la inspeccion de los gobernadores de los estados, los que deben elevar à sus respectivos congresos las cuentas municipales y las representaciones para establecer nuevos arbitrios.

El primer congreso mexicano mandó con fecha 30 de marzo de 1822, que los ayuntamientos tuvieran sus sesiones publicamente, á menos que á juicio de los mismos ecsigiera reserva algun asunto.

Hay dos decretos de las córtes españolas sobre reducir los baldios y terrenos comunes á dominio particular, y preferir en esta reduccion à los que hayan contraido méritos con la patria: son de 4 de enero de 1813 y de 8 de noviembre de 1820. Tambien se pueden ver el decreto sobre colonizacion dado por el congreso constituyente en fecha de 18 de agosto de 1824 y el de las córtes españolas sobre montes y plantios con fecha de 14 de enero de 1812.

4.º Residiendo la soberania en la nacion que es el conjunto de los individuos que la componen, ningun particular tiene

derecho con ningun pretesto para atribuirse la propiedad ó dominio de otro.

Ese derecho en vidas y haciendas que segun el antiguo sistema tenian los reyes de España y por el cual se atribuian el dominio general de todas las cosas de los particulares y la propiedad de las minas, felizmente ha dejado de subsistir por nuestros propios esfuerzos, por el contrario en el dia las leyes generales protegen muy eficazmente toda propiedad asegurando la libertad de disponer de ella.

Hay muchos decretos, principalmente sobre minas, que rebajando los antiguos derechos les conceden entera proteccion y fomentan de diversos modos su laborio. Se pueden ver el decreto de la junta provisional con fecha de noviembre 22 de 1821, y la órden y aclaracion del ministerio de hacienda sobre este decreto, de 24 de marzo de 1823. [Guia de hacienda del año de 1821] Tambien los de los congresos mexicanos de mayo 29 de 1822, febrero 13 y noviembre 24 de 1824, y los de las córtes españolas de enero 26 de 1811, 13 del mismo mes de 1812, y 25 de octubre de 1820. Vease igualmente el decreto de 23 de abril de 1826.

Será tambien muy útil ver las disposiciones 129 del primer foliage: de la 77 à la 81 del segundo: la 509 del tercero, y sobre esta la copia número 52 del segundo tomo de los autos acordados de Montemayor y Beleña.

5.º Hablando el autor de las adquisiciones por la ocupacion bélica cita à Olmeda tom. 2. lib. 2. cap. 11., le añadiremos à Vattel cap. 9. y 13. lib. 3., y Renneval cap. 5. y 6. del lib. 3

TITULO II.

De las cosas corporales é incorporales.

SIGUESE otra division de las cosas de la cual se hizo mencion en el titulo pasado. Dijimos pues, que las cosas, ó son corporales ó incorporales. (1) Corporales son aquellas que se pueden tocar, esto es, que se pueden percibir por alguno de los cinco sentidos; y asi cosas corporales son todas las cosas materiales: é incorporales por el contrario, las que no se pueden tocar ni percibir por los sentidos, por-

(1) L. 1. tit. 30. P. 3.

que consisten en un derecho ó facultad que tiene el hombre para hacer alguna cosa: tal es v. g. el derecho de cazar en un bosque, las servidumbres y todas las obligaciones. Todas estas cosas por ningun sentido las percibimos, aunque sus efectos pueden ser patentes asi á los ojos, como á los otros sentidos.

Supuesto esto, sería facil responder á uno que preguntase ¿si el dinero ó la moneda es cosa corporal? La materia, esto es, el oro ó la plata acuñada que es lo que llamamos moneda, sin duda es corporal porque se puede tocar; pero el valor ó precio intrinseco que contiene es cosa incorporal, porque no puede percibirse por sentido alguno exterior, sino solo por el entendimiento.

Hemos visto ya que cosas sean corporales é incorporales; resta ver sus calidades. De la misma definicion nace: lo 1.º Que las cosas incorporales no se pueden poseer, y es la razon: porque poseer es detener materialmente la cosa, guardarla y ponerla en seguro, y todo

Será tambien muy útil ver las disposiciones 129 del primer foliage: de la 77 à la 81 del segundo: la 509 del tercero, y sobre esta la copia número 52 del segundo tomo de los autos acordados de Montemayor y Beleña.

5.º Hablando el autor de las adquisiciones por la ocupacion bélica cita à Olmeda tom. 2. lib. 2. cap. 11., le añadiremos à Vattel cap. 9. y 13. lib. 3., y Renneval cap. 5. y 6. del lib. 3

TITULO II.

De las cosas corporales é incorporales.

SIGUESE otra division de las cosas de la cual se hizo mencion en el titulo pasado. Dijimos pues, que las cosas, ó son corporales ó incorporales. (1) Corporales son aquellas que se pueden tocar, esto es, que se pueden percibir por alguno de los cinco sentidos; y asi cosas corporales son todas las cosas materiales: é incorporales por el contrario, las que no se pueden tocar ni percibir por los sentidos, por-

(1) L. 1. tit. 36. P. 3.

que consisten en un derecho ó facultad que tiene el hombre para hacer alguna cosa: tal es v. g. el derecho de cazar en un bosque, las servidumbres y todas las obligaciones. Todas estas cosas por ningun sentido las percibimos, aunque sus efectos pueden ser patentes asi á los ojos, como á los otros sentidos.

Supuesto esto, sería facil responder á uno que preguntase ¿si el dinero ó la moneda es cosa corporal? La materia, esto es, el oro ó la plata acuñada que es lo que llamamos moneda, sin duda es corporal porque se puede tocar; pero el valor ó precio intrinseco que contiene es cosa incorporal, porque no puede percibirse por sentido alguno exterior, sino solo por el entendimiento.

Hemos visto ya que cosas sean corporales é incorporales; resta ver sus calidades. De la misma definicion nace: lo 1.º Que las cosas incorporales no se pueden poseer, y es la razon: porque poseer es detener materialmente la cosa, guardarla y ponerla en seguro, y todo

esto no tiene lugar en las cosas corporales. Con todo, como estas cosas son nuestras, se dice verdaderamente que las cuasi poseemos, mientras hacemos ó podemos hacer uso de ellas y su utilidad. 2.º En las cosas incorporales no se dá tradicion sino cuasi tradicion, lo cual ya se ha explicado arriba. 3.º Las cosas incorporales no estan en nuestro dominio; porque el dominio como se ha dicho, es derecho en una cosa corporal, y asi no podemos decir *el derecho de prenda, ó tal servidumbre ú obligacion está en mi dominio*. No obstante como estos derechos y obligaciones nos hacen mas ricos y tienen realmente precio y estimacion, de aqui es que se dice propiamente que estan en nuestros bienes.

Las cosas corporales se subdividen en muebles y raíces. Muebles se llaman aquellas que ó se mueven por sí mismas por virtud interna que tienen v. g. siervos, animales &c. las cuales tambien se llaman *semoventes*; ó pueden ser llevadas de un lugar á otro sin detrimento, v. g. las sillas, libros &c. Rai-

ces son las que ni por sí ni por los hombres se pueden mover ni llevar á otro lugar naturalmente, como las casas, los campos &c. (1)

TITULO III.

De las servidumbres.

Hemos tratado ya del dominio: sigue-se ahora tratar de las servidumbres que es otro derecho en la cosa. Por servidumbre no se entiende aqui aquella de que hablamos en el libro primero cuando una cosa sirve á la persona. Siendo pues esta especie de servidumbre un derecho, esto es, una cosa incorporal, con razon despues de explicadas las cosas incorporales en general, se sigue tratar de las servidumbres.

La servidumbre es un *derecho impuesto en la cosa ajena, por el cual el señor en su cosa está obligado á padecer ó á no hacer algo en utilidad de otro.* (2) Se dice 1.º que la servidumbre es un derecho;

(1) L. 4. tit. 29. P. 3.

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

pero respecto del que tiene ó goza la servidumbre; porque respecto del que la padece es obligacion ó carga. 2.º Observese que la servidumbre es *derecho en la cosa*; por lo cual se enumeró arriba entre las especies de derecho en la cosa. Y á la verdad, si yo tengo algun derecho en la cosa de mi vecino, no es su persona la que me está obligada, sino su cosa. 3.º Se dice la servidumbre *derecho en la cosa aiena*, porque el señor no puede tener servidumbre en su cosa: v. g. si puedo sacar agua del pozo de mi vecino, es servidumbre; pero luego que adquiere la heredad de mi vecino en donde está el pozo, se acabó la servidumbre porque el pozo ya no es cosa aiena sino mia; y así no saco la agua por derecho de servidumbre sino de dominio. Añádese: *por el cual el señor está obligado á padecer ó no hacer algo en su cosa en utilidad de otro*, y en esto consiste la esencia de la servidumbre. Por ejemplo: si tengo derecho de pasar por el fundo de mi vecino, este está obligado á sufrir que transite por él, y si obligo á mi vecino á que no levante mas sus pare-

des, está obligado á no hacer una cosa que pudiera como señor: siempre, pues, el sirviente está obligado á padecer ó á no hacer, en utilidad del dominante. (1) Las doctrinas dadas hasta aqui son tan generales que no se da caso en que alguna servidumbre consista en hacer; y así si queremos fingir el caso de que alguno hubiese prometido á su vecino componerle ó renovarle su casa todos los años, no sería servidumbre sino obligacion personal, y por consiguiente no *derecho en la cosa* sino á la cosa.

De la definicion dada se infiere claramente de cuantas maneras sea la servidumbre. Una cosa puede servir ó á una persona ó á otra cosa. Si la cosa sirve á la persona, se llama servidumbre personal: si la cosa sirve á otra cosa, v. g. un fundo á otro fundo, se llama servidumbre real. (2) Por ejemplo: un marido al morir deja el usufructo de un fundo á su muger: en este caso el fundo sirve á la persona de su muger, y esta será servidumbre personal, por

(1) Ll. 1. 2. y 3. tit. 31. P. 3.

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

otro nombre *usufructo*. Por el contrario: si la pared del vecino debe recibir una viga de mi casa, esta servidumbre es real, porque un predio sirve á otro. Las servidumbres personales son cuatro: *usufructo, uso, habitacion y obras de los siervos*. (1) Se diferencian tambien estas servidumbres en su efecto; y asi como en las personales la cosa sirve á la persona, sucede que se acaban con esta. Al contrario en las reales: porque una cosa sirve á otra, duran tanto como las cosas aunque pasen á otras personas.

En este título se trata de las servidumbres reales, que tambien se llaman prediales, porque no consisten en cosas muebles sino en raices. Mas como en estas servidumbres siempre un fundo sirve á otro fundo ó heredad, el que recibe la utilidad se llama *dominante*, y el que sufre la carga en utilidad del otro *serviente*.

Las servidumbres en nuestro derecho ó son *urbanas* ó *rústicas*. Urbana es la que tiene un edificio en otro, y

(1) Dicha l. 1.

rústica la que tiene una heredad en otra. (1) Esto supuesto se entenderán facilmente varios axiomas de la servidumbre.

1.º *Toda servidumbre es en la cosa agena*. (2) La razon es, porque siempre que uno usa de su cosa, lo hace en virtud de dominio, y no de servidumbre, segun lo dicho arriba; y asi cuando se dice que en nuestras cosas se puede poner servidumbre, se entiende que solo el dueño puede imponer á su cosa este gravamen y no otro. (3)

2.º *Axioma: Ninguna servidumbre puede consistir en hacer, sino solo en padecer ó en no hacer*. (4) La razon es: porque de otra suerte no será la cosa la que sirve ó está obligada, sino la persona del que debe hacer. Cuando la servidumbre es de padecer, se llama *afirmativa*, v. g. la servidumbre de *caminos, ventana, goteras, &c.*; pero si es de no hacer alguna cosa,

(1) Ll. 1. 2. y 3. tit. 31. P. 3.

(2) L. 13. d. tit. y P.

(3) Véase la dha l. 13. en el principio, y la 10 del mismo tit.

(4) Todo el tit. 31. P. 3. y especialmente la l. 1.

será *negativa*: v. g. no impedir la luz, no levantar mas alto &c.

3.º Axioma: *Todas las servidumbres son indivisibles* (1) porque son un simple derecho, y el derecho no se puede dividir, y así à ninguno se le puede conceder la mitad del derecho de camino, goteras &c.

De aqui podemos facilmente inferir de que modos se constituye la servidumbre. Para esto se debe hacer distincion entre el derecho *à la cosa y en la cosa*. El derecho à la servidumbre, lo podemos adquirir: 1.º por pacto ó estipulacion, quando alguno nos promete conceder servidumbre en su cosa. (2) 2.º Por última voluntad, v. g. si alguno en testamento ó codicilo me lega el sacar agua de su fuente &c. (3) 3.º Por prescripcion; y en este caso, si la servidumbre es continua, esto es, que sirve continuamente, como el agua que nos viene del fundo ageno, se adquiere por uso de diez años entre presentes, y veinte

(1) L. 9. tit. 31. P. 3.

(2) L. 14. tit. 31. P. 3.

(3) D. l. 14.

entre ausentes; y si fuere discontinua, esto es, que no se usa sino algunas veces, como es la senda ó camino, no puede ganarse sino por tiempo inmemorial. (1) Pero en el primer caso, no hay mas que derecho à la cosa: la persona del que promete ó el heredero me está obligada, y no la misma cosa. De aqui es, que solo tendré accion personal y no real. Pero el derecho en la cosa no se adquirirá sino por la subsiguiente *cuasi tradicion*, y se llama así, porque como la servidumbre es derecho, que es una cosa incorporal, propriamente no se puede entregar sino cuasi entregar; y esta cuasi tradicion se verifica por el uso del uno, y la paciencia del otro: v. g. si se me ha concedido sacar agua del fundo vecino y yo comienzo à sacarla à su vista sufriendo él, por este primer hecho se me hace cuasi tradicion de la servidumbre; y desde este tiempo tengo derecho en la cosa, y accion real contra cualquier poseedor. De esta regla se exceptúa la servidumbre constituida por última voluntad, en la cual se adquiere el derecho

(1) *Dña* L. 14. al fin, y la 15. tit. 31. P. 3.

en la cosa sin tradicion, al punto que muere el testador.

Asi mismo, claramente se deduce quien tenga obligacion de hacer los reparos necesarios para la conservacion de la servidumbre: v. g. tengo derecho de traer agua por medio de targea que salga del fundo del vecino; si se rompieren los canales, mi fundo que es el dominante estará obligado á repararlos. (1) La razon se deduce del axioma 2.º porque la servidumbre no puede consistir en hacer sino en *no hacer ó padecer*; y si el fundo serviente reparase, haria alguna cosa: y asi no seria solamente servir.

Finalmente del 3.º axioma que asienta ser la servidumbre indivisible, se infiere que no puede establecerse una mitad y otra parte de servidumbre, porque el derecho como cosa incorporal, no puede admitir division. Otra cosa seria en el uso de la servidumbre, porque este si es capaz de admitirla, tanto por razon del modo, como si dijésemos á otro: te concedo servidumbre de camino pero

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

con tal que solo pases á pie ó á caballo ó que no traigas carros: ó por razon del tiempo, v. g. te concedo derecho de pastar, pero solo en los meses de invierno.

Lo que se ha dicho hasta aqui, trata de las servidumbres en general: véamoslas ahora en particular. Las dividimos arriba en servidumbres urbanas y rusticas; trataremos pues, en primer lugar de las urbanas. De estas la 1.ª es el derecho de cargar sobre la casa del vecino, v. g. si lo obligo á que no me permita edificar levantando parte sobre la suya. (1)

La 2.ª servi lumbre es de agujerear la pared del vecino para meter vigas (2) Por vigas se entiende no solo las propriamente tales, sino cualesquiera otra materia de edificio como piedras, ladrillos, hierro &c. De aqui se percibe facilmente la diferencia que hay entre esta servidumbre y la antecedente: pues en la primera todo el edificio carga en la pared ó columna del vecino, y en este solo una ú otra viga ó material.

(1) L. 2. tit. 31. P. 3.

(2) D. 1. tit. y P.

La 3.^a servidumbre es de poner techo volado á mi casa sobre el fundo del vecino para libertar las paredes del agua y humedad.

La 4.^a es de recibir las goteras ó caños de la casa del vecino. (1)

La 5.^a es de no levantar mas alto; y este es un derecho por el cual el vecino en utilidad de mi casa se obliga á no levantar mas la suya para no impedirme la luz. (1)

La 6.^a es de luz, ó de *no impedir la luz*. (3). Para entender bien estas dos especies de servidumbre es menester notar dos cosas: 1.^a que ninguno puede abrir ventanas, sino en su pared; 2.^a que puede cualquiera abrir cuantas ventanas quiera en su pared; pero al vecino le es licito edificar contra ellas de suerte que las cubra siendo su suelo. Ahora pues, si un vecino consigue de su vecino poder abrir ventanas en su pared, esta será servidumbre de luz ó de ventana. Pero si tengo ventana en mi pared que cae

(1) D. l. &c.

(2) La misma l. 2.

(3) La misma l. tit. y P.

á la casa del vecino, y este me promete que no me la cubrirá con su edificio, se llamará servidumbre de no impedir la luz. (1)

La 7.^a servidumbre es de paso por la casa ó corral del vecino á la casa propia. (2)

Siguense las servidumbres rústicas. De estas la 1.^a es el derecho de senda, carrera ó camino para pasar de la heredad de otro á la propia. La senda sirve para ir uno solo á pie ó á caballo, sin llevar carro ni bestias de carga: la carrera para ir solo ó acompañado con carretas: y el camino, para llevar estas cosas y otras cualesquiera como madera, piedras &c. El ancho del camino debe regularse por lo pactado; y á no haberse convenido en esto, debe tener ocho pies de ancho, y si tuviere vuelta ó torcedura, en aquel lugar tendrá diez y seis. (3) 2.^a El derecho de conducir agua por heredad ajena para regar hortalizas, ó para moli-

(1) L. 2. tit. 31. P. 3.

(2) Dicha l. 2.

(3) L. 3. dicho tit. y P.

nos. (1) Y en este caso el dueño de la heredad de donde se tomare esta agua, no puede concedersela à otro sin consentimiento de aquel á quien fuere otorgada la servidumbre, si no es que el agua fuere tanta que sobrase para los dos. (2) 3.^a El derecho de beber en fuente ó pozo ageno para sí, sus labradores y bestias ó ganados, en el cual se incluye el derecho de entrar y salir en la dicha heredad. (3) 4.^a El derecho de apacentar las bestias de labor en prado ó dehesa agena. (4) 5.^a El derecho de sacar cal, arena, piedra ú otras cualesquiera cosas de la heredad de otro. (5)

Una cosa es digna de observarse en las servidumbres rústicas (y aun puede tener lugar en las urbanas) y son los pactos con que se establecen: porque si la servidumbre se concede al fundo será real, y si á la persona será servidumbre personal y solo durará mientras viva la persona.

- (1) L. 4. dicho tit.
 (2) L. 5. de dicho tit. P.
 (3) L. 6. tit. 31. P. 3.
 (4) Dicha. ley en el medio.
 (5) Ley 7.

Resta ver de que modos se acababan las servidumbres. Hemos dicho que estas son un derecho en la cosa: el cual sin embargo de ser perpetuo, puede acabarse de los modos siguientes: 1.^o por consolidacion. Consolidacion es cuando se hace uno mismo el dueño de los predios dominante y serviente: entences se acaba la servidumbre por el principio explicado arriba de que el señor no puede tener servidumbre en su cosa. (1) 2.^o Se estingue tambien por remision: porque como la servidumbre se constituye en utilidad del predio dominante, y cada uno puede renunciar del derecho introducido en favor suyo, el poseedor puede renunciarla siempre que quiera. (2) 3.^o Por no uso. De este modo en tiempo de diez años se acaba la servidumbre urbana, estando presente el señor del predio que goza de la servidumbre, y estando ausente en veinte años. Pero para que esto se verifique es necesario ademas que el dueño del fundo serviente con buena fe estorbe el

- (1) L. 17. tit. 31. P. 3. V. la otra manera.
 (2) L. 17. en el principio.

curso de la servidumbre, como v. g. si es viga que la estraiga de la pared en ausencia ó presencia del intererado segun hemos dicho arriba. (1) Pero si es servidumbre rústica, solo por no uso de tiempo immemorial se puede perder siendo continua, y siendo discontinua bastará no usar de ella por veinte años, ya sea entre presentes ó ausentes. (2) 4.º Por permitir el dueño de la servidumbre que el señor de la cosa que la sufre haga algo que la impida ó destruya: (3) pues en este caso se entiende que la quiere renunciar. 5.º Finalmente, por arruinarse ó extinguirse la cosa, se acaba la servidumbre: porque como es un derecho en la cosa cuando se estingue esta se debe estinguir tambien el derecho que se tenia en ella.

(1) L. 16. tit. 31. P. 3.

(2) La misma ley 16. al fin.

(3) L. 20. tit. 31. P. 3.

TITULO IV.

Del usufructo.

DEJIMOS arriba que en toda servidumbre sirve la cosa, y que si esta sirve á la persona será servidumbre personal: tales son el usufructo, uso, habitacion y obras de los siervos; pero que si una cosa sirve á otra cosa, resultará servidumbre real. De estas hemos hablado ya, y asi trataremos ahora de las personales, y en primer lugar del usufructo.

Usufructo es un derecho de usar y gozar los frutos de una cosa ajena sin deteriorarla. (1) Antes de esplicar esta definicion es necesario entender estas palabras: *usar, gozar y abusar*, en las que hay mucha diferencia. Usar es, percibir tanta utilidad de la cosa cuanta exige la necesidad. Por gozar se entiende percibir cuanta utilidad proviene de la cosa, no solo para ocurrir á las necesidades, sino tambien para comodidad y placer. Abusar es, percibir cuan-

(1) L. 19. tit. 31. P. 3.

ta utilidad se quiera de la cosa, aunque sea destruyéndola. Ahora facilmente se entenderá la definicion en la qual irémos por partes. El usufructo es derecho, y un derecho en la cosa, porque es servidumbre. Es un derecho de usar y de gozar, porque el usufructuario no solo percibe de la cosa lo que escije la necesidad, sino tambien lo conducente á dar placer y comodidad. Se usa y se goza de las cosas ajenas, porque es servidumbre que no la puede haber en cosas propias; de suerte que constituida esta servidumbre, siempre concurren dos personas: la una á quien pertenece el dominio, y se llama *propietario*; y la otra que goza del usufructo, ó utilidad de la cosa, y se llama *usufructuario*. Se añade finalmente que se ha de usar, no gozar de la cosa sin deteriorarla, porque si no sería abuso, y no uso solamente segun la diferencia de estas voces ya esplicada, fuera de que sería inútil al propietario el dominio, si el usufructuario pudiera destruir la cosa.

De la definicion se colige facilmente que frutos percibe el usufructuario,

en lo qual sirve de regla el axioma siguiente. *El usufructuario hace suyos todos los frutos que percibe siendo ordinarios.* Ahora pues, como los frutos son ó naturales ó industriales y los primeros proceden de la naturaleza solamente, como los partos de los animales, la yerba &c. y los segundos mediante el trabajo é industria del padre de familias, como el trigo, lino &c. es digno de advertirse que unos y otros son del usufructuario; porque el usufructo es un derecho de usar y de gozar, y estas palabras abrazan todo género de utilidad. Por el contrario, un tesoro hallado en el fundo no lo hará suyo, pues segun el axioma establecido, el usufructuario percibe solamente los frutos ordinarios en los que no se incluyen los tesoros. A mas de que los fundos no se tienen para buscar tesoros, sino para cultivarlos.

Infiere tambien que puede el usufructuario locar á otro la heredad de donde percibe usufructo: porque lo que tiene uno para sí lo puede trasferir á otro, y para el propietario lo mismo

vale que el usufructuario goce de la cosa, ù otro en su nombre siempre que no la deteriore. Puede tambien vender los frutos, pues vende una cosa suya: (1) pero no puede ceder su derecho á otro porque espira con su persona, y mucho menos vender la cosa fructuaria que pertenece al propietario.

Con la misma facilidad se demuestra que no tiene el usufructuario libre disposicion de la cosa, supuesto que debe gozarla sin causar mutacion ni deterioro en ella, y que no permaneceria ilesa siempre que se hiciese mutacion en su forma. De donde infiero que no puede mudar las cosas del fundo, ni con el fin de ponerlo en mejor estado á su parecer, v. g. haciendo de las dehesas campos de cultivo. Del mismo principio infiero tambien que el usufructuario està obligado á reparar la cosa: pues no permaneceria ilesa v. g. una casa, si no se la hiciesen los reparos y composturas correspondientes

(1) L. 20. tit. 31. P. 3. V. é este á quien es otorgado.

cuando lo necesitare. (1) Pero esto se entiende de unos reparos medianos, y asi, si la casa estuviera por caer y fuese necesario levantarla de cimientos, lo cual no puede hacerse sino con muy crecidos gastos, corresponderian estos al propietario. Se infiere tambien que el usufructuario debe usar y gozar de la cosa como un buen padre de familias, el cual no pierde las cosas con el uso, sino que antes que se deterioren demasiado las procura restablecer y reparar. (2) Asimismo, que si se le concede el usufructo de una grey, debe reponer las ovejas que mueran con otras nuevas, y si es viña en lugar de las vides secas plantar otras de nuevo. (3) Finalmente, es claro que el usufructuario debe dar caucion al propietario, pues este debe estar cierto de que su cosa se conservará ilesa. Está pues obligado á afianzar dos puntos: 1.º que usará y gozará de la cosa á arbitrio de buen varon: 2.º y que cuan-

(1) L. 22. tit. 31. P. 3.

(2) Ll. 20. y 22. tit. 31. P. 3.

(3) L. 22. ya citada.

do él muera ó de otra suerte se acabe el usufructo, restituirá la cosa intacta al mismo propietario ó á sus herederos. (1) Pero esta caucion cesa siempre que el usufructo se concede por la ley, y asi aunque el padre goce de los bienes adventicios del hijo, con todo no da caucion á causa de ser legal este usufructo, (2) como tambien porque seria impiedad que un hijo tuviese tan poca confianza de su padre.

Si se busca en que cosas se puede constituir el usufructo, hallaremos que la definicion dada lo declara bastante; porque constando en ella que se debe usar y gozar salva la sustancia de la cosa, se infiere que solo se puede constituir usufructo en cosas que no sean fungibles. Los juristas dividen las cosas en *fungibles* que constan de número, peso y medida, esto es, que se compran y venden contadas, pesadas y medidas, y en *no fungibles*, que no admiten estimacion segun número,

(1) L. 20. tit. 31. P. 3.

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

peso y medida. Pero como estas definiciones son algo oscuras, aclararemos mas la diferencia de las cosas fungibles y no fungibles: 1.^a diferencia. Las cosas fungibles de nada sirven si no se consumen, v. g. el vino, el pan, el trigo; pero de las no fungibles podemos usar dejandolas ilesas, v. g. un campo, una casa.

2.^a En las cosas fungibles el dar otro tanto es dar la misma cosa; v. g. se me han dado prestados 100 pesos, si yo vuelvo otros tantos satisfago cumplidamente aunque no haya vuelto los mismos 100 pesos que recibí; mas en las cosas no fungibles, una cosa igual ó equivalente no es la misma; y asi yo presté un libro y vuelvo otro del mismo tamaño y aun igual en todo, no satisfago sino que debo volver el mismo en especie.

3.^a Las cosas fungibles no admiten regularmente precio de particular afeccion; v. g. un peso por habermelo dado el rey no vale mas que otro peso que he recibido de un rústico; pero las cosas no fungibles si lo admiten; y asi

un libro aunque no valga mas de 10 ó 12 reales, puede ser para mi de mayor estimacion que 10 ó 12 reales, por ser regalo de un príncipe ó de un gran amigo y un monumento de su cariño.

Ahora pues, el usufructo solo se puede constituir en las cosas no fungibles, porque estas solas no se consumen con el uso, y el usufructo es un derecho de usar, y de gozar de la cosa salva su substancia; y asi sería un absurdo si á Ticio. v. g. se concediese el usufructo de una botija de vino, pues si usaba de él, ninguna utilidad quedaria al propietario. Con todo, para este caso se inventó un *cuasi usufructo* que tiene lugar en las cosas fungibles, prestando caucion el *cuasi usufructuario*, que acabado el uso de la cosa, volverá otro tanto en el mismo genero de aquello que recibió. De esta suerte, si yo tengo el *cuasi usufructo* de una bodega de vino, podré consumirlo todo, dando caucion de que acabado el tiempo de este usufructo, volveré tantas botijas de vino, como las que contenia la bodega, y

que será de la misma calidad &c. (*)

Siendo justo que el que percibe las comodidades de la cosa, sufra sus cargas se sigue: que el usufructuario que logra todos los frutos de la cosa, debe pagar los tributos, pechos y demas contribuciones á que esté obligada la cosa.

Hemos visto hasta aqui la naturaleza del usufructo: falta ver como se constituye y como se acaba. Se constituye el usufructo ó por la ley ó por el dueño de la cosa. Por la ley, siempre que las leyes disponen que en estas, ó en aquellas cosas tenemos el usufructo: v. g. las leyes mandan que al padre compete el usufructo en los bienes adventicios de sus hijos. (1) El señor puede conceder el usufructo

(*) Se preguntará si en vestidos podrá consistir verdadero usufructo, ó si solo será *cuasi* en el caso de que un testador concediese en su testamento á otro el usufructo de sus vestidos? Y se responde que puede ser uno y otro: será verdadero usufructo, si de tal suerte concedió el testador el uso de sus vestidos, que quede obligacion de restituir los mismos en especie acabado el tiempo de la concesion; y será *cuasi*, si se deben restituir otros ó su estimacion. Hein. en este tit. §. 419.

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

de su cosa ó por última voluntad, esto es, por legado, ó por pacto. (1) En el primer caso no hay necesidad de tradicion, sino que el usufructuario adquiere derecho en la cosa en virtud del testamento luego que el testador muere. En el segundo caso el pacto solo da derecho á la cosa, esto es, accion personal contra el que promete para que realice el usufructo prometido; pero no habrá derecho en la cosa hasta que se verifique la *cuasi tradicion*. Esta concesion de usufructo entre vivos se hace ó por voluntad expresa del señor, por pacto como llevamos dicho ó por voluntad tacita, como si alguno dejó que otro usara y gozara de su cosa sin contradecirlo por el tiempo de 10 años en su presencia ó de 20 en ausencia, pues entonces adquiere el usufructo por prescripcion.

Los modos de acabarse el usufructo nacen de su naturaleza y defi-

(1) L. 20. tit. 31. P. 3. *ibi. é tal otorgamiento como este puedese hacer por postura, ó en testamento.*

nicion; y asi cesa primeramente el usufructo, por la muerte natural del usufructuario, (1) pues es servidumbre personal que se debe á la persona y acaba con ella. Pero si á una ciudad, ó republica que es persona moral y no se entiende que muere, se la deja algun usufructo, nuestras leyes disponen para este caso que dure 100 años (2) si no se señaló tiempo: y es la razon; porque en el usufructo es necesario que la propiedad no sea del todo inutil al señor y lo sería si nunca volviese al propietario el usufructo. 2.º Cesa tambien por muerte civil, esto es, por servidumbre ó por destierro perpetuo. (3) 3.º Por consolidacion, esto es, cuando el usufructo se une á la propiedad; pues como ya se ha dicho mas de una vez, á ninguno puede servir su cosa. (4) 4.º Estinguida la cosa se estingue tambien el usufructo que se tenia en ella. 5.º Por no uso de 10 años entre presen-

(1) L. 24. tit. 31. P. 3.

(2) L. 24. d. tit. y P.

(3) Vease la misma ley 24.

(4) La misma ley 24.

tés y 20 entre ausentes; pero no por el abuso de la cosa, pues para este caso está bastante asegurado el propietario con la fianza que se le ha otorgado por el usufructuario. 6.º Se acaba por enagenacion hecha por el mismo usufructuario, la cual no produce mas efecto que hacer que el usufructo vuelva al propietario y nunca pasará al otro á quien se queria enagenar. Finalmente se acabará el usufructo por acabarse el tiempo por el cual se concedió la cosa, si este se señaló al tiempo del pacto. (1)

TITULO V.

Del uso y de la habitacion.

FUERA del usufructo nos restan otras servidumbres personales, conviene á saber, el uso, la habitacion y las obras de los siervos. La diferencia que hay entre el usufructo y el uso es clara, si se tiene presente lo dicho arriba. El usufructuario no solo usa para ocu-

(1) L. 24. tit. 31. P. 3.

rir á su necesidad, sino que á mas de esto, goza de la cosa para su utilidad y placer: el usuario solamente usa, no goza. Se definirá pues el uso, diciendo que es *un derecho de usar de las cosas ajenas para sacar de ellas lo precisamente necesario y salva su substancia.* De aqui nacen varios axiomas 1.º: *Menos provecho se saca del uso que del usufructo,* (1) pues en el usufructo se adquiere todo aquello que ordinariamente da la cosa, ahora sean frutos para necesidad, utilidad ó placer; pero el usuario solamente toma lo que necesita; y asi (2.º Axioma:) *el uso solamente satisface la necesidad de cada dia.* (2) Con varios ejemplos aclararemos esta materia. El que tiene el uso de una heredad solo debe tomar de la fruta, yerbas, flores, hortaliza &c. lo que ha menester para comer él y los de

(1) L. 20. tit. 31. P. 3. ibi. "E de tal otorgamiento como este no se puede aprovechar del tan ileneramente aquel á quien es fecho como del usufructo"

(2) L. 20. tit. 31. P. 3. ibi. "Porque este que ha el uso tan solamente non puede esquilmar la cosa si non en lo que oviere menester ende para su despensa"

tés y 20 entre ausentes; però no por el abuso de la cosa, pues para este caso está bastante asegurado el propietario con la fianza que se le ha otorgado por el usufructuario. 6.º Se acaba por enagenacion hecha por el mismo usufructuario, la cual no produce mas efecto que hacer que el usufructo vuelva al propietario y nunca pasará al otro á quien se queria enagenar. Finalmente se acabará el usufructo por acabarse el tiempo por el cual se concedió la cosa, si este se señaló al tiempo del pacto. (1)

TITULO V.

Del uso y de la habitacion.

FUERA del usufructo nos restan otras servidumbres personales, conviene á saber, el uso, la habitacion y las obras de los siervos. La diferencia que hay entre el usufructo y el uso es clara, si se tiene presente lo dicho arriba. El usufructuario no solo usa para ocu-

(1) L. 24. tit. 31. P. 3.

rir á su necesidad, sino que á mas de esto, goza de la cosa para su utilidad y placer: el usuario solamente usa, no goza. Se definirá pues el uso, diciendo que es un derecho de usar de las cosas ajenas para sacar de ellas lo precisamente necesario y salva su substancia. De aqui nacen varios axiomas 1.º: *Menos provecho se saca del uso que del usufructo*, (1) pues en el usufructo se adquiere todo aquello que ordinariamente da la cosa, ahora sean frutos para necesidad, utilidad ó placer; pero el usuario solamente toma lo que necesita; y asi (2.º Axioma) *el uso solamente satisface la necesidad de cada dia*. (2) Con varios ejemplos aclararemos esta materia. El que tiene el uso de una heredad solo debe tomar de la fruta, yerbas, flores, hortaliza &c. lo que ha menester para comer él y los de

(1) L. 20. tit. 31. P. 3. ibi. "E de tal otorgamiento como este no se puede aprovechar del tan iligeramente aquel á quien es fecho como del usufructo"

(2) L. 20. tit. 31. P. 3. ibi. "Porque este que ha el uso tan solamente non puede esquilmar la cosa si non en lo que oviere menester ende para su despensa"

su casa; pero no para dar á otro ni para vender. (1) Si á alguno se le concede el uso de una casa la puede habitar; pero no toda sino solo aquellas piezas de que tenga necesidad segun su condicion; pero no podrá alquilarla y solo se le permite recibir huéspedes si quiere. (2) El que tiene el uso de algun ganado, puede tomar de la leche, lana, estiércol, todo aquello que necesite segun sus circunstancias y número de su familia. (3)

Finalmente, como el uso solo está ceñido á la necesidad del usuario, es claro, que este no puede venderlo ni alquilarlo ni concederlo graciosamente á otro, como tampoco las cosas que son su materia.

La tercera servidumbre personal se llama *habitacion*: esta es un derecho de habitar la casa ajena sin deteriorarla. Por esta servidumbre se concede no solo el uso, sino el goze de todas aquellas piezas de la casa que están des-

- (1) La misma l. 20. cerca del fin.
 (2) L. 21. tit. 20. P. 3.
 (3) L. 21. ya citada.

tinadas para habitacion. De donde se infiere, que este derecho es mas pingüe ó comprende mas, que el uso de la cosa. (1) El usuario recibe solo aquellas piezas que ha menester y el habitador las tiene todas con tanta amplitud que puede concederlas gratis ó alquilarlas á otros, lo cual dijimos poco antes que no podia el usuario. (2)

De la misma definicion aparece claramente que este derecho de habitacion es menos pingüe que el usufructo de una casa, (3) pues el usufructuario percibe los frutos de todas las partes que la componen de suerte que se aprovecha de sus tiendas, de sus baños, huertas, jardines &c.; por el contrario el habitador solo tiene las piezas destinadas para habitacion, y nada mas.

La ultima servidumbre personal son las obras de los siervos: por ella entendemos un derecho de percibir toda la utilidad que resulta de las obras de un

- (1) Cotejese la l. 21. con la 27. t. 31. P. 3.
 (2) L. 21. t. 31. P. 3.
 (3) L. 20. tit. 31. P. 3. V. La segunda manera es.

siervo ageno. Es de mas utilidad esta servidumbre que la de uso de un siervo, porque el usuario no utiliza todas las obras sino solamente aquellas de que tiene precisa necesidad, y asi no puede locarlas á otro, como puede justamente aquel á quien se ha otorgado servidumbre de obras.

TITULO VI.

De la usucapion.

DIJIMOS arriba, que los modos de adquirir unos eran de derecho de gentes y otros de derecho civil. Los primeros establecimos que eran tres: ocupacion, accesion y tradicion: siguen ahora los civiles, que son los que no nacen solamente de la razon natural, sino que provienen en mucha parte de las leyes civiles. Estos modos de adquirir por derecho civil se dividen en *universales* por los cuales se nos transfiere todo el derecho que alguno tiene en sus cosas; de suerte que este sucesor universal entra en

todos los derechos de su antecesor y recibe en sí todas sus obligaciones; y *singulares* por los que no pasa todo el derecho de otro á nosotros, sino solamente se adquiere el dominio de una cosa singular. De los modos universales no conocemos otro en el dia mas de la herencia; de los singulares hay cuatro: usucapion ó prescripcion, donacion, legado, y fideicomiso. Trararemos primeramente de la prescripcion, y luego de los demas.

La prescripcion podemos decir que es *un modo de adquirir el dominio de una cosa capaz, por cierto tiempo establecido en derecho habiendo buena fe, justo titulo y estando en posesion de ella.* Antes de explicar los cinco requisitos esenciales para la prescripcion que se contienen en la definicion dada, es necesario decir algo sobre su justicia y utilidades que acarrea á la republica. ®

Es innegable, que el bien público se debe anteponer á todo otro particular: de esta suerte ninguno puede dudar que sea justa la prescripcion,

viendo que el público se interesa en el cultivo de las tierras y en que los dominios de las cosas no esten inciertos. De otro modo el descuido y negligencia de los poseedores, acarrearía notables perjuicios al estado y ninguno estaría cierto de que era verdadero señor de la cosa, á mas de estar siempre obligado á responder al que alegase dominio en ella, volviéndose de este modo los pleitos interminables. Este es el motivo por que despues de varias controversias, se ha admitido la prescripcion entre las naciones, siendo fuera de esto conforme al derecho natural, que aquellas cosas que son de ninguno cedan al primero que las ocupa; y las cosas abandonadas por su dueño las tiene el derecho por de ninguno. ¿Y que cosa se podrá llamar con mas razon abandonada que aquella que en un espacio considerable de años no es buscada ni solicitada por su dueño, ni vindicada del que la posee? Con razon pues pierde el dominio de la cosa en pena de su negligencia; y porque las cosas que se tienen por

abandonadas ceden al primero que las ocupa. (1)

Veamos ahora los requisitos de la prescripcion, que como se ha dicho ya nacen de su definicion. El 1.^o es la buena fe. Por ella entendemos un juicio recto por el cual uno cree que es verdadero señor de la cosa; y asi si uno compra un libro sabiendo que no es del vendedor sino de otro, no lo adquiere por prescripcion, pues se lo impide la mala fe. Nuestro derecho no requiere buena fe sino al principio, esto es, que en el tiempo del contrato ó de la adquisicion se crea uno dueño, de suerte que la mala fe superveniente. (2) v. g. si yo compro un libro, y despues de tenerlo dos años creyendo que habia comprado de un verdadero señor, comienzo á oír que no lo era del libro, con todo la prescripcion corre y yo adquiere. Pero esto se halla enmendado por el derecho canoico, que requiere bue-

(1) L. 1. t. 29. P. 3. Vease á Olmeda en el derecho público de la paz tom. 1. cap. 11.

(2) L. 12. tit. 29. P. 3.

na fe continua y perpetua desde el principio de la prescripcion hasta el fin, (1) y asi se practica.

2.^o El otro requisito es el *justo titulo*, esto es, una causa tal que sea habil para trasferir el dominio como ya esplicamos en otra parte. De esta suerte, aunque el titulo sea justo si no es habil para trasferir el dominio, es absurdo creer que la cosa poseida de este modo se pueda prescribir; y asi, v. g. si alquilé una casa y la he poseido por diez ó veinte años, no por esto me hago dueño de ella, porque la locacion ó conduccion no es titulo habil para trasferir el dominio, aunque en si es justísimo. (2) De aqui se sigue que no es suficiente para la prescripcion el error de justo titulo: v. g. tengo una cosa mueble por mia creyendo que la com-

(1) Cap. 20. de prescrip. *Quoniam omne quod non est ex fide peccatum est, sinodali judicio definitum, ut nulla valeat absque bona fide praescriptio tam canonica, quam civilis, cum generaliter sit omni consuetudini derogandum quae absque mortali peccato non potest observari. Unde oportet ut nulla temporis parte rei habeat conscientiam alienae.*

(2) Vease la l. 9. t. 29 P. 3.

pré ó que me fue donada, si despues sé que no es asi, aunque la haya tenido tres años, no la prescribo (2) sino es que el error fuera invencible procedente de hecho ageno, que entonces valdria la prescripcion, como si uno mandase á su procurador que le comprara alguna cosa, y este no lo hiciese asi sino que la hubiese sin titulo, y la entregase al señor diciendole que la habia comprado; teniendo esta cosa por tres años, la prescribirá por ser el error invencible y de hecho ageno. (1)

Antes de pasar adelante, es necesario advertir que el titulo puede ser *verdadero ó no verdadero*. Titulo *verdadero* es aquel en fuerza del cual se trasfiere el dominio sin necesidad de prescripcion, como cuando la cosa se ha comprado de su verdadero señor. El no verdadero puede ser de tres maneras, *putativo, colorado y presunto*. *Putativo* se llamará cuando se juzga que hay titulo no habiendolo habil,

(2) L. 14. d. t. y P.

(1) Vease la misma ley del mism. tit. al fin.

como el que cree que una cosa la posee por donacion, siendo recibida en prestamo. *Colorado* es aquel que tiene visos de verdadero titulo, pero en realidad de verdad no tiene fuerza de tal, como el que ha comprado una cosa de uno que no es verdadero señor, pero el que la recibe cree que lo es. Titulo *presunto* es aquel que el derecho presume que intervino, aunque en realidad no haya intervenido. Esto supuesto, veamos cual de estos titulos es necesario para la prescripcion.

1.º El titulo verdadero no se requiere, antes habiendolo no se da prescripcion porque ya se adquirió dominio.

2.º Para la prescripcion ordinaria de tres, diez, y veinte años, se requiere titulo colorado. (1)

3.º Para la prescripcion de larguísimo tiempo, esto es, de treinta, cuarenta y cien años, basta titulo presunto; y es la razon, porque con el curso de tanto tiempo presume el de-

(1) Argumento de la ley 9. tit. 29. P. 3. y de la 14. en el princ.

recho que hay justo titulo no habiendose reclamado la cosa, y aunque habiendo mala fe no se prescriba segun derecho canonico, con todo el derecho civil quita la accion para reclamar su cosa á los dueños, (1) en atencion á las razones dichas.

4.ª El titulo putativo no basta para la prescripcion ordinaria de tres años &c., (2) pero si para la de las servidumbres; y es la razon, porque el uso de uno y paciencia del otro por tantos años, sirve de titulo.

Se sigue el 3.º requisito de la prescripcion, y es que la cosa sea capaz de ser prescrita,

1.º Son imprescriptibles las cosas forzadas, hurtadas, ó poseidas con mala fe no solo por el ladron, lo cual es indubitable, (3) sino tambien por el tercer poseedor, segun opinan muchos autores (1) fundandose en la ley

(1) Veanse las Ll. 21, 23, y 27. d. t. y P. de las que se hace argumento para probar lo dicho.

(2) L. 14. tit. 29. P. 3.

(3) L. 5. tit. 15. lib. 4. de la Rec. de Cast.

(4) Vela Dis. 48. núm. 45. Covarrubias en la regl. Possesor. Molina de Prim. lib. 2. cap. 6.

5. tit. 15. lib. 4. de la Rec. de Cast. y es enteramente cierto, que ningun poseedor de mala fe prescribe si se atiende al derecho canonico que no admite prescripcion si no es que el poseedor perseverare en buena fe hasta el ultimo dia de su complemento; y asi se tiene por derogada la ley 21 tit. 29. Part. 3. la cual establece que con treinta años de posesion, se adquiere la cosa de cualquier modo que la hubiere adquirido. (1)

2. Item, es imprescriptible el hombre libre. (2)

3. El sumo imperio y jurisdiccion civil y criminal que tienen los reyes, y todo lo que no se puede hacer sin tenerla, no se puede prescribir; pues con motivo de ser inherente á los huesos del principe, es necesario serlo para gozarla. (3)

4. Está tambien enteramente prohibida la prescripcion aun inmemorial de los pechos y tributos debidos al

(1) Vease a Greg. Lop. en la glosa de dha. l. 21. tit. 29. P. 3. Lib. 19. tit. 2. del Fuero Juzgo.

(2) L. 24. d. tit. y P.

(3) L. 1. tit. 15. lib. 4. de la Rec. de Cast.

rey, como tambien de las alcabalas, en lo cual se declara que no corre el tiempo, y que la prescripcion se tiene por injusta y dañosa al bien comun. (1)

5. Las cosas hipotecadas, empeñadas, arrendadas, ó alquiladas, tampoco se pueden prescribir por tiempo alguno, pues los que las tienen no poseen por si, sino por aquellos de quien la cosa tienen. (2)

El 4.º requisito es el tiempo prefinido por derecho; y como este es vario segun la calidad de las cosas que se prescriben, se advierte que la prescripcion, una es temporal, y otra inmemorial. Explicaremos primero la diversidad de tiempos que comprende la temporal, que se llama asi por estar ceñida á cierto tiempo.

La primera prescripcion de esta naturaleza es la anual. Con ella se prescribe la pena en que cayó el que salió por fiador de otro para presen-

(1) Vease la dha. l. 1. al fin, y la 2. tit. 15. lib. 4. de la misma Rec.

(2) L. 4. tit. 15. lib. 4. Rec. de Cast. y 22. tit. 29. P. 3.

tarlo en juicio hasta cierto tiempo, y bajo de la dicha pena. Si incurriere en ella por no haber cumplido lo prometido, y no se le pidiere dentro de un año contado desde el dia en que cayó en la pena, la prescribió, y no puede ser en adelante demandado. (1)

2. La segunda prescripcion temporal, es lo de tres años con que se adquieren las cosas muebles (2) y se prescriben los salarios de los criados no pidiendolos en todo este tiempo contado desde que fueron despedidos de sus señores. Asimismo, pasados tres años, no pueden pedir lo que hubieren dado de sus tiendas los boticarios, joyeros y otros oficiales mecanicos por lo tocante á sus hechuras; y los especieros y confiteros y otras personas que tienen tiendas de cosas de comer, (3) como tambien los salarios de los abogados y procuradores no habiendose contestado demanda so-

(1) Véase este caso espreso en la L. 10. tit. 16. lib. 5. Rec. de Cast.

(2) L. 17. tit. 29. P. 3.

(3) L. 9. tit. 15. lib. 4. Rec. de Cast.

bre ello, antes que hayan pasado los mismos tres años. (2)

3. La tercera especie de prescripcion temporal es la de diez años, y con esta se ganan los bienes raices entre presentes, (2) y el derecho de ejecutar por obligacion personal. (3)

4. La prescripcion de veinte años que es la cuarta, sirve para adquirir los bienes raices entre ausentes (4) y la accion personal y ejecutoria dada sobre ella. (5)

5. La quinta manera de prescripcion que es de treinta años, sirve para ganar por este tiempo segun derecho de partidas las cosas con mala fe, con la diferencia de que habiendo buena fe en el que prescribe, si otro le quita la cosa, puede pedirla en juicio, si no es que sea el verdadero señor el que se la quitó, pero si la poseyese de mala fe no puede demandar la posesion si no es que otro se la hubiese robado á él, (R)

(1) L. 32. tit. 16. lib. 2. Rec. de Cast.

(2) L. 18. tit. 29. P. 3.

(3) L. 6. en el princ. tit. 15. lib. 4. Rec. de Cast.

(4) D. l. 13. t. 29. P. 3.

(5) L. 6. tit. 15. lib. 4. Rec. de Cast.

o la hubiese dado prestada ó alquilada. Tambien puede recobrarla si el juez le hubiese quitado la dicha cosa por no responder á la citacion, pues en este caso si viniese dentro de un año y respondiese á la demanda puesta, se le entregará pagando las costas. (1) Tambien se prescriben por treinta años las acciones real, hipotecaria y mista de real y personal. (2)

6. La otra especie de prescripcion temporal es de cuarenta años, y con ella se adquieren las cosas de las iglesias que sean raices, pues las muebles se pierden por tres años como todas las demas.

Tambien se adquieren por el dicho tiempo los bienes que son de patrimonio de alguna ciudad ó villa, y que no son de uso comun á todos los pueblos, (3) como siervos, viñas, navios, &c. pues las públicas como plazas, calles &c. solo por tiempo inmemorial se podrán prescribir. Prescri-

(1) L. 21. tit. 29. P. 3.

(2) L. 6. tit. 15. lib. 4. Rec. de Cast.

(3) L. 7. tit. 29. P. 3.

bese finalmente por cuarenta años el derecho de prenda, poseyendo este tiempo la cosa el deudor mismo ó su heredero, ú otro alguno á quien el mismo la hubiese obligado otra vez. (1)

7. La septima especie de prescripcion temporal aunque de larguísimo tiempo, es la de cien años. Pero este privilegio solo está concedido á las cosas raices de la iglesia de Roma; (2) y asi si alguno posee un campo que pertenezca á los dominios del Papa por cualquier titulo que lo haya adquirido de algun no señor, no prescribirá si no es que pasen cien años.

Siguiese la prescripcion inmemorial, la cual no está reducida á tiempo cierto, y se llama asi, porque para que lo sea es necesario que la posesion de la cosa sea tan antigua que no haya memoria de lo contrario. Debe pues, probarse esta prescripcion con testigos de buena fama que depongan haber visto poseer la cosa por espacio de

(2) Vease la l. 27. tit. 29. P. 3. y la l. 6. tit. 15. lib. 4. Rec. de Cast.

(3) L. 26. tit. 29. P. 3.

cuarenta años, y que así lo oyeron decir á sus mayores, y que nunca vieron ni oyeron decir lo contrario; y que de ellos es pública voz y fama, y comun opinion entre los vecinos y moradores de la tierra. (1) Por esta prescripcion se adquiere el señorío de cualesquier ciudades, villas y lugares, y la jurisdiccion civil y criminal, entendiendose sujeta á la suprema que reside en el monarca, la que como se ha dicho no se puede prescribir.

5.º El último requisito para la prescripcion es la *posesion continua*. (2) La palabra posesion no se toma aquí en sentido natural y gramatical, esto es; por la nuda detencion de la cosa, sino en sentido civil y juridico, en el que se requiere detencion corporal, y ánimo de adquirir. (3) El que detiene pues la cosa de este modo con una continua y no interrumpida posesion y por el tiempo establecido por las leyes, adquirirá el

(1) L. 1. tit. 15. lib. 4. Rec. de Cast. que se refiere á la l. 1. tit. 7. lib. 5. de la misma.

(2) L. 9. tit. 29. P. 3. y la l. 29. del mismo tit. Arg. de la l. 1. tit. 15. lib. 4. de la Rec. de Cast.

(3) L. 1. tit. 30. P. 3.

dominio por medio de la prescripcion. De aquí se sigue, que la posesion interrumpida no aprovecha: esta interrupcion puede ser de dos maneras, natural ó civil; (1) la natural se verifica cuando uno es echado de la posesion ó por el verdadero señor ó por otro. La civil se hace por acto judicial cuando el verdadero señor entabla su accion en juicio contra el poseedor de su cosa y este es citado y emplazado por el juez. (2) Impedida pues, la posesion de alguno de estos modos, se tiene por interrumpida la prescripcion, y no aprovecha el tiempo corrido, de suerte que si uno hubiera poseido la cosa raiz por nueve años y en el décimo se le interrumpe, de nada le aprovechan los años corridos, (si no es que sea absuelto de la demanda;) y así debe comenzar de nuevo el tiempo de su prescripcion desde el dia en que volvió á poseer la cosa. (3)

No solamente se interrumpe la prescripcion mediante demanda judicial, si-

(1) L. 1. tit. 15. lib. 4. de la Rec. de Cast.

(2) L. 29. tit. 29. P. 3.

(3) Dha. l. 29. del mismo tit. y P.

no tambien por la interpelacion hecha ante los vecinos de la casa y protesta de que solo por impedimento no lo demanda en juicio; (1) y si el poseedor es huérfano ante su tutor. (2)

Resta ahora investigar si al sucesor aprovechan los años que ha poseído el antecesor; v. g. ¿si prescribiré una cosa raíz que mi padre poseyó seis años, poseyéndola yo los cuatro restantes? En este particular es regla general la siguiente: *el sucesor continúa la posesion de su antecesor, sea sucesor universal, sea singular siempre que ambos tengan buena fe; pero para comenzar la prescripcion desde sí mismos, no les daña la mala fe de su antecesor.* (3)

ADICION.

En el lugar en que se cita á Olmeda en su derecho público se pueden tambien ver á Vattel lib. 2. cap. 11. y á Renneval lib. 2. cap. 3. Sobre la derogacion de que ha-

(1) L. 30. tit. 29. P. 3.

(2) Ll. 29. y 30.

(3) L. 16. tit. 29. P. 3.

bla el autor de la ley 21. tit. 29 P. 3. véase el Sala, lib. 2 tit. 2. n. 10.

Entre las cosas cuyo dominio se pierde por la prescripcion pasados tres años, se pone el salario de los criados: para esto se cita la ley 9 tit. 15. lib. 4 de la Rec. de Cast. Se puede ver mas estensamente al Acevedo sobre esta ley y al Carleval tom. 2. lib. 1. tit. 3. disput. 4 núm. 2 y sig. donde se hacen cargo de esta materia y de la presuncion de mala fé del deudor é interrupcion de la prescripcion por interpelacion estrajudicial.

Hay tres cédulas con fecha de 16 de septiembre y 26 de octubre de 1784 y 19 de mayo de 1785 [que apoya las anteriores,] en las que derogandose todo fuero secular, se previene que todos los sirvientes, artesanos, jornaleros &c. ocurran á los jueces ordinarios para pedir cuanto se les deba, y que desde el dia de la interpelacion estrajudicial hasta el de la solución, esten obligados sus deudores maliciosos á pagarles á los operarios el interes de seis por ciento y á los sirvientes, el de tres.

De las donaciones.

DONACION es una liberalidad hecha á otro, sin que ningún derecho nos obligue á ello. (1) Se llama liberalidad, porque no puede verificarse donacion sin cosa que tenga algun valor. Es necesario que sea hecha á otro, porque ninguno puede donarse á si mismo. Finalmente debe ser sin que ningún derecho nos obligue á ello, porque cuando uno da á otro lo que le debe, no dona, sino que paga.

La donacion en general se divide en una que se hace *entre vivos*, y otra por *causa de muerte*. (2) La primera es la que se hace sin respeto ni consideracion al caso de muerte. Y la segunda se verifica por miedo, ó con respicencia á ella, de suerte, que el donante quiere mas tener la cosa que darla, si no es que muera. Para entender la diferencia de estas dos donaciones es menester distinguir si uno dona de tal suerte, que trasfie-

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

(2) Ll. 1. y 11. tit. 4. P. 5.

ra el dominio luego al punto, y solo se reserve la posesion hasta la muerte, ó si el donante no trasfiere otra cosa que la esperanza, y el dominio hasta despues de su muerte. En el primer caso es donacion entre vivos, esté sano ó moribundo el que la hace. En el segundo, es donacion por causa de muerte, ahora este prócsimo el peligro, ahora no.

Esto supuesto, veamos quien puede donar. Una y otra donacion es realmente liberalidad que trasfiere el dominio en el donatario, ya sea al punto ó para lo por venir. Dominio entre vivos no puede transferir sino el que es señor y tiene la libre administracion de sus bienes. (1) La donacion por causa de muerte como es muy semejante á la última voluntad, solo aquel trasfiere el dominio de este modo, que puede hacer testamento.

De estos axiomas se infiere que no puede donar entre vivos, 1.º el menor de 25 años: 2.º el loco desmemoriado ó pródigo á quien le está prohibida la administracion de sus bienes: 3.º el

(1) Arg. de la l. 1. tit. 4. P. 5.

hijo que está bajo el poder de su padre sin su licencia, si no es que fuese del peculio castrense, ó cuasi castrense, del cual puede disponer á su arbitrio, pues del profecticio solo podrá hacer donacion por causa justa. (1) 4.º El que es reo de delito de lesa magestad á no ser que lo cometa despues de hecha la donacion; (2) aunque este y todo condenado á muerte puede donar de los bienes que no le han sido confiscados. (3)

Como la donacion entre vivos hemos dicho que es un pacto, y este no se puede hacer sin promesa de parte de uno y aceptacion de parte de otro, se sigue: que la donacion requiere aceptacion sin que se deba poner en esto diferencia entre la donacion por causa de muerte, y la entre vivos, pues una y otra se ha de aceptar; antes bien en esto consiste la diferencia entre la donacion por causa de muerte, y el legado ó fideicomiso, pues aquella se debe

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

(2) L. 2. del mismo tit.

(3) L. 3. tit. 4. lib. 5. Rec. de Cast.

aceptar por el donatario presente, y el legado ó fideicomiso se puede dejar al ausente ó ignorante. Se requiere tambien que el donante y donatario sean personas diversas, pues es evidente que ninguno puede donarse á sí mismo. Esta es la razon de no valer la donacion entre el padre y el hijo, pues el derecho los reputa por una misma persona. Esta misma razon habia antiguamente para que no se valiese la donacion entre marido y muger; pero nuestro derecho las prohibe, porque el mútuo amor sería causa de que empobreciesen haciendose donaciones cuantiosas; (1) y se prueba ser esta la razon mas propia de una ley del Fuero Real que permite hacer estas donaciones pasado el primer año en el que se deja ver que el amor será mas vivo y tierno. (2)

Hemos dicho que la donacion es una liberalidad, y esta debe trasferir una cosa que traiga alguna utilidad. La traen pues, todas las que estan en el comercio de los hombres por lo cual

(1) L. 4. tit. 11. P. 4.

(2) L. 3. tit. 12. lib. 3. del Fuero Real.

no se pueden donar las cosas sagradas, santas, religiosas, públicas &c. Son tambien útiles las cosas incorporales, como los derechos, servidumbres, obligaciones &c. y asi no hay duda que se pueden donar. Pueden traer tambien utilidad todos los bienes presentes y futuros de alguno que fuese tan liberal, ó por mejor decir, tan pródigo que los quisiere donar; pero para evitar los graves inconvenientes que tendria semejante donacion, la ha prohibido espresamente el derecho, estableciendo que ni aun todos los bienes presentes se pueden donar. (1) Finalmente, las cosas ajenas pueden prestar utilidad, y asi se pueden donar; pero esta donacion solo producirá efecto en el caso de que el donatario reciba la cosa con buena fe, esto es, creyendo que el que se la dona es verdadero señor, pues entorces adquirirá la cosa por prescripcion si el dueño no la vindicare en tiempo oportuno.

Las dos especies de donaciones ya esplicadas se diferencian primeramen-

(1) L. 8. tit. 10. lib. 5. Rec. de Cast.

te en el modo de donar. La donacion entre vivos como solamente es pacto, no requiere mas que el consentimiento, y asi no necesita de solemnidades algunas; pero la donacion por causa de muerte necesita de tres ó cinco testigos por participar de la naturaleza del testamento. 2.º Se diferencian por razon de la libertad de donar; y asi como entre vivos hay peligro de llegar à pobreza si se hacen donaciones cuantiosas, por eso se ha mandado que esta donacion no esceda de 500 maravedis de oro, que en pesos fuertes de nuestra moneda hacen 1280; y para que la donacion pueda ser mas cuantiosa de lo dicho, es necesario sea hecha à lugares piadosos, ó al rey, ó que se haga con escritura pública y otorgamiento del juez. (1) Mas la donacion por causa de muerte, como vale ó tiene efecto hasta despues de la muerte, y no hace mas pobre al donante por grande que sea, no necesita de insinuacion. 3.º Se diferencian en el efecto. La donacion entre vivos vale al punto, y una vez he-

(1) L. 9. tit. 4. P. 5.

cha no se puede revocar sin causa, pues aquello que se hace por mútuo consentimiento, no se puede disolver sino por mútuo disentiimiento; pero la donacion por causa de muerte siempre es revocable, porque participa de la naturaleza de las últimas voluntades que son variables como el hombre hasta el punto de la muerte. 4.º se diferencian por razon de la traslacion del dominio. La donacion entre vivos es título hábil para trasferirlo; pero el título no dà sino solo derecho á la cosa, y para tenerlo en la cosa es necesaria la subsiguiente tradicion. Asi pues, no me hago señor de la cosa donada hasta que se verifique la tradicion. Por el contrario, porque la donacion por causa de muerte es semejante á la última voluntad, y por esta pasa el dominio á nosotros sin tradicion luego que el testador ó donante ha muerto, de aqui es, que las donadas de esta suerte se hacen nuestras luego que el donante muere, no habiendolas revocado antes. 5.º Se diferencian por razon de la paga. El que es reconvenido por la dona-

cion entre vivos, goza del beneficio de competencia, y no se le condena en toda la cantidad no teniendo con que pagar, pues se le debe dejar lo necesario para pasar la vida sin mendigar. Finalmente, se diferencian en las acciones. La donacion entre vivos como solo da derecho á la cosa, no produce accion real, sino solo personal contra el donante. Por el contrario, la donacion por causa de muerte siendo semejante á la última voluntad ó los legados, se pide con las mismas acciones que estos, conviene á saber; *rei vindicatoria*, hipotecaria y personal contra el heredero.

Hemos advertido poco ha que la donacion entre vivos es irrevocable; pero esta regla, (como todas) tiene sus escepciones. La 1.ª es, si la donacion hecha es inoficiosa; y se llama así aquella por la cual los hijos del donante son dañados en su parte legitima, y se revocará en toda aquella cantidad en que escada del quinto de que tiene el padre libre disposicion. (1) 2.ª Se re-

(1). L. 8. en el fin tit. 4. P. 5.

voca tambien todo lo que esceda de 500 maravedis de oro, no siendo la donacion hecha con alguna de las condiciones dichas arriba para que valgan las donaciones cuantiosas. (1) 3.^a Revocase tambien la donacion por ingratitud del donatario. Mas como la ingratitud es ó simple cuando uno no agradece ni hace bien á su bienhechor, ó preñada cuando le hace mal; es menester notar que la primera no basta para revocar la donacion, sino que es necesaria la segunda de la cual asignan las leyes cuatro casos. 1.^o Cuando el donatario deshaura de palabra al donante ó le acusa de algun delito por el cual merece pena de muerte ú otra semejante. 2.^o Cuando le injuria de hecho poniendo manos airadas en él. 3.^o Cuando le hace grande daño en sus cosas. 4.^o Cuando le procura la muerte. (2) Pero es digno de notarse que el donante solamente puede revocar la donacion hecha al ingrato, mas no sus herederos, pues si el no la revocó en vida, se hace juicio que perdonó la in-

(1) L. 9. en el fin tit. 4. P. 5.

(2) L. 10. tit. 4. P. 5.

juria, y es regla general que las acciones que miran solamente á la venganza no se dan á los herederos. Pero ni aun contra los herederos del donatario ingrato tiene el donante accion para revocar la donacion hecha, porque solo se ha establecido para venganza, y esta solo tiene lugar contra el que nos agravió, lo que de ningun modo ha hecho el heredero. Se puede finalmente revocar la donacion por nacerle hijos al donante, como espresamente lo dispone nuestro derecho. (1)

§. UNICO.

De las donaciones llamadas propter nuptias.

HAY varias donaciones entre el hombre y la muger antes del matrimonio. La primera es llamada *dote*, y no es otra cosa, que aquel caudal ó bienes que la muger dá al marido por razon de su casamiento á efecto de ayudar á sostener las cargas del matrimo-

(1) L. 8. tit. 4. P. 5.

nio: de esta hemos tratado en otra parte.

Las arras son de tres maneras. Unas son lo que el esposo dá, ú ofrece a la esposa por razon de la dote que con ella recibe; ó por honor del matrimonio, y atencion á la virtu, honestidad y otras apreciables prendas y circunstancias de que está adornada; ó por remuneracion y recompensa de su virginidad y nobleza: y esta donacion se llama vulgarmente *arra*, y por derecho de partidas *donacion propter nuptias*. (1)

Lo que el esposo da simple y francamente á la esposa para su adorno, v. g. anillos, aderezos &c. ó esta á él antes que el matrimonio sea consumado; pero con esperanza y fin de casarse, se llama en latin *sponsalitia largitas*; pero tacitamente se entiende que tal donacion como esta la debe restituir el donatario al donante si fuere en su culpa que el matrimonio no se cumpla. (2) Y si acaeciese morir

(1) Vease la l. 1. tit. 11. P. 4.

(2) L. 3. t. 11. P. 4.

alguno de ellos antes de consumarse debe restituirse la donacion íntegramente al que la hubiere hecho, ó á sus herederos; pero si fuere hecha por el esposo á la esposa, y la hubiere besado, no debe restituir esta, ni sus herederos mas que la mitad, y la otra mitad la pueden retener para sí. (1)

Veamos ahora á quanto pueden ascender estas donaciones. Sin embargo de que por las leyes (2) se permite poder hacer el marido á la muger, y ella á él, durante el matrimonio y siendo consumado, donacion de algunos bienes no haciendose el uno mas rico y el otro mas pobre; es de advertir, que el marido no puede dar ni ofrecer á su muger en arras ni en otra cosa alguna, mas que la decima parte de sus bienes que liquidamente tuviere y poseyere al tiempo de contraer el matrimonio, ó al de su separacion, segun fuere capitulado, como lo dispone una ley del Fuero Real confirmada por otra de Recopilacion,

(1) D. l. 3. del mism. tit. y P.

(2) Veanse las leyes 4. 5. y 6. t. 11. P. 4.

(1) en que se manda no se puede renunciar aquella, y que en caso de hacerse sea nula la renuncia. Ni tampoco puede dar el marido á la muger en dichas arras, joyas ó vestidos, mas que lo que importare la octava parte de la dote que con ella recibe, (2) sin que se pueda tampoco renunciar este derecho, y los contratos que se hicieren en contrario no valen, y las cantidades en que hubiere esceso deben ser aplicadas á la real cámara. (3)

La tercera especie de arras, y que lo son en todo rigor de derecho, es lo que los esposos de futuro se entregan antes de contraer matrimonio en señal ó prenda para justificar y hacer constar los esponsales de futuro, ó una especie de pena que se imponen para que la pague el que se aparte de celebrarlo, (4) lo cual

(1) L. 2. tit. 2. lib. 3. del Fuero Real y l. 2. tit. 2. lib. 5. Rec. de Cast.

(2) Ll. 4. y 5. t. 2. lib. 5. Rec. de Cast.

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

(4) Vease la l. 1. tit. 11. P. 4.

segun parece, ya no se practica en el dia.

Vease sobre todo este parrafo á Febrero. P.1. cap. 2. §: 1. y 2. de la Librería de escribanos: á Colom de escribanos tomo 2. lib. 2. cap. 3: á Gomez en la ley 52. de Toro, y todo el tit. 11. de la partida 4. Y se advierte por conclusion de este titulo que cuando muere el marido despues de consumado el matrimonio, llevará la muger ó los suyos, todo lo que el esposo la dió siendo desposados, si no hubo arras en el casamiento, pues si las hubo, elegirá la muger, y por su muerte sus herederos, tomando las arras ó lo que el marido la dió: la cual eleccion se ha de hacer dentro de veinte dias despues de requeridos por los herederos del marido, y pasados la harán ellos y podran darla de las dos cosas la que quieran. (1)

ADICION.

Sobre la imposibilidad de donar los bienes confiscados se debe consultar el artículo

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

147 de la constitucion, que dice: „Queda para siempre prohibida la pena de confiscacion de bienes.” Por él se vé que en el dia no existe ya semejante atentado contra la propiedad.

La ley 69 de Toro que es la misma 8. del tit. 10. lib. 5. de la Rec. de Cast. dice terminantemente: „Ninguno pueda hacer donacion de todos sus bienes, aunque lo haga solamente de los presentes.”

Esta ley tan benéfica, y que sin duda fue arrancada por la esperiencia de los muchos males que por su falta se sufrían, vino à hacerse ilusoria y sin ningun efecto por las absurdas interpretaciones de los que llamándose comentadores del derecho, no hacian otra cosa que embrollarlo y dar resoluciones del todo opuestas à la letra de las leyes tan solo consultando à sus caprichos, intereses y preocupaciones. Vease à Antonio Gomez en dicha ley.

Hay un caso muy reciente y que aun está penliente ante el congreso general, en el que se ven patentemente los males que han traído dichas interpretaciones chudiendo las disposiciones literales de las leyes. Las dos cámaras aunque en resoluciones diversas han

manifestado del modo mas terminante el espíritu de que la ley citada se observe literalmente, y pronto saldrá una decision uniforme y bajo la misma base; de este modo se evitará que la seduccion y el engaño valiendose de los pretextos mas sagrados, pongan en la última miseria à los imbéciles, que con la mejor intencion y dejandose deslumbrar, abandonan todos sus bienes.

TITULO VIII.

Quien puede enagenar ó no.

En este titulo se debe notar una regla general y dos escepciones que padece. La regla es esta: *el señor puede enagenar su cosa*: la cual nace de la naturaleza y definicion del dominio, que segun dijimos es el derecho en una cosa corporal del cual nace la facultad de disponer de ella y de vindicarla. Pero esta regla padece como hemos dicho dos escepciones de las cuales se trata en este titulo. La 1.^a es que algunas veces sucede que uno sea señor y con todo

no pueda enagenar. 2.^a Otras veces el que no es señor tiene derecho de enagenar.

La 1.^a escepcion reducida á que algunas veces el señor no puede enagenar, se prueba con el ejemplo del marido, que siendo señor de la dote no puede enagenarla; (1) pero esto se entiende no habiendosele entregado apreciada, pues si asi se entrega podrá enagenarla quedando obligado á restituir la misma cantidad que recibió cuando se separó el matrimonio. (2)

Otro ejemplo de un señor que no puede enagenar, nos presenta el pupilo. Este en realidad de verdad es padre de familias, como tambien un menor, y con todo ninguno de los dos puede enagenar, porque estan bajo de tutela ó curatela, y no tienen la libre administracion de sus cosas. (3) La diferencia que hay entre uno y otro consiste en que la enagenacion hecha por el pupilo es *ipso jure nulla* y de ningun valor, (4) y la que hace el menor vale

(1) L. 7. tit. 11. P. 4.

(2) Vease hasta el fin la dicha ley.

(3) L. 17. tit. 16. P. 6. y la 4. tit. 11. P. 5.

(4) Dicha ley 17.

si jurare sostenerla. (1) No pudiendo pues el pupilo enagenar, se sigue que no puede dar á mútuo, pues por este contrato se hace una verdadera enagenacion; y asi, si el pupilo llegó á entregar el dinero y todavia ecsiste en poder del que lo recibió, se puede vindicar, pues el pupilo en tal enagenacion, no ha trasferido dominio, y si no lo ha trasferido permanece señor, y por consiguiente puede vindicarlo. Pero si el dinero ha sido consumido con buena fe por el que lo recibió, aunque entonces no tiene lugar la *rei vindicacion* pero se dá al pupilo accion personal, contra él para que restituya todo lo recibido. Lo mismo sería si el pupilo pagase sin autoridad del tutor, pues esta tambien es enagenacion. (2)

Siguese la 2.^a escepcion, y es que uno que no es señor pueda enagenar. De esta se pueden proponer dos ejemplos. El primero es del acreedor á quien ha dado su deudor alguna cosa en prenda, el cual no se hace señor de ella, si-

(1) L. 6. tit. 19. V. Esso mismo sería P. 6.

(2) Vease la ley 4. tit. 14. P. 5.

no que tiene un derecho en la cosa muy distinto del dominio, y con todo, no pagando el deudor puede venderla, y del precio que saque de ella satisfacerse. (1) Esta enagenacion no la puede impedir el deudor, si no es que esciba toda la deuda, pues de otra manera seria inútil la prenda y ninguna seguridad prestaria si nunca se pudiese enagenar.

Mas aunque esta regla es verdadera, con todo por razon del modo con que se hace la distraccion de la prenda, es menester distinguir tres casos. Primero: si se pactó poder venderla si hasta un cierto dia no se hubiese pagado. Segundo: si se pactó que no se venderia. Tercero: cuando nada trataron acerca de esto el acreedor y el deudor.

En el primer caso, esto es, cuando se pactó vender la prenda, no se puede realizar la venta aunque se haya prefijado dia para la paga y tratado que si esta no se hiciere en el dia señalado se pueda vender la cosa sin

(1) L. 41. tit. 13. P. 5.

otro requisito, porque aun en este caso es necesaria la denunciacion ú aviso al deudor, la cual se ha de hacer en su persona, si está presente en el lugar, y si no á los de su casa. (1) Mas si por alguna causa no se pudiese dar aviso al deudor, entonces se podrá vender la cosa; pero en pública almoneda. (2)

Cuando al tiempo de la convenccion pactaron los contrayentes de nunca vender la prenda, no obstante, si pasados dos años y amonestado por tres veces el deudor no pagare, se podrá vender sin hacer caso del pacto precedente, (3) pero en almoneda.

Finalmente si nada se trató al tiempo de la convenccion sobre vender ó no la prenda, no se podrá verificar la venta antes de que pasen doce dias siendo la prenda de cosa mueble, y treinta si fuere de cosa raiz: los cuales terminos se han de contar

(1) L. 41. tit. 13. P. 6.

(2) La misma ley al medio.

(3) L. 42. tit. 13. P. 5. *V. otro si decimos en el med.*

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.

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 sigue á lo principal, es nuestro todo aquello que se aumenta á nuestra cosa, ó por beneficio del arte ó de la naturaleza.

De aqui podiamos inferir como se inferia antiguamente, que todo lo que el siervo adquiere, lo adquiere para su señor; (1) pero las disposiciones novísimas de nuestro derecho mirando con mas conmisericordia á los siervos, y deseando proporcionarles con que se puedan hacer libres, disponen que puedan 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 adquieren 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) Véase la ley 7 tit. 21. P. 4.

(2) Cédula de 31 de mayo de 1789. 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 injustamente haya sido reducido á la servidumbre, v. g. el patriarca José que fue esclavo de Putifar. Este á la verdad no es siervo, aunque viva en servidumbre, sino hombre libre. Veamos pues, que se adquiere por medio de estos siervos fructuarios, ó poseídos con buena fe. Para esto se ha de distinguir si adquieren algo por sus obras, ó si de otra parte les viene alguna adquisicion. En el primero y segundo caso adquieren para el usufructuario ó poseedor de buena fe. En el tercer caso el siervo fructuario adquiere para el señor de la propiedad, y el hombre libre poseído 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 esplicáremos 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.

Todavía 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 utilísima, y cuyo enlace con los titulos 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 tenía 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; *donación* que impropriamente se podrá llamar en el dia modo de adquirir; *legado y fideicomiso*, de los cuales se debía ya tratar; pero el orden 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 *legítima 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 esige. 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 puede declarar ó por escritura ó por viva voz, si se hiciere del primer modo, se llamará escrito ó cerrado: si del segundo, será nuncupativo que tambien se llama abierto. (2) Veamos ahora algunos axiomas 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 axioma siguiente.

3.º Todas las solemnidades que las leyes cesigen, 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 cesigen 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 algún 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 algún 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 dejaría 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 así 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 día 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 11 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 28. 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 quanto 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) Vease 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 intestatos, 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 tutor 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 estrños. 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

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 intestatos, 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 tutor 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 estrños. 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

menos solemnes, es decir, privilegiados cuando por privilegio se dispensan, ó todas, ó algunas solemnidades. De todas está excusado el testamento de los soldados; y de algunas el hecho *ad pias causas*.

Por lo que hace á los soldados, estos por derecho de Partidas, aunque estando en su casa debian ordenar su testamento del mismo modo que los demas hombres, pero hallandose en campaña podian hacerlo con dos testigos: y estando en peligro de muerte por salir heridos de alguna funcion bélica, ó ir á entrar en ella, como quisiesen ó pudiesen, por escrito ó de palabra, escribiendolo con su sangre en escudo, armas, ó en donde les parezca, y de cualquier suerte era válido pudiendo probarse con dos testigos presenciales, y no de otra manera. Todo lo cual se les ha concedido en atencion á la crítica situacion en que están y peligro á que se esponen por defensa de la patria. (1)

Por las reales ordenanzas del

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

ejército impresas el año de 1768. se declara: que todo individuo que gozara fuero militar, le gozará tambien en punto de testamentos en cualquiera parte que teste dentro ó fuera de la campaña. (1) Que en el conflicto de un combate, ó sobre el inmediato caso de empezarle, ó en naufragio, ú otro inminente riesgo militar en que se halle, pueda testar como quisiere ó pudiere, por escrito sin testigos, y que sea válida la declaracion de su voluntad como conste ser suya la letra: ó de palabra ante dos testigos que conformes depongan haberles manifestado su última voluntad. (2) Que será valida la disposicion del militar escrita de su letra en cualquier papel que la haya ejecutado, ya sea en guarnicion, cuartel ó marcha, y que siempre que pudiere testar en parage donde haya escribano lo haga con él segun costumbre. (3)

Pero por haber ocurrido algunas

(1) Ord. del Ejerc. de 1768. trat. 8. tit. 11. de testamentos art. 1.

(2) Art. 2. y 3. del mismo tit.

(3) Art. 4.

dudas sobre la inteligencia de este artículo, se espidió una cédula (1) en la que á consulta del supremo consejo de guerra se declara por punto general que todos los individuos del fuero de guerra pueden en fuerza de sus privilegios otorgar por sí su testamento en papel simple firmado de su mano, ó de otro cualquier modo en que conste su voluntad, ó hacerlo ante escribano con las fórmulas y cláusulas de estilo; y que en la parte dispositiva puedan usar á su arbitrio del privilegio y facultades que les dá la misma ley militar, la civil ó municipal. En virtud de esta real cédula hoy no solo los militares, sino todos los que gozan del fuero de guerra por sus destinos ó empleos pueden testar sin las solemnidades prescritas por derecho comun. De suerte que si hacen por sí su testamento no son necesarios los dos testigos que antes se requerian, respecto á no mandar que presencien ni hablar de solemnidad alguna, aunque algunos autores opinan que por este silencio no se deroga

(1) Real cédula de 24 de octubre de 1778.

la establecida, por ser necesaria derogacion especial. Pero si lo otorgan ante escribano deben concurrir los testigos que la ley manda (1) respecto á usar de ella y no del fuero de guerra. Algunos tambien juzgan que la disposicion de esta cédula no debe ampliarse á los hijos de los soldados y demas, por no gozar del fuero por razon de sus personas: por lo cual para quitar dudas seria conveniente nueva declaracion.

Los testamentos en que se hallan dispensadas muchas de las solemnidades pueden ser el que se hace en presencia del rey y el hecho *ad pias causas*. En el primer caso está dispuesto, (2) que si algun caballero ú otro noble pidiere al rey la merced de que presencie el otorgamiento de su testamento, concediendoselo el rey, y estando presente cuando se otorgase, será valido aunque no haya otro testigo.

Aunque no hay disposicion alguna por derecho civil sobre el testa-

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

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

mento hecho *ad pias causas*; por derecho canonico basta para que sea valido el que se otorgue ante dos testigos, (1) y esto segun muchos autores se debe observar no solo en el fuero eclesiastico, sino tambien en el secular. (2)

ADICION.

Hay varias cédulas y disposiciones sobre los testamentos de los militares: veanse los números 728, 729, 730, 731 y 732 del último foliote del primer tomo de los Autos acordados recopilados por Montemayor y Belcña.

TITULO XII.

De los que no pueden hacer testamento.

En los titulos anteriores se ha explicado el modo de hacer los testamentos asi solemnes como privilegia-

(1) Cap. 11. de Test.

(2) Covarrub. en el cap. 11. de Test. Molina de just. et jure tr. 2. disp. 134. Gonzales en el cap. 10. y 11. de test.

dos: veamos ahora que personas pueden ó no hacerlo. Por lo que hace á las personas de los testadores se puede dar esta regla general: *pueden hacer testamento todos aquellos á quienes no está espresamente prohibido*. Pero para no hacer un circulo vicioso, enumeraremos los que estan prohibidos de testar por nuestras leyes.

Con solo atender á la definicion que hemos dado arriba del testamento, se viene facilmente en conocimiento de la mayor parte de los que no pueden hacerlo. Dijimos que el testamento es *una legitima disposicion de nuestra voluntad*. De donde se deduce claramente que no pueden testar 1.º los furiosos y mentecatos, pues no saben ni entienden lo que quieren. (1) Pero no solo vale el testamento que hizo el loco antes de su demencia, sino tambien el que hace durante sus lucidos interválos, si los tiene, perfeccionandolo en ellos, pues si antes de concluirlo le vuelve el frenesi no

(1) L. 13. en el med. tit. L. P. 6.

valdrá; (1) y así, para anular el testamento del loco que tiene lucidos intervalos, es necesario probar concluyentemente con el escribano y testigos instrumentales, que al tiempo de su otorgamiento estaba demente.

Lo que se debe practicar cuando un loco que tiene lucidos intervalos quiere hacer testamento para evitar dudas es, que algun hijo suyo ó pariente acuda al juez, relacionando la enfermedad del paciente, y que suele estar en su acuerdo, y pidiendo dé facultad al escribano para que del mejor modo que pueda explore su voluntad con asistencia de medico y cirujano, que previamente declare con juramento, si está ó no capaz; y estando, ordene su testamento ante ellos y el competente número de testigos; y obtenida la facultad del juez, declararán el medico y cirujano si está ó no en su juicio, y constandingo estarlo, y pareciendo lo mismo al escribano, á su presencia, y á la de los testigos prevenidos por la l. y. pregun-

(1) Dicha. l. 13.

tará al testador todo lo concerniente á su ultima disposicion, y especialmente al nombramiento de heredero y otras cosas concernientes, aunque sean contrarias á sus mismas respuestas para cerciorarse de la sanidad actual de su entendimiento, é irá estendiendo lo que le responda, y las declaraciones del medico y cirujano á continuacion de la providencia judicial, sin pasar á estender otra clausula antes de satisfacer á la anterior. Si sabe y puede firmar, lo firmará con todos los testigos que supieren, y autorizado por el escribano y evacuado todo, se presentará al juez á fin de que lo apruebe para su mayor validacion. (1)

De la misma condicion son 2.º los *prodigos*, porque en todo el derecho se equiparan á los dementes: (2) lo cual se ha de entender cuando ya por el juez se les ha prohibido la administracion de sus bienes. 3.º Los infantes y todos los que no han llegado

(1) Febrero Libr. de escr. part. 1. cap. 1. 4. l. núm. 10.

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

á la pubertad, esto es, los hombres á los catorce años y las mugeres á los doce; (1) por que carecen del uso competente de la razon para declarar su voluntad. Pero cumplida dicha edad, pueden testar sin licencia de sus ascendientes del tercio de sus bienes adventicios, castrenses y cuasi castrenses aunque estén bajo la pátria potestad. (2) 4.º Tambien el sordo y mudo á *navitate* está impedido de testar; pero si fuere por enfermedad y sabe escribir, podrá hacerlo, y tambien el sordo total si es hábil para ello lo escribirá por sí mismo y valdrá publicandolo á presencia del escribano y testigos. (3) Al ciego no se puede impedir la facultad de testar; pero para que valga su testamento ha de ser hecho por escribano real y cinco testigos. (4) Para que lo sea tambien el del condenado á muerte, se requiere precisamente que sus bienes no hayan sido confiscados ni

(1) D. l. 13. cit.

(2) L. 4. tit. 4. lib. 5. Rec. de Cast. y es la 5. de Toro.

(3) L. 13. citada.

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

comprendidos en la sentencia de su condenacion. (1)

Hay algunos á quienes no se permite hacer testamento por razon de que los bienes que gozan no son suyos sino de la iglesia y de los pobres: tales son los obispos, quienes de los bienes adquiridos por sus obispados, dignidades y demas beneficios eclesiásticos, á los cuales llaman profecticios, no pueden testar, aunque si se les permite en vida donar á sus parientes pobres, amigos, criados y á otros que los hayan servido.

(2) A los clérigos seculares aunque por derecho canónico solo les es permitido testar en favor de la iglesia de los bienes adquiridos *intuitu ecclesie*, en España por la costumbre muy anigua que ha habido de disponer libremente aun de estos bienes, se sostiene el testamento que hicieren. (3)

Los canonigos reglares, y demas religiosos profesos están privados tambien de testar, porque para este efec-

(1) L. tit. 1. lib. 5. Recop. de Cast.

(2) L. 8. tit. 21. P. 1.

(3) L. 13. tit. 8. lib. 5. Rec. de C. y S. tit. 12. lib. 1. Rec. de Ind.

to, y el de contraer se les tiene por muertos. (1)

Finalmente hay otros á quienes por algun delito en pena se les prohíbe hacer testamento: tales son los condenados por libelos infamatorios, los apóstatas y hereges declarados tales por sentencia; (2) pero no estan impedidos los que por otros cualesquier delitos son condenados á muerte civil ó natural, si no es que se les hayan confiscado los bienes por el tal delito, pues entonces no podran testar. (3)

Tampoco los siervos se deben tener en el dia por incapaces de testar como lo eran antiguamente, pues permitiéndoles nuestro derecho trabajar para sí algunas horas, (4) y tener peculio, se infiere que pueden disponer de él por testamento; fuera de que en todo se les trata como á criados asalariados. Por lo que hace á los peregrinos ó estrangeros, lejos de serles entre nosotros prohibido el testar, está mandado que se les per-

(1) L. 8. tit. 24. Part. 1. y 17. tit. 1. Part. 6.

(2) L. 16. dicho tit. y P.

(3) L. 3. tit. 4. lib. 5. Rec. de Cast.

(4) Real ced. de 31. de mayo de 1789. art. 3.

mita con toda libertad; imponiendo penas á los que se lo impidan. (1)

TITULO XIII.

De la desheredacion.

HABIENDO visto ya quien puede hacer testamento é instituir heredero, se sigue ver quien puede desheredar, á quien, y por que causa.

La desheredacion es un acto por el qual los descendientes ó ascendientes son privados del derecho que tienen á ser herederos.

(2) Solo aquel que es capaz de testar y á mas de esto tiene herederos forzosos, esto es, descendientes ó ascendientes, puede desheredarlos teniendo causas para ello. (3) Debe pues, hacerse la desheredacion nombrando ó señalando al desheredado por su nombre, ó dando de él otra señal cierta que no deje duda de su persona; sin condicion,

(1) L. 39. tit. 1. P. 6. y 2. tit. 12. lib. 1. Rec. de Cast.

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

(3) L. 2. del mismo tit. y P.

y del total de sus bienes, (1) pues no siendo así no valdrá.

Las causas para que sea válida la desheredación de los descendientes legítimos son. Primera: por poner en ellos las manos airadas, ó maquinár su muerte de cualquier modo, ó procurar que pierdan ó se les menoscabe gran parte de su hacienda, ó acusarlos de delito porque deben morir ó ser desterrados; pero si el crimen es de lesa magestad, y los descendientes lo prueban, entonces no deben ser desheredados. (2)

La segunda por infamarlos de modo que valgan menos, ó tener acceso con su madrastra ó con amiga sabiendo que lo es de sus ascendientes. Tercera: por ser hechiceros ó encantadores, ó vivir con los que lo son. (3)

La cuarta por no fiarlos pudiendo para que salgan de la prisión; pero esta causa no comprende á las mugeres, porque estas no pueden ser fiadoras. (4)
La quinta por impedirles que testen.

(1) L. 3. de dicho tit.

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

(3) Dicha ley 4.

(4) La misma ley 4.

La sesta, por lidiar por dinero con hombre ó con bestia contra la voluntad de su padre, ó hacerse juglares ó representantes de profesion no siendolo este. La séptima, cuando la hija resiste casarse queriendo su padre, y despues se hace ramera; pero si intentó casarse y su padre se lo difiere hasta la edad de veinte y cinco años, pasados estos, aunque se prostituya ó case contra su voluntad, no puede desheredarla. (1)

La octava, cuando los descendientes no cuidan de recoger y alimentar á su ascendiente que perdió el juicio y anda vagando, pues si el ascendiente muere intestado, debe llevar el extraño que lo haya recogido, todos sus bienes; y si recobra su juicio puede desheredarlos, y aunque antes de la demencia tenga hecho testamento instituyendolos por herederos, si estando loco muere en casa del extraño, no vale la institucion de heredero. (2) La nona, por no redimir, pudiendo á sus ascendientes cautivos; pero para incurrir el heredero

(1) L. 5. tit. 7. P. 6.

(2) Dicha ley 5.

en esta pena ha de ser mayor de diez y ocho años. (1)

La décima, si los descendientes cristianos se pervierten volviéndose judíos, moros ú hereges, siendo sus ascendientes católicos. (2) La undécima, por contraer matrimonio que la iglesia declare clandestino: (3) aunque hoy se duda de esta causa por ser nulo el matrimonio despues del Concilio de Trento cuando se contrae sin presencia del propio párroco y testigos.

Para que valga la desheredacion de los descendientes no solo se ha de espresar la causa, sino que debe probarla el testador ó el heredero instituido, y de otra suerte no vale. (4) Pero si el desheredado consiente en la desheredacion tácita ó espresamente, no puede reclamarla despues, ni debe ser oido en juicio. (5) Y si el testamento en que se hizo, se rompe ó lo revoca el testador,

(1) L. 6. del mismo tit.

(2) L. 7. tit. 7. P. 6.

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

(4) Ll. 1. tit. 9. lib. 3. del Fuero Real 19. tit. 7. y 7. tit. 8. P. 6.

(5) L. 6. tit. 8. P. 6.

no vale la desheredacion hecha en él. (1)

Los descendientes pueden desheredar á sus ascendientes legitimos por ocho causas. La primera por acusarlos de delito porque deben morir ó perder algun miembro, escepto que el delito sea de lesa magestad. La segunda por maquinar su muerte con yerbas, veneno &c. La tercera por tener acceso carnal con su muger ó amiga. La cuarta por impedirles disponer de sus bienes conforme á derecho. La quinta por solicitar el marido la muerte de su muger ó esta la de su marido. La sesta por no querer dar á sus descendientes locos lo necesario para su conservacion. La séptima por no redimirlos de cautiverio pudiendo. La octava cuando el ascendiente es herege y el descendiente es católico. Por cuyas ocho causas siendo probada alguna de ellas, pueden los descendientes desheredar á sus ascendientes y valdrá la desheredacion. (2)

Aunque los hermanos no son herederos forzosos, y por consiguiente no

(1) L. 2. tit. 7. P. 6.

(2) L. 11. tit. 7. P. 6.

cae en ellos la desheredacion, con todo tienen accion para anular la institucion de heredero que ha hecho su hermano cuando les ha antepuesto una persona torpe ó infame. De esta accion se les priva en tres casos. 1.º Por procurar la muerte de su hermano. 2.º Por acusarle de delito por el cual merezca pena de muerte ó mutilacion. 3.º Si le han causado la pérdida de todos ó de la mayor parte de sus bienes. En estos casos, aunque una persona de mala vida ó infame sea instituida por heredero, no podrán los hermanos demandar cosa alguna del testamento de su hermano. (1)

Finalmente el heredero extraño pierde la herencia del que le instituyó por tal, en seis casos. 1.º Cuando el testador fue muerto por obra ó consejo de alguno de su compañía, y el heredero sabiendolo entra en la herencia antes de quejarse al juez para que lo castigue; pero si otros le mataron puede entrar en ella, y despues querrellarse hasta cinco años: y si en

(1) L. 12. del mism. tit.

este término no lo hace, debe perderla y llevarla el rey. 2.º Si abre el testamento antes de acusar á los delinquentes estando cerciorado de los que lo son. 3.º Si el testador ha sido muerto por obra, culpa ó consejo del heredero. 4.º Por haber tenido este acceso carnal con la muger de aquel. 5.º Por decir de nulidad del testamento, pues si se declarare legitimo perderá la herencia. El 6.º y último es si á ruego ó mandato del testador entrega la herencia al que por derecho es incapaz de heredar, constandole de su incapacidad. Por cuyas causas debe perder la herencia y pasar al rey, y por las mismas causas perderán los legatorios sus mandas. (1)

ADICION.

Es muy extraño que el autor sencillamente y sin ninguna observacion, ponga entre las causas justas para la desheredacion el ser hechicero ó encantador.

(1) Leyes 13. tit. 7. P. 6. y 11. tit. 8. lib. 5. Rec. de Cast.

El que escribe en un país verdaderamente libre, fuera del temor de las hogueras y calabazos, y que usando de su razon detesta y abomina los monstruosos absurdos inventados por la mas horrorosa superstición, se compadece de los infelices que crédulos y temerosos han recibido y sostienen semejantes barbaridades, hace votos ardientes y sinceros por la completa y pronta ilustración de las naciones, y desea vivamente que su amada patria se vea dichosamente dirigida por códigos en los que la razon, la prudencia, las luces del siglo, y finalmente, la verdadera utilidad de los pueblos, sean las únicas bases que se consulten para su estable y verdadera felicidad.

TITULO XIV.

Quienes pueden ó no ser instituidos por herederos,

Llamamos heredero á aquel que despues de la muerte de alguno le ha de suceder en todos sus bienes, derechos y acciones disponiendo de todo á su arbitrio.

(1) Puede serlo no solo el rey y las ciudades, villas, y comunidades, sino tambien generalmente todo hombre ó muger sea libre ó siervo, como no le esté prohibido por derecho. (2)

No pueden ser herederos por nuestro derecho los apostatas y hereges siendo declarados tales por sentencia; el que á sabiendas se hace bautizar dos veces; y los colegios, cofradias ó ayuntamientos erigidos contra derecho, ó contra la voluntad del rey. (3) Tampoco debe serlo el traidor declarado ni sus hijos varones, y estos no solo están privados de heredar á sus padres, sino tambien á otro cualquiera pariente ó extraño, y de ser legatarios; pero las hijas pueden heredar la cuarta parte de los bienes de sus madres. (4) En la misma pena incurren los que dan consejo ó ayudan á hacer la traicion, pues todos sus bienes recaen

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

(2) L. 2. del d. tit.

(3) Ll. 4. tit. 3. P. 6. y 6. y 7. tit. 8. lib. 5. Rec.

(4) Ll. 2. t. 2. P. 7. y 2. 3. y 4. t. 18. lib. 8. Rec. de Cas.

El que escribe en un país verdaderamente libre, fuera del temor de las hogueras y calabazos, y que usando de su razon detesta y abomina los monstruosos absurdos inventados por la mas horrorosa superstición, se compadece de los infelices que crédulos y temerosos han recibido y sostienen semejantes barbaridades, hace votos ardientes y sinceros por la completa y pronta ilustración de las naciones, y desea vivamente que su amada patria se vea dichosamente dirigida por códigos en los que la razon, la prudencia, las luces del siglo, y finalmente, la verdadera utilidad de los pueblos, sean las únicas bases que se consulten para su estable y verdadera felicidad.

TITULO XIV.

Quienes pueden ó no ser instituidos por herederos,

Llamamos heredero á aquel que despues de la muerte de alguno le ha de suceder en todos sus bienes, derechos y acciones disponiendo de todo á su arbitrio.

(1) Puede serlo no solo el rey y las ciudades, villas, y comunidades, sino tambien generalmente todo hombre ó muger sea libre ó siervo, como no le esté prohibido por derecho. (2)

No pueden ser herederos por nuestro derecho los apostatas y hereges siendo declarados tales por sentencia; el que á sabiendas se hace bautizar dos veces; y los colegios, cofradias ó ayuntamientos erigidos contra derecho, ó contra la voluntad del rey. (3) Tampoco debe serlo el traidor declarado ni sus hijos varones, y estos no solo están privados de heredar á sus padres, sino tambien á otro cualquiera pariente ó extraño, y de ser legatarios; pero las hijas pueden heredar la cuarta parte de los bienes de sus madres. (4) En la misma pena incurren los que dan consejo ó ayudan á hacer la traicion, pues todos sus bienes recaen

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

(2) L. 2. del d. tit.

(3) Ll. 4. tit. 3. P. 6. y 6. y 7. tit. 8. lib. 5. Rec.

(4) Ll. 2. t. 2. P. 7. y 2. 3. y 4. t. 18. lib. 8. Rec. de Cas.

en el fisco. (1) Finalmente está prohibido de ser instituido por heredero el confesor que asiste al enfermo en su última enfermedad, ni puede haber manda, fideicomiso, ni otra cosa suya, ni su Iglesia, convento ni deudo, pues nada vale de lo que en este estado les deja. (2)

De lo dicho se infiere que algunos están absolutamente prohibidos de ser herederos, y son los que hemos dicho hasta aquí, los cuales por ninguno y en ningún caso pueden ser instituidos, pero otros hay que solo son incapaces respectivamente ò en ciertos casos, fuera de los cuales no se les prohíbe heredar: tales son los hijos ilegítimos, y se llaman así porque no son nacidos de matrimonio que por las disposiciones de derecho canónico y civil sea legítimo, y por lo mismo no gozan regularmente hablando, de las honras y bienes de sus padres y demás ascendientes. (3)

Los hijos ilegítimos se dividen en

- (1) Véanse las dichas leyes.
 (2) Aut. acord. 3. tit. 10. lib. 5. Rec. y Cédul. de 18 de agosto de 1771. y 13. de Febrero de 1783.
 (3) Prolog. y L. 1. y 3. tit. 15. P. 4.

dos clases, à saber: en naturales y espurios. Los naturales son aquellos que nacen de hombre y muger libres de estado de suerte que cuando los engendraron, ó al tiempo de su nacimiento se podían ambos casar justamente, y sin dispensa alguna. A estos hijos deben criar y dar alimentos, no solo sus padres y madres, sino también sus abuelos y demás ascendientes por ambas líneas. (1) Pero para que estos hijos se estimen por naturales, se requiere también que sus padres los reconozcan por tales, en caso que no haya tenido en su casa, ni sido una sola la muger con quien las hubo; pues si la tuvo en ella, ó fue sola, si reconoció á uno, no necesitan los demás de ser reconocidos. (2)

A estos hijos pueden sus padres instituir por herederos y dejarles cuanto quieran aunque tengan ascendientes legítimos, con tal que no tengan descendientes legítimos. (3) Pero si el padre no hiciere mención de estos hijos en su

- (1) L. 1. y 2. tit. 15. y 5. tit. 19. P. 4. 11. al fin tit. 13. P. 6.
 (2) L. 9. tit. 8. lib. 5. de la Rec. de Cast.
 (3) L. 2. tit. 8. lib. 5. Rec. de Cast.

testamento, deben sus herederos darles lo necesario para sus alimentos á arbitrio de hombres buenos. (1) Mas en el caso de tener descendientes legítimos, solo podrán haber el quinto de los bienes, sea en vida ó en muerte, pues de este tienen los padres libre disposicion, (2) lo cual se les deja por razon de sus alimentos en caso que sus padres estén obligados á dárselos.

Si la madre no tiene descendientes legítimos debe heredarla *ex testamento*, y *ab intestato* su hijo natural ó espurio (como no sea de los prohibidos que diremos despues) aun quando tenga legítimos ascendientes, de suerte, que estan igualados los espurios respecto de la madre, con los solo naturales respecto del padre (3)

Los espurios, aunque antiguamente se llamaron asi solo aquellos que no tenían padre conocido, ahora con este nombre se llaman todos los demas ilegítimos fuera de los naturales, desde lue-

(1) L. 8. tit. 13. P. 6.

(2) La misma l. 8. de la Rec.

(3) L. 7. tit. 8. lib. 5. Rec. de Cast.

go porque nacen y son procreados contra la pureza del derecho natural y divino, ofendida con mas especialidad en esta suerte de hijos. Se dividen en varias especies: unos son *adulterinos* ó *notos*, y son los que nacen de hombre casado y muger libre ó soltera, ó de ambos casados con otros. Otros se llaman *sacrilegos*, y son los que nacen de fraile y monja profesos, ya sea por cópula entre ambos ó por cada uno con otra persona: y los de clérigos ordenados *in sacris*, que igualmente se llaman *sacrilegos*. Todos estos son reputados por hijos de *dañado* ayuntamiento: y los de muger casada por de *dañado* y *punible*, porque por él incurre en pena de muerte. (1) Tambien son espurios los que nacen de parientes dentro del cuarto grado canonico sabiendo ambos el impedimento, y á estos llaman *incestuosos*. Finalmente los *manceros* ó *mancillados* son los nacidos de mugeres ramera prostituidas á todo hombre, por cuya causa se ignora quien es su padre, y á todos está obligada su madre como co-

(1) L. 7. tit. 8. lib. 5. Rec. de Cast.

nocida, á dar alimentos pudiendo y necesitándolos. (1)

A todos estos hijos espurios (excepto los que son procreados por clérigo ordenado *in sacris*, ó por fraile ó monja profesos) compete *ex-testamento y ab intestato* el derecho solamente al quinto de los bienes de su padre ó madre, en el caso que estos los tengan legítimos: y así, en virtud de la obligación de alimentarlos que les está impuesta, (2) no pueden mandarles mas en dicho caso. (3) De cuyo quinto tienen facultad de disponer á su arbitrio en el tiempo de su vida ó para despues de su muerte.

Pero los hijos de clérigos ordenados *in sacris*, ó de frailes ó monjas profesos nada pueden haber de ellos como espresamente lo dispone una ley de Recopilacion por estas palabras: „ordenamos y mandamos que los tales hijos de clérigos no hayan ni hereden, ni puedan haber ni heredar los bienes

(1) Ll. 1. tit. 15. y 5. tit. 19. P. 4.

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

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

„de sus padres clérigos, ni de otros parientes del padre, ni hayan ni puedan gozar de cualquier manda, donacion, ó vendida que les sea hecha por los susodichos ni de aqui adelante.” (1) Por lo que hace á las madres, se debe tener presente la ley siguiente de la misma Recopilacion que dice así: „Los hijos bastardos ó ilegítimos de cualquier calidad que sean, no puedan heredar á sus madres *ex-testamento ni ab intestato* en caso que tengan sus madres hijo ó hijos ó descendientes legítimos; pero bien permitimos que les puedan en vida ó muerte mandar hasta la quinta parte de sus bienes, de la cual podrian disponer por su anima, y no mas ni allende; y en caso que no tenga la muger hijos ó descendientes legítimos aunque tenga padre ó madre ó ascendientes legítimos, mandamos que entonces se entienda y diga dañado y punible ayuntamiento, cuando la madre por el tal ayuntamiento incurriere en pena de muerte natural, *salvo si fueren los hijos de clérigos, ó frailes ó*

(1) L. 6. tit. 8. lib. 5. Rec. de Cast.

monjas profesos, que en tal caso aunque por el tal capitamamiento no incurre la madre en pena de muerte, mandamos que se guarde lo contenido en la ley que hizo el señor don Juan el primero en la ciudad de Soria que habla sobre la sucesion de los hijos de los clérigos *supra* próxima." (1) De cuyas leyes se prueba, que los hijos espurios solo pueden heredar de sus padres no siendo clérigos ó frailes el quinto de sus bienes, y si lo son, nada; pero probablemente se juzga que aun en este caso no se entienden escluidos los alimentos. (2) Que de sus madres son herederos forzosos en todos casos, excepto en tres. El primero, cuando la madre por haberlos procreado incurre en pena de muerte. El segundo, cuando tiene hijos legítimos. Y el tercero, cuando es monja profesa. De cuyos casos en los dos primeros aun les puede dejar el quinto y en el tercero nada.

Hemos visto ya quienes pueden ó no ser instituidos por herederos, que es

(1) L. 7. tit. 3. lib. 5. Rec. de Cast.

(2) Arg. de la ley 5. tit. 19. P. 4. y de la ley 3. tit. 3. lib. 5. Rec. de Cast.

lo que se contiene en la primera parte de este título. Veamos ahora como se divide la herencia y en qué partes. A esta llamaron los antiguos *As*, que significa un todo, y así á la masa total de la herencia decian *As hereditario*, y lo dividian en doce onzas que cada una tenia su nombre especial, y así el que tomaba una onza ó la duodécima parte de la herencia, le llamaban heredero *ex uncia*: si dos onzas *ex sextante*; y si finalmente era heredero del total, *ex asse*. (1) Estas onzas se dividian en onzas y medias; pero toda esta division es hoy inútil, pues todo testador si no tiene herederos forzosos divide sus bienes como quiere, y si los tiene, debe instituirlos en el total, sin que le quede libertad de disponer á su arbitrio más que del remanente del quinto si fuere padre ó del tercio si fuere hijo.

Para lo que servia esta division de la herencia era para que no quedase cosa alguna sin partir á los herederos, pues tenian por cosa inadmisibile que alguno muriese parte tes-

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

tado, y parte intestado; pero por nuestro derecho está esto espresamente permitido. (1) Tampoco tendrá lugar en las herencias el derecho de acrecer, el cual no era otra cosa mas que un derecho por el cual un heredero instituido en cosa cierta, ó parte cierta v. g. dos onzas, se llevaba el total de la herencia, si el testador no señalaba heredero para lo restante. (2) Y la razon es la ya dicha, porque no hay prohibicion en el día para morir parte testado y parte intestado; y así todo aquello de sus bienes de que no disponga el testador irá á sus herederos *ab intestato*, y el instituido en el testamento solo heredará aquella cosa ó parte que espresamente se le deja. Esto se entiende siempre que no se colija otra cosa de la voluntad del testador, pues como esta se debe guardar religiosamente, tendrá lugar el derecho de acrecer siempre que así lo disponga. Otra cosa se debe decir en

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

(2) L. 14. tít. 3. P. 6. derog. por la L. de R. cit.

los legados como veremos despues. (1)

Siguiese la tercera parte de este título, que trata de los modos con que se puede hacer la institucion de heredero. Esta se puede hacer ó puramente ó bajo condicion, y aun para cierto dia ó hasta cierto tiempo. Veamos ahora que cosa sea condicion y de cuantas maneras pueda ser. (2) Condicion se llama una circunstancia por la cual se suspende la cosa hasta realizarse un acontecimiento incierto. (3) De donde se infiere que la condicion que mira al tiempo pasado y se llama de pretérito, (*) no es propiamente condicion, pues no puede ser incierto lo que ya ha sucedido;

(1) Tít. 20 de este lib.

(2) Tít. 4 P. 6.

(3) L. 1 tít. 4. de la P. 6.

(*) Aunque es bastante vulgar la division de las condiciones que suele hacerse en condiciones de futuro, de presente y de preterito, ya se ha insinuado que estas, como tampoco las de presente, son propiamente condiciones, y lo confirma la ley 2. tít. 4. Partida 6. afirmando que solo la de futuro es rigurosa condicion. Mas aquella es condicion propiamente que se hace por palabras del tiempo que es por venir por que es dudosa si es cumplirá ó non. Son palabras de dicha ley.

pero se tiene como condicion respecto á nuestra noticia. Se divide comunmente la condicion en posible é imposible: posible se llama aquella que puede verificarse: imposible es la que nunca podrá ecsistir, y esta tambien se dice condicion con demasiada impropiedad; pero se conserva esta division porque no deja de tener algun uso. (1)

La condicion posible se suele tambien dividir en potestativa, casual y mista. (2) Potestativa se llama quando está en potestad de los hombres su cumplimiento; casual es la que depende del caso, y mista la que participa de ambas.

Las condiciones imposibles tambien son de varios modos. Unas son de derecho, y bajo este nombre se entienden todas aquellas que son contrarias á las leyes, á las buenas costumbres y á la piedad. (3) Otras son imposibles por naturaleza, porque re-

(1) La misma l. 1. tit. 4. P. 6.

(2) Ll. 7. 8. y 9. tit. 4. P. 6.

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

puñan las leyes de la naturaleza el que tales cosas se verifiquen v. g. tocar el cielo con las manos. (1) Otras son imposibles de hecho, y son aquellas que aunque no hay repugnancia en la naturaleza para que ecsistan, con todo no pueden verificarse atendidas las facultades ordinarias de los hombres, por ejemplo: hacer un monte de oro. (2) Finalmente otras se llaman perplejas ó dudosas, quando no se puede entender su sentido porque las palabras repugnan y son contrarias entre sí: v. g. instituyo á Pedro por mi heredero, si Juan fuere mi heredero. (3)

Toda condicion puede ser afirmativa ó negativa, tacita ó espresa. Afirmativa será si su cumplimiento consistiese en hacer, v. g. Ticio sea mi heredero si se casare. Negativa si consistiere precisamente en no hacer, v. g. Cayo sea mi heredero si no mudare de religion. Esta última tiene de singular que no suspende la consecucion

(1) Dicha l. 3.

(2) Vease la l. 4. tit. 3. P. 6.

(3) L. 5.

de la herencia siempre que el instituido por heredero dé caucion, que si en algun tiempo hiciere contra la condicion puesta restituirá la herencia, la cual caucion se llama *Muciana*. (1)

Esplicadas ya las divisiones de las condiciones, siguese dar varias reglas para que se entienda qué efecto producirán en la institucion de heredero.

1.^a *Al heredero forzoso no se le puede poner condicion alguna bajo la cual haya de recibir su parte legitima.* (2) La razon es por que las leyes destinan la herencia precisamente para él, y asi no está en arbitrio, v. g. del padre, dar ó no la herencia á su hijo como es necesario que estuviese para que lo pudiese gravar con alguna condicion. (3) 2.^a *En el quinto cuando mejora un padre á su hijo tiene facultad á su arbitrio de imponerle los gravámenes y condiciones que quisiere, con tal que le sean posibles y honestas.* (4) Y la razon es,

(1) L. 7. tit. 4. y 21. tit. 9. P. 6.

(2) L. 11. t. 4. P. 6. y 17. t. 1. de la misma P. al fin.

(3) Arg. de las mismas leyes.

(4) L. 11. del dho. tit. 4.

porque el quinto es hacienda propia y privativa del padre á la cual ninguno tiene adquirido derecho, y por lo mismo puede hacer de ella lo que le paresca. (1) 3.^a *En el tercio por ser verdaderamente legitima de los descendientes, que se les debe por derecho natural, y positivo, tampoco pueden los padres poner condiciones; pero si se les permite que puedan poner el gravamen que quisieren, asi de restitucion como de fideicomiso, y hacer en el dicho tercio los vinculos, sumisiones y sustituciones que quisieren, con tanto que siempre lo hagan entre sus descendientes legitimos teniendolos, y si no entre sus descendientes ilegítimos, que hayan derecho de heredarlos; y á falta de descendientes que lo puedan hacer entre sus ascendientes; y no teniendolos, entre sus parientes, y finalmente á falta de todos entre estraños,* (2) por lo que de otra suerte no pueden poner gravamen en el tercio. (2)

(1) Arg. de las ll. 10. tit. 5. y 7. t. 12. lib. 3. del Fuero Real.

(2) Vease la l. 11. t. 6. lib. 5. de la R. de C.

4.^a *El heredero extraño debe cumplir cualesquiera condiciones posibles, y de lo contrario no adquirirá la herencia.* (1) La razon es por que el testador se tiene respecto de su heredero como un legislador, y asi tiene facultad de obligarlo á todo lo posible. Pero se debe advertir que si se ponen muchas condiciones copulativamente al heredero, estará obligado á cumplirlas todas; pero si las pusiere disyuntivamente basta que se cumpla una: v. g. si el testador dijere: Ticio sea mi heredero si fabricáre tal iglesia y diere mil pesos á los pobres, en este caso ambas cosas se deberían cumplir por el heredero. Por el contrario si uno instituye á su heredero de esta suerte: instituyo á Ticio por mi heredero si se casare con mi hermana, ó si estudiare derecho, bastará que cumpla una ú otra de las dos cosas. (2)

5.^a *Si la condicion puesta depende del arbitrio de un tercero, y por culpa ó negligencia de este no se puede cumplir, se tie-*

(1) Ley 7. tit. 4. Part. 6.

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

ne por cumplida. (1) De esta suerte en el caso arriba puesto, en el cual el heredero estaba obligado á casarse con la hermana del testador, si esta no quisiere, recibirá el heredero su herencia como si se hubiera verificado el matrimonio, pues no estuvo por él que la condicion no se cumpliera.

6.^a *La condicion imposible ya sea de naturaleza, de hecho ó de derecho, se tiene por no puesta.* (2) Notese que de otra suerte sucede en los contratos. En estos la condicion imposible lejos de tenerse por no puesta los vicia. Pero la razon es clara; el testamento es un acto unilateral, y asi el heredero nunca consintió en la condicion imposible. Mas los contratos como son actos bilaterales requieren el consentimiento de ambos; y asi el que consiente en la condicion imposible, ó no está en su juicio, ó está jugando y burlándose: por lo que en ninguno de los dos casos debe valer el contrato.

(1) L. 14. del dicho tit.

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

7.^a La condicion perpleja á que llamamos dudosa hace inútil la institucion de heredero. (1) La razon es clara: ya hemos dicho que por repugnar entre sí las sentencias en esta condicion, no puede cumplirse, pero ni aun conocerse la voluntad del testador.

8.^a El heredero antes de cumplir la condicion no trasmite la herencia á sus herederos, pues ninguno puede trasferir una cosa á la qual todavia no tiene derecho.

TITULO XV.

De la sustitucion vulgar.

Las sustituciones fueron antiguamente frecuentes por motivo de que no aceptando la herencia el heredero establecido, quedaban los testamentos destruidos y no producian efecto alguno. Mas ahora no siendo necesaria la aceptacion para el valor del testamento, (1) han perdido las sustituciones

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

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

(que se reducen á la vulgar) esta utilidad.

La sustitucion en general se define que es nombramiento de segundo ó tercero heredero para el caso de que falte ó no lo sea el primero. (1) Puede ser la sustitucion ó directa, ú oblicua, ó fideicomisaria. Directa se llama la que se hace por palabras directas ó imperativas, y da la herencia al sustituto sin intervencion de otro. La oblicua ó fideicomisaria, es la que se hace con palabras de ruego, y dá la herencia por mano de otro. Se divide tambien la sustitucion en seis clases, que son: vulgar, pupilar, ejemplar, compendiosa, brevilocua y fideicomisaria. (2) En este titulo trataremos solamente de la vulgar y en el siguiente de las demas.

Sustitucion vulgar se llama aquella que puede hacer cualquier testador al heredero que instituye, para el caso que no llegue á serlo. (3) Esta sustitucion suele concebirse en los términos siguientes:

(1) Proh. y ley 1. tit. 5. P. 6.

(2) Dicha ley 1.

(3) La misma ley 1.

instituyo á Ticio por mi heredero, y si este no lo fuere nombro por mi heredero á Cayo. Pero se debe advertir, que para este caso lo mismo vale que el instituido en primer lugar no pueda ó no quiera aceptar la herencia, pues en todos heredará el segundo. (1) Se hace tambien esta sustitucion clara ó tácitamente. Se dirá claramente hecha cuando se espresé que no siendolo el instituido lo sea otro, v. g. en el caso ya puesto; y será tácita cuando el testador nombre á varios para que sea heredero el que de todos le sobreviva: v. g. nombro á Ticio y á Cayo para que el que me sobreviva sea mi heredero. Si al tiempo de la muerte del testador viven ambos, llevarán con igualdad la herencia, y si uno solo está vivo la percibirá íntegramente. (2) Llámase vulgar esta sustitucion porque la puede hacer cualquiera testador ó cualquiera que no tenga prohibicion de ser heredero, á diferencia de la pupilar, v. g. que solo la pueden hacer los padres de familia.

(1) L. 2. tit. 5. P. 6.

(2) Dicha ley 2. ya citada.

Pasemos ya á varias conclusiones que se deducen de la definicion dada. Dijimos que la sustitucion vulgar era institucion de un segundo heredero, y de aqui se infiere: 1.º que pueden ser sustituidos los mismos que pueden ser instituidos, y asi estan escludidos de ser sustituidos todos los que son inhábiles para ser herederos. 2.º Puede sustituirse á uno en lugar de muchos, y á muchos en lugar de uno, lo cual no admite duda. 3.º El sustituto se entiende llamado á la misma parte de la herencia, á que era llamado el heredero primeramente instituido, y asi, si el testador instituye por sus herederos, v. g. á tres, á uno en la quinta, á otro en la sesta y á otro en la octava parte de sus bienes, y les sustituye otros tres; uno al primero, otro al segundo y otro al tercero: si alguno de los primeramente instituidos muere ó no quiere aceptar su parte, la heredará el que le corresponde con arreglo á la institucion, aun cuando nada diga el testador sobre esto. (1) La razon es, porque el sucesor no de-

(1) L. 3. tit. 5. P. 6.

be tener mas derecho que el que tenía aquel en cuyo lugar sucede.

La sustitucion vulgar fállese 1.º si el sustituto muere antes del testador: 2.º si acepta la herencia el instituido.

TITULO XVI.

De la sustitucion pupilar y de las demas sustituciones.

La sustitucion pupilar decimos que es una sustitucion directa hecha por el padre de familias á sus hijos impuberes que se hallan bajo su potestad, para que no carezcan de heredero en el caso de que mueran antes de llegar á los años de la pubertad. (1) Tres diferencias se encuentran entre la sustitucion vulgar y la pupilar. 1.ª Sustituir vulgarmente pueden todos los testadores; pupilarmente solo los padres de familia. 2.ª Vulgarmente se sustituye á cualesquiera herederos; pupilarmente solo á los hijos impuberes. 3.ª En la primera se sustituye para un caso negativo, esto es, si el instituido no

(1) Ll 1. y 5. tí. 5. P. 6.

fuere heredero; en la segunda para un caso afirmativo: si mi hijo fuere heredero y muriere antes de llegar á la pubertad. (1)

Hemos visto la definicion de esta sustitucion: resta ahora ver varios axiomas que de ella nacen. 1.º *El fundamento de la sustitucion pupilar es la patria potestad.* (2) Este axioma es claro si atendemos á que las leyes solamente conceden al padre que sustituya pupilarmente, y esto cuando tiene al hijo en su potestad. 2.º *La causa de esta sustitucion es la poca edad del hijo: es decir, la impubertad.* Y es la razon, porque como los impuberes no pueden hacer testamento, (3) para que no mueran intestados ha parecido justo que sus padres testen por ellos, la cual razon cesa luego que los hijos llegan á la edad de catorce ó doce años. (4) 3.º *Cuando se sustituye pupilarmente hay dos testamentos.* Pero no se ha de entender que son dos por razon de la forma y solemnidades, pues

(1) Ll. 1. y siguientes del d. tit. 5.

(2) L. 5. ya cit.

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

(4) Vease toda la ley 5. tí. 4. P. 6.

be tener mas derecho que el que tenía aquel en cuyo lugar sucede.

La sustitucion vulgar fállese 1.º si el sustituto muere antes del testador: 2.º si acepta la herencia el instituido.

TITULO XVI.

De la sustitucion pupilar y de las demas sustituciones.

La sustitucion pupilar decimos que es una sustitucion directa hecha por el padre de familias á sus hijos impuberes que se hallan bajo su potestad, para que no carezcan de heredero en el caso de que mueran antes de llegar á los años de la pubertad. (1) Tres diferencias se encuentran entre la sustitucion vulgar y la pupilar. 1.ª Sustituir vulgarmente pueden todos los testadores; pupilarmente solo los padres de familia. 2.ª Vulgarmente se sustituye á cualesquiera herederos; pupilarmente solo á los hijos impuberes. 3.ª En la primera se sustituye para un caso negativo, esto es, si el instituido no

(1) Ll 1. y 5. tí. 5. P. 6.

fuere heredero; en la segunda para un caso afirmativo: si mi hijo fuere heredero y muriere antes de llegar á la pubertad. (1)

Hemos visto la definicion de esta sustitucion: resta ahora ver varios axiomas que de ella nacen. 1.º *El fundamento de la sustitucion pupilar es la patria potestad.* (2) Este axioma es claro si atendemos á que las leyes solamente conceden al padre que sustituya pupilarmente, y esto cuando tiene al hijo en su potestad. 2.º *La causa de esta sustitucion es la poca edad del hijo: es decir, la impubertad.* Y es la razon, porque como los impuberes no pueden hacer testamento, (3) para que no mueran intestados ha parecido justo que sus padres testen por ellos, la cual razon cesa luego que los hijos llegan á la edad de catorce ó doce años. (4) 3.º *Cuando se sustituye pupilarmente hay dos testamentos.* Pero no se ha de entender que son dos por razon de la forma y solemnidades, pues

(1) Ll. 1. y siguientes del d. tit. 5.

(2) L. 5. ya cit.

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

(4) Vease toda la ley 5. tí. 4. P. 6.

no se requieren mas testigos que los necesarios en cualquier testamento, sino por la doble institucion de heredero que se hace. De suerte, que en este caso el padre hace primeramente su testamento é instituye en él á su hijo por heredero: despues testa por este y establece quien lo herede si muere antes de llegar á la pubertad: por lo qual equivalentemente hay dos testamentos. (1)

Siendo pues el fundamento de esta sustitucion la patria potestad, se sigue: 1.º que la madre no puede sustituir pupilarmente, pues nunca tiene á los hijos en su potestad. (2) 2.º Que ni el padre podrá hacerlo á sus hijos emancipados: porque habiendo estos salido de la patria potestad por la emancipacion, (3) y siendo el fundamento de la sustitucion pupilar la patria potestad, es evidente que carece de facultad para hacerla. 3.º Que ni el abuelo paterno puede sustituir pupilarmente aun á fal-

(1) L. 7. del mismo tit.

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

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

ta del padre, pues aunque antiguamente tenia patria potestad en los nietos, (1) hoy no tiene. (2) 4.º Que el padre puede sustituir pupilarmente aun á su hijo desheredado. La razon se infiere de lo dicho: el fundamento de esta sustitucion es la patria potestad, la qual no se pierde por la desheredacion. (3) 5.º Que se acaba la sustitucion en el caso de que el hijo sea emancipado despues de hecha, lo que no necesita de prueba.

Hemos dicho en el segundo axioma que la causa de esta sustitucion es la poca edad del hijo, es decir, la impubertad, y de aqui se infiere: 1.º Que no se puede sustituir al hijo, sino para todo el tiempo que le resta hasta cumplir la edad prefinida por derecho. 2.º Que se acabará luego que la cumpla, pues no hay cosa mas natural sino que cese el efecto cesando la causa.

El tercer axioma es, que la sustitucion pupilar es doble testamento:

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

(2) L. 8. tit. 1. lib. 5. Rec. de Cast.

(3) L. 6. tit. 5. P. 6.

por lo cual 1.º No puede el padre dar sustituto á su hijo sin hacer antes testamento para sí, pues no puede haber sustitucion sin que preceda institucion. 2.º El sustituto del hijo recibirá todos sus bienes por cualquier linea que le vengan, pues entra en todos sus derechos. (1) (*) Finalmente, anulándose el testamento del padre, no producirá efecto la sustitucion pupilar, porque faltando lo principal falta tambien lo accesorio.

Aunque ya se han dicho varios modos por los cuales se acaba ó pierde su efecto la sustitucion pupilar, para mayor claridad los resumiremos todos aqui. Estos son: 1.º Cuando el hijo sale de la patria potestad. 2.º Cuando llegue á la pubertad. 3.º Cuando el testamento del padre se anula ó se rompe. 4.º Si se verificare el caso de que el hijo renun-

(1) L. 7. tit. 5. P. 6.

(*) Acerca de si puede el padre escribir á la madre del pupilo de la sucesion de sus bienes por medio de la sustitucion pupilar espresa, es opinion que se controvierte por una y otra parte. Véase á Ferrero reform. P. 1. cap. 5. §. 1. núm. 90.

ciase la herencia, (1) y el 5.º si muriere primero el sustituto que el hijo.

§. I.

De la sustitucion ejemplar.

LA sustitucion ejemplar es una sustitucion directa que los ascendientes hacen á sus descendientes fútuos, locos ó desmemoriados aunque sean mayores de veinte y cinco años, no por falta de edad para testar, sino por la de uso de su entendimiento. (2) Como esta sustitucion no tiene por fundamento la patria potestad, sino la necesidad por el estado deplorable del descendiente, la pueden hacer el padre, madre y abuelos á sus hijos legitimos de ambos sexos, ya esten en su poder ó casados ó emancipados, y tambien la madre á los naturales cuando les debe su legitima; pero no á los espurios, como tampoco el padre puede sustituirles, ni á los naturales.

Llamase esta sustitucion ejemplar,

(1) L. 10. tit. 5. P. 6.

(2) L. 11. tit. 5. P. 6.

porque se hace á imitacion y ejemplo de la pupilar, y se ordena en estos términos: instituyo por mi heredero á Ticio mi hijo legitimo, y si falleciere en la locura ó fatuidad que padece, establezco por su heredero á Cayo su hermano. En cuyo caso muriendo el hijo en la demencia ó fatuidad, heredará el sustituto todos sus bienes. (1)

Però en esta sustitucion se ha de observar precisamente este órden. Primeramente se han de nombrar por sustitutos del loco, fátuo ó desmemoriado á sus hijos, pues aunque los tenga se les puede sustituir ejemplarmente. A falta de ellos, á los nietos y demas descendientes por su órden y grado: no teniendolos, á un hermano como quieren algunos autores, (2) ó á todos como quieren otros (3) y en su defecto á los estraños. (*)

(1) L. 11. tit. 5. P. 6.

(2) Sala en sus notas á Vinnio en la nota de derecho de España puesta á este titulo l. 1. numero 9.

(3) Febrero reform. cap. cit. num. 93.

(*) Si aun en la sustitucion pupilar es muy dudoso que pueda ser excluida de la herencia la madre, y es mas probable segun algunos la cen-

Se acaba la sustitucion ejemplar por una de estas tres causas: 1.^a Cuando el loco ó fátuo recobra su juicio. 2.^a Cuando le nace despues hijo ó hija. Y la 3.^a Cuando el que la hizo la revoca despues por testamento posterior. (1)

§. II.

De la sustitucion compendiosa.

La sustitucion compendiosa es una sustitucion directa que comprende ó puede comprender á todos los herederos instituidos y á sus tiempos, edades y bienes que el testador les deja: ó por mejor decir: es una sustitucion que bajo el compendio de palabras contiene diferentes sustituciones segun la multitud y variedad de tiempos. Como

traria, ¿cuanto mas en esta en que no hay el fundamento de la patria potestad como en la pupilar, sino sola la determinacion de la ley? y asi parece que deberá observarse la 6.^a de Toro que llama á la herencia á los ascendientes antes que á los hermanos del loco y que al estraño, teniendose por derogada la ley 11. tit. 5. P. 6. Vease á Gregorio Lopez en dicha ley, palabra otro estraño; y á Covarrubias de Test.

(1) L. 11. al fin tit. 5. P. 6.

esta incluye en sí la pupilar, solo el padre la puede hacer á sus hijos impuberes que estan en su poder, y se ordena en esta forma: instituyo por mi heredero á Ticio mi hijo legitimo, y en cualquier tiempo que muera le sustituyo á Sempronio. En este caso, si el hijo no fuere heredero tendrá lugar la sustitucion vulgar; si lo fuere y muriere antes de la púbertad, valdrá como pupilar; y si fuere loco ó fatuo, como ejemplar.

(1)

§. III.

De la sustitucion brevilocua.

Esta sustitucion, á la que tambien llaman reciproca, es una sustitucion directa que se hace mutuamente á algunos herederos instituidos para el caso de defecto de algunos. Llámase brevilocua, porque se hace brevemente ó con pocas palabras: v. g. instituyo por mi heredero á Ticio y Cayo, mis dos hijos legitimos menores de catorce años, y los hago mutuamente sustitutos uno del otro. En

(1) L. 12. tit. 5. P. 6.

cuya sustitucion que solo puede hacer el padre, se incluyen cuatro, dos vulgares y dos pupilares, pues si alguno de ellos muere dentro de la edad pupilar, ó si habiendo salido de ella no quisiere aceptar la herencia, la percibirá toda el otro instituido. (1)

TITULO XVII.

De qué modos pierde su efecto el testamento.

EL testamento segun nuestro derecho, unas veces no produce efecto alguno desde el principio y otras habiendo sido válido en todas sus partes, se vicia á lo menos en quanto á la institucion de heredero, y entonces se dice que se rompe ó se rescinde. Cuando el testamento carece de las solemnidades esenciales que hemos explicado ya que debe tener, ó cuando el testador es de aquellas personas que estan inhabilitadas por derecho para este efecto, entonces el testamento que se hace se llama nulo, y no produce efecto alguno en

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

todas sus partes; v. g. un testamento nuncupativo hecho con solos dos testigos, ó con tres que no fuesen vecinos del lugar, ó si fuese herege ó apóstata, el que lo otorga.

El testamento válido en su principio se romperá en cuanto á la institucion de heredero, aunque valga en cuanto á las mandas, (1) de dos modos. El primero por la supernascencia de algun hijo, del cual no se hizo mencion en el testamento. El segundo por otorgamiento de otro posterior. El primer modo se verificará cuando al testador le nace de su muger legítima algun hijo ó hija, ó cuando adopta conforme á derecho ó legítima á alguno, de suerte que se haga heredero forzoso de sus bienes. En estos casos se anula la institucion de heredero extraño que se habia hecho, y entra en su lugar el hijo ó hijos á heredar toda la parte que conforme á nuestro derecho les toca escepto el quinto, y todo lo demas del testamento subsistirá, como tambien los legados hasta donde alcance el quinto,

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

que es del que tienen los padres libre disposicion. Lo mismo se debe decir en el caso de que ya el testador tenga hijos y le nazca otro, pues este sin anular el testamento entrará á la parte con los demas.

De tal suerte huyen nuestras leyes de anular los testamentos sin urgente necesidad, que fundandose en su espiritu opinan los autores, que valdria la disposicion de uno que sabiendo que tiene hijos legítimos, no los establece por herederos; pero ni tampoco á un extraño, juzgandose en este caso que tacitamente los llama, de lo cual se infiere que aun la pretericion no induce nulidad por nuestro derecho, pues en semejantes casos valen las mandas hasta aquella cantidad que alcance el remanente del quinto.

Por posterior testamento puede romperse el primero, no solo en cuanto á la institucion de heredero, sino tambien en un todo, siendo el segundo perfecto. (1) Y la razon es, por-

(1) L. 21. y 23. tit. 1. P. 6.

que ninguno puede imponerse á sí mismo ley, de la que no le sea licito apartarse, y mas permitiendolo espresamente el derecho en atencion á que la voluntad humana es variable hasta la muerte. (1)

PERO aunque el testamento posterior se haya hecho con todas las solemnidades prescritas por derecho, será valido el anterior en dos casos. El primero si creyendo el testador haberse muerto el heredero instituido en aquel, nombra á otro en este, espresando la causa de la nueva institucion, pues verificandose que el primero vive llevará la herencia y no el segundo; pero las mandas que ambos contengan valdran en todo lo que haya lugar, (2) y la razon de esto es la falsedad de la causa que motivó la segunda institucion de heredero.

El segundo caso es, cuando el testador otorga su testamento con clausulas derogatorias generales ó especiales, y en el que hace despues no

(1) L. 25. III. 1. P. 6.

(2) L. 21. III. 1. P. 8.

se mencionan. (1) Pero si el testador tuviese cuidado de espresar la derogacion que hace del primero con toda la individualidad necesaria, no hay duda que quedará revocado el primero. (2)

Finalmente se rescinde el testamento cuando es inoficioso.

TITULO XVIII.

Del testamento inoficioso.

INOFICIOSO se llama el testamento que no está hecho conforme á la piedad que deben tenerse los parientes entre sí; por lo qual permite el derecho que habiendo este sido valido se rescinda, lo qual se pide con una accion que se llama *queja de inoficioso testamento*, y no es otra cosa que una accion con la qual los ascendientes ó descendientes desheredados por su nombre y con espresion de causa legitima, piden ser admitidos á la herencia en lugar del heredo-

(1) L. 22. del dicho tit. 1. P. 6.

(2) La misma l. 22.

dero establecido en el testamento, en atención á que la causa no ha resultado verdadera.

Como esta accion es odiosa por que denota que el padre ó el hijo han faltado á los oficios de piedad, solo tiene lugar cuando no hay otro remedio para entrar en la herencia, y asi, no será necesaria 1.º Por la pretericion ó desheredacion hecha sin las condiciones prescritas por derecho, pues en este caso es *ipso jure nulla* la institucion de heredero. (1) 2.º Tampoco será necesaria al que haya sido instituido en una pequeña parte de la herencia, pues tendrá accion á que se le complete su legitima. (2) De donde se infiere, que solo habrá lugar á la queja entre descendientes y ascendientes en el caso insinuado en la definicion: esto es, cuando la desheredacion es enteramente arreglada á derecho; pero el heredero establecido, que es á quien toca probar la causa en caso de negarla el

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

(2) L. 5. del mismo. tit.

desheredado, ó de no estar probada por el testador, no lo hace suficientemente. (1)

La queja de inoficioso testamento no se dá conforme á derecho á todos los parientes del testador, sino solo á los descendientes y ascendientes á quienes se debe porcion legitima. Mas los hermanos la tienen en un caso: esto es, cuando pudiendo ser herederos se les antepone una persona torpe, ó de mala fama; pero no siendolo, es libre cada hermano para dejar sus bienes á quien quiera. (2)

Visto ya que es esta queja, y quien puede usar de ella, resta examinar que efectos produce, y quando cesa. En quanto á lo primero el efecto de esta queja es anular la institucion de heredero, entrando el que debe heredar conforme á derecho, y en la parte correspondiente, y todo lo demas del testamento queda en su vigor. (3) como son legados, fideicom-

(1) L. 1. y 4. tit. 8. P. 6.

(2) L. 2. y 3. del mismo. tit.

(3) L. 7. tit. 8. P. 6.

ses, nombramiento de tutor &c. cuánto á lo segundo cesa la queja 1.º Siempre que hay otro arbitrio para conseguir la herencia, pues este no es mas que un remedio subsidiario. 2.º Cesa siempre que se consiente en la desheredacion ya sea espresa ya tácitamente, (1) como si dejase el desheredado pasar cinco años despues que el extraño hubiese aceptado la herencia, pues si pasado este tiempo se quisiere quejar, no debe ser oido si no es que fuese menor de veinte y cinco años, que entonces tendrá accion hasta que los cumpla, y aun cuatro años despues.

Como hemos dicho que la queja de inoficioso testamento se dá á todos los ascendientes y descendientes que por derecho se les debe porcion legitima; se hace preciso explicar que parte de la herencia sea la que con este titulo se debe dejar por los ascendientes á sus descendientes, y por estos á aquellos; y para dar toda la luz necesaria á esta materia, se tratará tambien de las mejoras de tercio y quinto.

(1) L. 6. del mismo. tit.

La legitima que se debe por nuestro derecho á los descendientes legitimos, comprende todos los bienes de sus ascendientes, esceptuando la quinta parte de la cual pueden disponer á su arbitrio en vida ó en muerte, (1) entendiéndose que solo es un quinto en ambos tiempos como está declarado. (2) De esta parte y no del cuerpo de la hacienda del testador se han de deducir los gastos de su funeral, misas, entierro y legados que haga el que tiene descendientes legitimos, aunque lo prohibiese espresamente. Mas la parte que los descendientes deben dejar á sus legitimos ascendientes sea en testamento ó *ab intestato* cuando estos no tienen descendientes legitimos, comprende solamente las dos tercias partes de los bienes que el hijo ó descendiente dejare por su muerte, y así les queda facultad de disponer por su alma, ó entre extraños del tercio. (3)

Aunque como se ha dicho, el tes-

(1) L. 12. tit. 6. lib. 5. Rec. de Cast.

(2) Dicha l. 12.

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

tador que tiene hijos legítimos debe dejar á estos las cuatro partes de todos sus bienes, sin tener arbitrio para disponer en su perjuicio de mas que de la otra parte á la que llamamos quinto; con todo le concede el derecho facultad para que pueda asignar á uno ó á muchos de sus descendientes, sean hijos ó nietos &c. el tercio de sus bienes. (1) La cual doctrina se percibirá mas claramente con lo que diremos inmediatamente de las mejoras.

Decimos hacerse mejora, cuando el padre deja el tercio ó el quinto á uno ó á muchos de sus hijos ó descendientes legítimos: (2) y es la razon, porque en esta parte que les deja señaladamente, los hace mejores respecto de los otros descendientes. Pero si el padre hace ambas mejoras, primero se saca el quinto y despues el tercio para que sea mas cuantioso el quinto en favor del alma del testador. (3) Acerca de las condiciones y gravámenes que pue-

(1) L. 2. tit. 8. lib. 5. Rec. L. 10. tit. 5. lib. 3. Fuero Real.

(2) Título 6. lib. 5. de la Rec.

(3) L. 214. del Estilo.

den ponerse por los padres en el tercio ó quinto, hemos dicho ya lo suficiente en otra parte. (1)

Como las leyes permiten á los ascendientes que mejoren á sus legítimos descendientes por contrato entre vivos ó por última voluntad, se infiere; que si aquellos hacen donacion á alguno de estos, aunque no usen de la palabra *mejora*, se entiende serlo en el tercio y remanente del quinto, contandose lo que en estos quepa para que con ningún otro pueda hacerlo en mas de su importe, pues si asciende á mas, se tendrá por legítima, y escediendo á ésta y á la mejora, deberá el donatario restituir el esceso á los coherederos. (2) Pero si mandan que lo traiga todo á colacion y particion, no se entenderá mejorado, antes bien deberá restituir lo que escediere de su legítima la cantidad recibida, pues se infiere claramente que no lo mejoraron.

Las hijas no pueden ser mejoradas por contrato entre vivos por

(1) Tit. 14. de este libro

(2) L. 10. tit. 6. lib. 5. Rec. de Cast.

razon de dote ni casamiento, ni se entiende serlo tácita ni espresamente; y asi aunque sus padres las mejorasen por razon de matrimonio no vale, (1) y por consiguiente tampoco el pacto ó promesa que por esta razon haga el padre à su hija, ó yerno de no mejorar à los demas hijos, porque por este pacto es visto ser mejorada respecto à privarse el padre de hacerlo con los demas hijos, y recaer precisamente en ella la parte de mejora que entre ellos se habia de partir si su padre los mejorase. Pero por testamento ù otra ultima voluntad si puede, por que no hay derecho que se lo prohiba. Lo mismo parece que sucederá por contrato entre vivos, con tal que el dotarlas, ó casarlas no sea la causa impulsiva y final de la mejora, ó aunque lo sea no esceda la dote de la renta que prefine la ley 5. tit. 2. lib. 5. de la Rec. en cuyos casos, aunque supere à la legitima que debe corresponderles atendiendo el va-

(1) L. 1. tit. 2. lib. 5. Rec. de Cast. y Auto 4. num. 24. tit. 12. lib. 7. de la Ren. de Cast.

lor de los bienes que sus padres, ó el que las mejoró dejen, parece que no tendrán obligacion de restituir el exceso, y que se les computará todo en legitima.

Mas aunque una ley de Recopilacion (1) dice, que para llamarse inoficiosas las dotes, se ha de mirar si esceden del valor del tercio, quinto y legitima, y si caben en los bienes que deja el que las dió ù ofreció, ó en los que tenia cuando las mandó, segun quisiere elegir la persona à quien fueron prometidas, hoy no tiene lugar esta eleccion, porque las hijas no pueden ser mejoradas por contrato entre vivos, sino en los dos casos propuestos. Por lo qual, si la dote que dà el padre à su hija escede la legitima que la puede tocar cuando muera, atendido el valor liquido y efectivo de sus bienes, unido con el de la dote que haya dado antes à la hija ecsistente en su dominio. (2)

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

(2) Notese que los padres pudiendo, estan obligados por derecho à dotar à sus hijas legítimas ecsistentes en su dominio, sean ó no ricas, y de estas dotes, y donaciones son de las que habla la ley 9. tit. 6. lib. 5.

debe restituir el exceso á sus hermanos por no trasferirsela su dominio, ni podersele computar en tercio ni quinto, porque la ley resiste y anula esta donacion. A que se añade, que para poder dotar y que la dote sea congrua y no se gradue de inoficiosa, se ha de atender á las facultades del donante, y su calidad y condicion, y la de la dotada y su marido: á los hijos con que el dotante se halla y la costumbre del pueblo. Pero bien podrá hacerles alguna donacion simple por mera liberalidad, pues cesando todo fraude valdrá, porque la ley citada reprueba solamente las mejoras por via de dote ó matrimonio á causa de ser excesivas; mas no las donaciones provenientes de mera liberalidad, pues de lo contrario sería correctoria de las que permiten estas donaciones. (1)

Pueden los ascendientes revocar hasta su muerte la mejora hecha á sus

de la Rec. cuando dice: que el tercio ni quinto de mejora no se debe sacar de las dotes ni donaciones, pues son bienes de los hijos y no del padre. Vease, para lo primero la ley 2. tit. 11. P. 4.

(1) Vease á Febrero reform. P. 2. cap. 2. N. 2.

descendientes en contrato entre vivos ó última voluntad, por las causas porque se permite revocar las donaciones perfectas, á menos que siendo hecha por contrato entre vivos hayan entregado al mejorado la posesion de los bienes de ella, ó á presencia de escribano la escritura, ó que el contrato se haya celebrado con tercero por causa onerosa v. g. por casamiento ó por otra causa semejante que en estos casos es irrevocable. (1)

TITULO XIX.

De la diferencia que hay de herederos.

YA hemos dicho arriba que el heredero es un sucesor universal de derechos y acciones que corresponden ó pueden corresponder al testador. La primera division de herederos que llamamos por nuestro derecho, es que unos son *ex testamento* y otros *ab intestato*. Los herederos *ex testamento* son los que el testador nombra por tales,

(1) L. 1. tit. 6. lib. 6. de la Rec. de Cast

debe restituir el exceso á sus hermanos por no trasferirsela su dominio, ni poderse la computar en tercio ni quinto, porque la ley resiste y anula esta donacion. A que se añade, que para poder dotar y que la dote sea congrua y no se gradue de inoficiosa, se ha de atender á las facultades del donante, y su calidad y condicion, y la de la dotada y su marido: á los hijos con que el dotante se halla y la costumbre del pueblo. Pero bien podrá hacerles alguna donacion simple por mera liberalidad, pues cesando todo fraude valdrá, porque la ley citada reprueba solamente las mejoras por via de dote ó matrimonio á causa de ser excesivas; mas no las donaciones provenientes de mera liberalidad, pues de lo contrario sería correctoria de las que permiten estas donaciones. (1)

Pueden los ascendientes revocar hasta su muerte la mejora hecha á sus

de la Rec. cuando dice: que el tercio ni quinto de mejora no se debe sacar de las dotes ni donaciones, pues son bienes de los hijos y no del padre. Vease, para lo primero la ley 2. tit. 11. P. 4.

(1) Vease á Febrero reform. P. 2. cap. 2. N. 2.

descendientes en contrato entre vivos ó última voluntad, por las causas porque se permite revocar las donaciones perfectas, á menos que siendo hecha por contrato entre vivos hayan entregado al mejorado la posesion de los bienes de ella, ó á presencia de escribano la escritura, ó que el contrato se haya celebrado con tercero por causa onerosa v. g. por casamiento ó por otra causa semejante que en estos casos es irrevocable. (1)

TITULO XIX.

De la diferencia que hay de herederos.

YA hemos dicho arriba que el heredero es un sucesor universal de derechos y acciones que corresponden ó pueden corresponder al testador. La primera division de herederos que hallamos por nuestro derecho, es que unos son *ex testamento* y otros *ab intestato*. Los herederos *ex testamento* son los que el testador nombra por tales,

(1) L. 1. tit. 6. lib. 6. de la Rec. de Cast

ya sean ó no sus consanguíneos, para que le sucedan en todos sus bienes, derechos y acciones, y así mediante su expresa voluntad entran en ellos. Herederos *ab intestato* son los mas cercanos parientes del difunto que no hizo testamento, ó si lo hizo fue nulo por no ser arreglado á derecho y estos solo por disposicion de las leyes le suceden en todos sus bienes, y por eso se llaman tambien legitimos.

Los herederos *ex testamento* se dividen en universales y particulares: universales se llaman los que suceden no solo en todos ó en una parte de los bienes del testador, sino tambien en sus cargas, por lo que se llaman propriamente herederos: particulares son los que suceden en cosa cierta ó singular: v. g. una casa, y estos son propriamente legatarios. Se subdividen los herederos en *ex testamento* forzosos, que tambien se llaman legitimos, en necesarios y voluntarios. (1) Los forzosos son los hijos y descendientes legitimos del testador, y se llaman asi, no porque

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

estén obligados á aceptar la herencia, sino porque sus ascendientes mas cercanos deben instituirlos precisamente por sus herederos no teniendo causa legitima para desheredarlos: y se llaman tambien legitimos porque nacen conforme á las leyes y disposiciones de la iglesia. De estos hay tres clases, que tienen alguna distincion: unos son nacidos y procreados durante matrimonio verdadero, para cuya celebracion no tuvieron sus padres impedimento canónico. Otros que aunque han sido engendrados y nacidos durante él, resultó despues entre sus padres algun impedimento que ignoraban ambos, ó á lo menos el uno. Y otros los que engendran y procrean soltero y soltera libres de impedimento canonico para casarse, pues si sus padres lo verificaren, serán legitimados por subsiguiente matrimonio. (1) A todos los dichos deben sus padres instituir por herederos aunque no estén en su potestad al tiempo de hacer el testamento, y les deben

(1) Ll. 1. tit. 13. P. 4. 2. y 4. tit. 6. lib. 3. del Fuero Real.

necesariamente suceder no habiendo, como ya hemos dicho, causa legal para desheredarlos, pues á los hijos en quienes concurren las cualidades referidas, pertenecen los bienes de sus padres por derecho natural y positivo, y en ellos tienen quasi dominio.

Ningun extraño puede entrar en parte con los descendientes legítimos, y si fuere instituido heredero con ellos, será inválida é ineficaz, en quanto á él la institución; pero se comprenden entre los herederos legítimos los *postumos*, y se llaman así los que nacen despues de la muerte de sus padres. Mas para que sean reputados por legítimos es preciso que su madre los dé á luz lo mas á los diez meses de la muerte de su marido, y que al tiempo de esta, viva en su compañía, pues si nacen aunque no sea siro un dia entrado en el onzeno mes, no se reputarán por legítimos; pero si, naciendo dentro de los siete (1) ó de los nueve, que es lo común.

En la clase de herederos forzosos y legítimos se comprenden tambien los

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

ascendientes legítimos, á los cuales sus descendientes no teniendolos legítimos, ú otros que hayan derecho de heredarlos, deben instituirlos por sus herederos y lo son *ex testamento* y *ab intestato*, (1) y no solo deben sucederles en sus bienes adventicios, sino tambien en los castrenses y quasi castrenses. Los que tienen derecho de heredar á los descendientes legítimos, no teniendolos estos, son el hijo legitimado por el subsiguiente matrimonio ó por rescripto del príncipe y el arrogado, los cuales escluyen á los ascendientes legítimos de la sucesion de los bienes de sus descendientes.

Los herederos necesarios por derecho de partidas son los siervos del testador quando los instituye por tales, y se llaman así, porque una vez establecidos, estan obligados á admitir la herencia de su señor y á pagar, no solo de los bienes de este, sino de los suyos propios adquiridos antes ó despues de su muerte, las mandas y deudas que deja y por la institución se hacen libres. (2)

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

(2) L. 21. tit. 3. P. 6.

Los voluntarios, ó estraños son todos los demas á los cuales se dan estos nombres, porque aunque sean parientes del testador no tiene obligacion en el fuero esterno de dejarles sus bienes.

Alcerca de la capacidad, y habilidad del heredero para serlo, es necesario advertir que para que pueda heredar forzosamente al testador, basta que no tenga impedimento legal al tiempo de su muerte, aunque al de la institucion lo hubiese tenido. Los necesarios (si se verificase el caso) han de carecer de él, asi al tiempo de la institucion, como al del fallecimiento. Mas los estraños deben estar libres, é indemnes en tres tiempos: el primero quando son instituidos: el segundo, quando muere el testador, y el tercero, quando aceptan la herencia; pues si en alguno de ellos lo tienen, no la llevarán, antes bien entrará en ella el sustituto, si lo hubiere ú otro que con ellos sea instituido à quien acrecerá; y si ninguno de estos hubiese, pasará á las parientes mas cercanos del testador. (1)

(1) L. 22. tit. 3. P. 6.

En atencion à que el cargo de heredero era sumamente gravoso, por quanto el que lo aceptaba era compelido à pagar todas las deudas (1) del difunto, como que era su sucesor universal y entraba representando su persona; para facilitarlo se concedieron à los que fuesen herederos dos beneficios, que son, el derecho de deliberar y el de inventario. El primero es un espacio concedido por la ley al heredero dentro del cual pueda informarse, asi del valor de la herencia, como del numero de las deudas, y resolver si le tiene provecho ó no el aceptarla. (2) El tiempo que puede conceder el rey es de un año, y los demas jueces inferiores, nueve meses. Pero conociendose que en menos tiempo se puede deliberar, se les deberán conceder cien días. (3) Pero de este beneficio no se usa, por quanto hay concedido otro mas util, y mas seguro con el cual sin peligro alguno, puede cualquiera aceptar una herencia.

(2) Prologo del tit. 6. P. 6.

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

(3) L. 2. del mismo tit.

Este es el de inventario, el que haciendose conforme á derecho es de grande utilidad. Veamos pues que cosa sea inventario, como deba hacerse, y que efectos produce. Inventario no es otra cosa, que un instrumento en que se escriben y sientan todos los bienes que se encuentran, sea por muerte ó por embargo de alguno. (1)

Se divide el inventario en solemne y simple: el primero es el que se hace observando todas las solemnidades prescritas por derecho, y el segundo el que se formaliza haciendo solamente una descripcion ó nomina de los bienes. Ambos convienen en el fin, el cual es, que se conozca que bienes, e que clase, precio, peso y medida ecsisten.

Para que el inventario solemne sea válido, se requieren las condiciones siguientes: 1.^a Que se cite al efecto á los herederos, (sino es que lo hagan ellos) legatarios y acreedores. (2)

(1) Ll. 99. y 100. tit. 13. P. 3. y 5. tit. 6. P. 6
(2) L. 6. tit. 6. P. 3. de la que se infiere que vale el inventario aunque no se citen los legatarios; pero en este caso les queda arbitrio para arguirlo de diminuto.

2.^a Que se haga ante personas públicas, con autoridad pública como son juez y escribano; pero parece que de necesidad no se requiere la presencia del juez, sino es en algunos casos que trae Febrero; (1) y así por lo regular basta la del escribano precediendo auto del juez, pues las leyes no piden este requisito de su presencia continua. (2) 3.^a Que se inventarien todos los bienes, que dejó el difunto por clases separadas, y por menor con distincion de muebles, raíces, semovientes, fueros, derechos y acciones: juntamente con todos los libros y papeles tocantes á los bienes hereditarios. 4.^a Que se ponga en el inventario el día, mes, año y lugar en que se comienza, y concluye al modo que en cualquier instrumento público, y de lo contrario no vale: (3) la razon es, porque el heredero debe acreditar haberlo principiado y concluido en el término legal, y no podrá hacer la prueba si carece del día, mes y año: fue-

(1) Febrer. adición. P. 2. lib. 1. cap. 1. 4. 1. núm. 16.

(2) Ll. 99. y 100. tit. 13. P. 3. y 5. tit. 6. P. 6

(3) L. 13. tit. 25. lib. 4. Rec. de Cast.

ra de que como instrumento público se viciaria por esta falta, y seria lo mismo que no haberlo hecho. (1)

5.^a Que se principie y concluya dentro del término legal. El heredero pues, debe comenzar el inventario dentro de los treinta dias primeros siguientes al en que sepa que está instituido por tal, y concluirlo dentro de tres meses incluso los treinta dias. Esto es, si en el distrito del pueblo donde falleció el testador existen los bienes de la herencia, pues hallándose algunos en otra jurisdiccion, se le puede conceder un año, á mas de los tres meses. (2) 6.^a Que presencién la confeccion del inventario tres testigos vecinos del pueblo en que se formaliza, varones y de buena fama, que conozcan al heredero ó inventariante, y que vean lo que se inventaria, oigan y entiendan lo que se escribe. (3)

La 7.^a Que el que hace el inventario lo suscriba ó firme, y si no sabe, otro escribano por él. (4) Pero lo que

(1) L. 5. tit. 6. P. 6. y 13. tit. 25. lib. 4. Rec. de Cast.

(2) L. 100. tit. 18. P. 3. y 5. tit. 6. P. 6.

(3) L. 100. tit. 18. P. 3. y 5. ya citada.

(4) Dichas leyes.

se practica es, que uno de los testigos firme, pues no es posible que en todas partes se hallen dos escribanos (1) 8.^a Que el inventariante asegure que ha hecho fiel y legalmente el inventario sin engaño alguno, la cual clausula regularmente se pone con juramento aunque las leyes no lo previenen.

El inventario simple ó estrajudicial ciertamente no necesita de juez ni de decreto para hacerse; pero si de escribano y se formaliza con todas las solemnidades dichas.

Los principales efectos que produce el inventario, son: 1.^o Que habiendolo el heredero verificado, no puede ser convenido en mas de lo que monte el valor de los bienes que hereda. 2.^o Que no se le puede mover pleito mientras lo está formando; y 3.^o Que en su consecuencia puede determinar sobre la renuncia ú aceptacion de la herencia, lo cual puede hacer por palabra ó por hecho. (2)

(1) Febrer. adicion P. 2. lib. 1. cap. 1. 4. 1. núm. 36.

(2) Ll. 5. 7. 10. 11. y 18. tit. 6. P. 6.

TITULO XX.

De los legados.

En legado, que tambien se llama manda, es una donacion que el testador hace en su testamento ó en otra disposicion testamentaria á alguno por amor de Dios, ó por su alma, ó por hacer bien á quien se la deja; y legatario se llama aquel que es nombrado para su percibo. (1)

Los legados se dividen en forzosos y voluntarios. Los primeros son aquellos que por mandado del derecho se deben dejar á ciertos y determinados objetos piadosos, quedando al arbitrio del testador la cantidad que quiera legar. Los voluntarios son los que dependen de la voluntad del testador, como efecto de su liberalidad.

Habiendo visto que cosa es legado y su division, resta examinar ahora quien puede legar á lo cual decimos, que todo aquel que puede instituir heredero y hacer testamento

(1) Ll. 6. tit. 9. y 1. tit. 6. P. 6.

puede dejar legados; y como esto ya queda espuesto en el titulo de los herederos, y de los que pueden ó no hacer testamento, es inutil repetirlo. Asi v. g. vimos que el hijo de familia puede hacer testamento, luego puede legar; que el herege ó apostata no lo puede hacer, luego ni tampoco podrá dejar legados.

Tampoco tiene dificultad el saber á quienes se pueden dejar legados, pues es constante que son capaces de ello todos los que pueden ser instituidos por herederos, y que no tienen prohibicion de serlo al tiempo de la muerte del testador, aunque la hayan tenido al tiempo de dejarseles el legado. (1) Esceptuase de esta regla el legado de alimentos el cual es tan favorable, que se puede dejar aun á los incapaces de ser herederos, v. g. el hijo espurio. (2)

Puede el testador mandar que pague á otro algun legado, á todos aquellos que reciben algo de su testamen-

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

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

to, con tal que no los grave en mas de lo que hayan recibido de él; (1) y asi no hay duda que podra mandar que den legados, á su heredero, legatario, fideicomisario y donatario *mortis causa*, por que todos estos perciben alguna cosa de los bienes de la herencia: v. g. puede un testador decir de esta manera: á Seyo le lego mi casa: á Sempronio lego mil pesos que le entregará Seyo. Pero si á Seyo le hubiese legado mil pesos, y le mandase pagar á Sempronio un legado de mil y quinientos, no valdría semejante legado, porque se gravaría á Seyo en mas de lo que se le habia dejado, (2) De lo dicho se infiere: que á ninguno se le puede legar una cosa que sea suya propia, pues ninguna liberalidad se ejerceria con él, dejandole lo mismo que ya tenia antes. Pero si el testador me legase mi casa para el caso en que dejase de ser mia, sería válido el legado, y entonces el heredero verifica

(1) L. 3. tit. 9. P. 6.

(2) L. 4. tit. 9. P. 6.

do el caso debería ó redimirla para volvermela ó darme su estimacion.

Uno de los puntos principales en esta materia es saber que cosas se pueden legar: y acerca de esto es regla general, que *se pueden legar todas aquellas cosas que existen ó pueden existir*: y asi valdrá el legado que uno hiciere de la cosecha del año venidero. Tambien las cosas corporales ó incorporales de cualquiera especie que sean, se pueden legar útilmente; (1) y asi ninguno dudará que se puede legar un usufructo, una servidumbre, una deuda activa, aun siendo todas estas cosas de las que se llaman incorporales. Se requiere con todo eso que la cosa que se legue esté en el comercio de los hombres, pues de otra suerte ni se podrá dar ni recibir; asi será absurdo el legado de un templo, de una plaza pública y de un puerto ó de otras cosas semejantes, pues todas estas están exentas del comercio de los hombres. (2)

Puede el testador legar no solo

(1) L. 13. del mismo tit.

(2) L. 12 del dicho tit.

sus cosas y las de su heredero, sino tambien las ajenas; y en este caso tiene obligacion el heredero de comprar á su dueño la cosa legada y entregarla al legatario, y si el dueño no la quiere vender, la estimacion. (1) Pero todo esto se entiende en el caso de que el testador supiese que la cosa que legaba era ajena, pues si creía que era suya á nada estará obligado el heredero, pues hay presuncion fundada de que no hubiera hecho el legado si hubiese sabido que la cosa no era suya, y siempre es de cargo del legatario probar que supo el testador que la cosa era ajena y si no lo verificare, perderá el legado. (2) De esta regla se exceptúa el caso de que el testador hiciese algun legado de cosa ajena á su muger ó á algun pariente, pues entonces se presume que en todo caso se la quiso legar. (3)

Pero ¿qué se deberá hacer cuando el legatario ya haya adquirido la

(1) L. 10. tit. 9. P. 6.

(2) La misma ley en el medio.

(3) La misma ley al fin.

cosa ajena que se le lega en algun testamento? En este caso se debe distinguir si la adquirió por titulo oneroso ó lucrativo, si la adquirió del primer modo, le debe entregar el heredero la estimacion; si del segundo, el legado es inútil por la regla que dice: que *dos causas lucrativas no pueden concurrir en una misma cosa y acerca de una misma persona.* (1) Esta regla es digna de observarse, y de ella salen cuatro conclusiones: 1.^a que si antes de la muerte del testador habia yo comprado la casa de mi vecino, y él ignorante de la compra me la habia legado en su testamento, se me debe la estimacion en este caso, porque la compra es titulo oneroso. 2.^a Que si la casa del vecino se me lega en dos testamentos de dos sujetos distintos, si ya la he recibido del uno, no puedo pedir del otro la estimacion, porque he recibido la casa por titulo lucrativo: por el contrario, si en virtud del legado del primer testamento solo recibí la estimacion, todavía puedo pedir la casa en fuerza

(1) L. 43. tit. 9. P. 6.

del segundo, porque aun no la he adquirido, y asi no se verifica titulo lucrativo, ni oneroso. (1) 3.^a Que si se me ha legado la casa del vecino, y yo solo he adquirido una parte por titulo lucrativo, se me deberá la estimacion de la otra parte. 4.^a Que si se me ha legado alguna cosa agena, y yo solo he adquirido la propiedad sin el usufructo por titulo oneroso, entonces recibiré la estimacion de solo la propiedad. (2)

Puede el testador legar las cosas suyas que tiene dadas en prendas á otro, y vale el legado, (3) pues siendo constante que puede legar las cosas ajenas, con mayor razon podrá hacerlo con las opignoradas en las cuales retiene el testador la propiedad. Lo principal en este punto está en saber cuando tendrá el heredero obligacion de pagar la cantidad que adeuda la cosa empeñada y cuando el legatario: para lo cual estableceremos varias reglas. 1.^a Sabiendo el testador que la cosa

- (1) L. 44. del mismo tit.
 (2) Arg. de dichas leyes.
 (3) L. 11. tit. 9. P. 6.

que lega está empeñada por menos de su valor, la debe desempeñar el heredero y entregarla libre al legatario. (1) 2.^a Si la cosa estaba empeñada por tanta ó por mayor cantidad de la que importa su valor, tambien la deberá desempeñar el heredero, ahora lo supiese ó no el testador. (2) 3.^a Si la cosa estaba empeñada por menos de su valor y el testador lo ignoraba, entonces el legatario debe desempeñarla. (3)

Vale tambien el legado de la cosa dada en prendas al testador, hecho al mismo que la empeñó; pero en este caso el heredero tiene accion para pedir al legatario la cantidad que sobre ella le habia dado el testador, (4) sin que por esto pueda decirse que es inútil el legado, pues queda al legatario la utilidad de tener en su poder la alhaja libre del empeño, y de esto es de lo que se hace el legado, á menos que el testador mande espresamente lo contrario. ®

- (1) Dicha ley 11. en el principio.
 (2) Dicha ley en el medio.
 (3) La misma ley al fin.
 (4) L. 16. tit. 9. P. 6.

Mas ¿que se deberá decir cuando el testador haya legado una alhaja, por ejemplo una casa, y viviendo todavia la enajena? ¿Será valido con todo eso el legado ó no? En este caso distingue nuestro derecho: ó la enajenacion fué por donacion ó por venta; si fué del primer modo se acaba el legado, porque presume el derecho que se arrepintió y que quiso quitar el legado al legatario. (1) Si del segundo, permanece útil el legado y se debe la estimacion de él, por presumir el derecho que el haber vendido la cosa legada fué por urgencia que padeció el testador y no con intencion de revocarlo. (2)

Muchas veces se dejan legados de varias cosas incorporales: tales son el legado de *nombre*, de *liberacion* y de *deuda*, las cuales especies se deben distinguir con cuidado. Legado de nombre es, cuando el testador lega á Ticio lo que le debe Sempronio. Legado de liberacion ó de libertad es, cuando se deja al legatario lo mismo que él debe. Final-

(1) L. 17. y 40. tit. 9. P. 6.

(2) L. 40. ya cit.

mente legado de deuda es, cuando el testador lega á su acreedor lo mismo que él le debia pagar. Por lo que hace al legado de nombre, el efecto que este produce es, que el heredero debe ceder al legatario las acciones que tenia el testador contra el deudor. (1) Pero ¿que se deberá hacer cuando esta deuda activa no sea buena, de suerte que el legatario nada perciba del deudor? En este caso á nada mas está obligado el heredero, y cumple con traspasar al legatario todo el derecho que él tenia. Por el legado de liberacion ó de libertad está el heredero obligado á entregar al legatario la escritura de obligacion que hubiese otorgado á favor del testador, las prendas y demas seguridades de la deuda, y de este modo librarlo enteramente de que se le pueda cobrar. Acerca de estos dos legados se puede mover una cuestion curiosa: ¿que se deberia hacer en el caso de que el testador cobrase en vida la deuda, si permanecerá útil el legado? Aqui distingue tambien nuestro derecho. Si el testador cobró y

(1) L. 15. t. 9. P. 6.

recibió la deuda, perece el legado y no está obligado el heredero á dar la estimacion de él, porque se entiende que lo revocó pues cobró la deuda y se la entregaron: pero si el deudor la pagó de su voluntad no pidiendosela, entonces vale tanto el legado de nombre como el de liberacion, y el heredero está obligado á dar la cosa mandada en que consistia la deuda, ó su estimacion. Y la razon es: porque recibiendo el testador la cosa adeudada sin pedirla, se presume que su intencion es guardarla para aquel á quien la legó. (1)

El legado de deuda se puede dudar con bastante razon si será útil: porque parece que ninguna liberalidad es que el deudor legue á su acreedor lo mismo que le debe: por otra parte el heredero aun sin legado tiene obligacion de pagar todas las deudas del difunto. Mas con todo, muchas veces el legado de deuda es útil: figuraremos tres casos en que lo es evidentemente. 1.º Cuando el testador debe bajo de condicion ó para cierto dia; entonces la utilidad del

(1) L. 15. tit. 9. P. 6.

legado es suma, porque en virtud de él está obligado el heredero á pagar luego al punto. 2.º Cuando la deuda solo es de escritura sin hipoteca; pues por el legado adquiere el legatario derecho de hipoteca en todos los bienes de la herencia. 3.º Cuando la deuda no está líquida ó es difícil de probarse; pues entonces trae al legatario la utilidad de poder probar con el testamento la verdad de la deuda.

Hay tambien legados que se llaman de genero, de especie y de cantidad, y sus diferencias son dignas de notarse. Genero llaman los juristas, lo que para los filosofos es especie: v. g. un caballo, un libro, un vestido. Especie por el contrario, á lo que los filosofos individuo: v. g. tal caballo de mi caballeriza, las obras de Heinneo de mi libreria, un vestido de terciopelo negro que tengo en mi ropero &c. Finalmente, cantidad es un genero determinado con cierto número: v. g. cuatro caballos, mil pesos. Por lo que hace al legado de especie se deben observar las reglas siguientes. 1.ª La es-

pecie legada no perece para el heredero, sino para el legatario. Para esto hay dos razones: la primera porque el dominio de la cosa legada pasa al legatario inmediatamente despues de la muerte del testador, y la cosa perece para su dueño.

(1) La segunda porque el heredero solamente es deudor de cierta especie, y así se libra si perece esta. Se exceptúan de esta regla el caso de que el heredero sea moroso en entregar la cosa legada, pues entonces perece para él, y tambien cuando por culpa suya pereciere, pues como deudor presta hasta la culpa leve. (2) 2.^a *Cuando se lega una universidad de cosas, por exemplo una manada de ovejas, el aumento ó disminucion que tuviere pertenece al legatario; y así si la manada al tiempo de la muerte del testador era de cien ovejas, y despues con las que nacieron se aumentó hasta ciento y cincuenta, esta utilidad es para el legatario. Por el contrario, si por muerte de las ovejas se disminuyó la manada has-*

(1) L. 34. tit. 9. P. 6.

(2) L. 41. tit. 9. P. 6.

ta quedar en veinte cabezas, este daño será tambien del legatario por la razon ya dada, de que el dominio de la especie legada pasa al legatario inmediatamente despues de la muerte del testador.

Por lo que hace al legado de genero se deben observar en él dos reglas. 1.^a *Que para que sea util, es necesario que sea de genero infimo, y que tenga ciertos y determinados limites por la naturaleza; y así no producirá efecto si el genero fuere supremo, ó sin determinacion por la naturaleza.* Esto explicado de este modo parece oscuro; pero se hará claro con los exemplos. Un caballo v. g. es legado de genero infimo, y cualquiera sabe que cosa es un caballo: mas un legado que se hiciese de un animal, ó de una cosa absolutamente, seria legado de genero supremo; y así seria cosa absurda y ridicula legar á Ticio v. g. un animal, pues en este caso cumpliria el heredero con entregarle una mosca ó una pulga. De aqui se infiere claramente la razon de una ley (1)

(1) L. 23. tit. 9. P. 6.

que dice: que si el testador legare á uno una casa sin tenerla, no está obligado el heredero á comprarla ni vale el legado, pues presume el derecho que el testador se burla, porque semejante legado sería de un genero indeterminado, y que no tiene limites por la naturaleza; y asi solo valdría cuando el testador tuviese alguna ó algunas casas, pues entonces se entenderia que le legaba una de ellas.

2.^a *En el legado de genero tiene la eleccion el legatario; pero de tal suerte que no puede elegir lo mejor:* (1) v. g. si el testador me lega un caballo de su caballeriza, no le toca al heredero darme el que le pareciere, sino que yo puedo escoger el que guste, con tal que no escoja el mejor, y en esto se diferencia el legado de genero del legado de opcion.

Legado de *opcion* ó de eleccion se llama, cuando el testador con palabras espresas y terminantes concede al legatario, que entre muchas cosas de un mismo genero escoja la

(1) Dicha L. 23. tit. 9. P. 6.

que le parezca mejor: v. g. si uno en su testamento dijese de esta manera: lego á Ticio el caballo que eligiere de mi caballeriza, ó el que mas le agradare. (1) En este legado se deben notar tres cosas. La 1.^a es, que puede el legatario tomar lo mejor, lo cual no podia en el legado de genero (2) La 2.^a que una vez hecha la eleccion no puede arrepentirse y volver á escoger por parecerle que no escogió lo mejor, sino que á sí mismo se debe imputar si hizo una eleccion imprudente (3) La 3.^a que si el legatario en vida no elige, lo podran hacer sus herederos, de suerte que la opcion pasa á ellos. (4)

Resta dar una regla que es comun al legado de genero y de cantidad, la cual es esta: *ni el genero ni la cantidad perecen.* (5) La utilidad de esta regla es insigne: porque si v. g. á mi se me hubiera legado un caballo ó la cantidad

(1) L. 25. tit. 9. P. 6.

(2) D. l. 25. y la 23. antecedente.

(3) L. 25. tit. 9. P. 6.

(4) Dicha ley 26.

(5) Arg. de la ley 41. tit. 9. P. 6.

de cien pesos, y el heredero lo hubiese comprado para darmelo, ó hubiera contado y prevenido los cien pesos y un ladrón se lo hubiera hurtado todo, no podrá el heredero escusarse ó librarse de pagar el legado, porque el género y la cantidad siempre existen en el mundo y nunca perecen.

Finalmente, se pueden legar los hechos, y es la razón, parte porque son ó pueden ser de utilidad, y parte porque al testador le es lícito obligar á su heredero á hacer cualquier cosa que le parezca, con tal que no sea torpe ni ridícula ó de burla; y así valdria el legado que un testador hiciese de esta suerte: mando á mi heredero que todos los años le siembre su campo á Ticio; pero sería absurdo é inútil este: mando á mi heredero que todos los años en el día del nacimiento de Ticio baile desnudo en su calle.

Siguese ahora tratar del derecho de acrecer, el cual no es otra cosa que *un derecho por el cual la parte del colegatario que muere ó no la recibe, acrece al otro.* Este derecho por las leyes de Partida

tenia lugar no solo en los legados, sino principalmente en las herencias: (1) pero por razón muy diversa. En las herencias era porque ninguno podía morir parte testado y parte intestado, lo cual el día de hoy por ley de la Recopilación (2) está permitido á cualquiera. Pero en los legados el derecho de acrecer nace de la presunta voluntad del testador, y se puede verificar hasta el día: porque cuando un testador juntó á Ticio y á Mevio en un legado, parece que desde luego quiso que si faltase alguno, mas bien su parte pasase al otro, que no que volviese al heredero. Trataremos pues, ahora de los requisitos necesarios para que se verifique el derecho de acrecer en los legados, supuesto que en la herencia no tiene lugar si no es por voluntad del testador, y no por necesidad alguna. (3)

Dos son los requisitos para que se verifique el derecho de acrecer. El primero que falta el colegatario, y que sea

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

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

(3) Vea-se la nota de Sala en el Vinnio lib. 2. tit. 14. núm. 12. y 13.

antes de la muerte del testador, porque si le sobrevive aunque sea por un momento pasa el legado á los herederos, y ya no acrece al otro legatario. (1) El segundo que sean conjuntos, y se llaman así los legatarios que son llamados á recibir una misma cosa, por ejemplo: á Ticio y Mevio les lego mi casa. Por el contrario, si á Ticio se le lega la casa, y á Mevio un campo, aunque falte uno de los dos, nada acrece al otro. (2)

Veamos ahora de cuantos modos puede ser la conjunción. Se divide en conjunción *en la cosa*, en conjunción *en las palabras* solamente, y en *mista*, estas, en la cosa y en las palabras juntamente. Se dice ser conjuntos en la cosa cuando muchos son llamados á recibir una misma, pero en diversas proposiciones: v. g. á Ticio le lego mi casa; á Mevio lego la misma casa, y á estos llaman también disjuntos, porque sus nombres están puestos en diversas proposiciones. En palabras solamente

(1) L. 33. tit. 9. P. 6.
(2) Dicha ley 33.

se llaman conjuntos los que son llamados á una misma cosa en una sola proposición, asignándoles partes no físicas, sino intelectuales: v. g. á Ticio y á Mevio lego mi fundo en iguales partes. Conjunción mista se dá cuando una misma cosa es legada á muchos en una proposición y sin señalar partes: v. g. á Ticio y Cayo lego mi fundo. (1)

En todos estos casos, sea que el uno de los legatarios no quiera su parte, ó que muera antes que el testador, acrecerá á los demás siempre que se presume así de la voluntad del difunto por no espresarse cosa en contrario. (2)

Falta decir algo del modo de legar. Se pueden hacer los legados puramente, para algun día, (lo cual se llama en latín *ex die vel in diem*) bajo de condición, con demostración, con causa ó con modo. Puramente se lega cuando no se suspende el legado por ninguna circunstancia ni acontecimiento; v. g. lego á Ticio cien pesos. (3) En esta

(1) L. 33. tit. 9. P. 6.

(2) La misma ley 33.

(3) Ley 31. en el principio tit. 9. P. 6.

especie de legados se debe tener por regla general que se debe y se puede pedir al instante de la muerte del testador. Se dice deberse un legado cuando aunque haya obligacion de pagarlo todavia no se puede cobrar; por el contrario cuando ya se puede exigir la paga ó entrega de él, se dice que se puede pedir: de suerte que el sentido de la regla dada es, que el legado que se deja puramente hay obligacion de pagarlo inmediatamente que muere el testador, y que tambien en el mismo instante se puede cobrar.

Legado desde algun dia es aquel que tiene término desde cuando debe comenzar, v. g. lego á Ticio mi casa diez años despues de mi muerte; y legado hasta cierto dia es aquel que se hace señalando el tiempo que debe durar: v. g. á Ticio le lego mi hacienda por diez años. (1) En el primer caso si el dia es cierto, se debe luego el legado; pero no se puede cobrar hasta pasados los diez años: en el segundo al punto se debe y se puede cobrar. Mas

(1) L. 31. tit. 9. P. 6.

si el dia señalado fuere incierto, de suerte que se ignore si ecsistirá ó no, entonces el dia se tiene por condicion. Del legado condicional nada hay aqui que añadir, pues todo se ha explicado ya cuando se trató de la institucion de heredero. Una regla solamente se debe observar en este particular, y es: que el legado condicional ni se debe ni se puede cobrar antes de que ecsista la condicion. (1) De donde se sigue que si el legatario muere antes que se cumpla la condicion, nada trasmite á sus herederos, sino que espira el legado.

Con demostracion se dice que lega un testador siempre que hace descripción de la persona ó de la cosa legada: v. g. á Ticio que administró mis negocios mando se le den cien pesos: á Mevio lego la casa que compré de Sempronio. De este legado se debe observar que la falsa demostracion no lo vicia, con tal que de otro modo conste de la persona y de la cosa legada; (2) y asi aunque sea fal-

(1) L. 21. tit. 9. P. 6.

(2) Ll. 13. y 20. dicho tit. y P.

so que Ticio administró sus negocios ó que la cosa la hubiese comprado de Sempronio, con todo es útil el legado y surtirá su efecto.

Siguiese el legado dejado bajo de cierta causa. Por causa entendemos aqui la impulsiva, y que el testador espresa en testamento: v. g. á Ticio porque me defendió un pleito le lego cien pesos. En este caso vale tambien la regla ya dada en la demostracion, y así la falsa causa no vicia el legado, (1) porque como el testador se ha á manera de un legislador y la ley se debe obedecer aunque se alegue una causa falsa, de aqui es que vale el legado porque consta de la voluntad del testador. Se exceptúa con todo el caso de que el heredero pudiese probar que el testador no habria legado si hubiese conocido la falsedad de la causa, pues entonces falta la voluntad y será nulo el legado.

Finalmente, bajo de modo se dice dejado un legado cuando el testador espresa el fin para el cual lo deja. v.

(1) L. 21. del mismo tit. en el medio.

g. lego á Ticio mil pesos para que se gradúe de doctor. Esto se debe y se puede pedir luego al punto; pero el legatario debe dar fianza de que cumplirá con el fin intentado por el testador, y que si no lo cumpliere lo restituirá, pues hasta que lo cumpla gana el dominio de él. (1)

Al fin de este título se debe notar que valen los legados hechos aunque el testamento se rompa por pretericion ó desheredacion injusta, pues así lo concede espresamente nuestro derecho, (2) que solo atiende á que la voluntad del testador siendo justa y arreglada, se cumpla en aquella parte que se puede. Lo mismo sucede cuando el heredero establecido en el testamento no quiere aceptar la herencia, ó por cualquiera otra causa no entra en ella; pero en todo caso debe constar de la solemnidad prescrita por derecho, (3) pues faltandole no tendrá fuerza de tes-

(1) Dicha ley 21. tit. 9. P. 6.

(2) L. 1. tit. 4. lib. 5. Rec. de Cast. y 7. tit. 3. P. 6.

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

tamento, ni hará fe en juicio ni fuera de él.

Tambien se advierte que los legados no se deben dejar á arbitrio de otro, sino que el testador mismo debe hacerlos por sí, y con palabras y señales tan claras y ciertas, que se conozca plenamente su voluntad, y no se duide del legatario y cosa legada, pues de otra suerte no valdrian. (1) Pero puede dejar á su heredero, ó á otro la facultad de elegir á personas inciertas, de las ciertas que le señale, pues en este caso no se confiere en la voluntad de otro la sustancia del legado, sino la cualidad ó elección de la persona. Para que sean validos, se requiere tambien que sean hechos en testamento ó codicilo ó poder para testar. (2) Es verdad que no solo legados, sino tambien mejoras, declaraciones, fundaciones, nombramiento de tutores y qualquiera otra cosa, (escepto la institucion de heredero) se suelen hacer en un escrito separado que se llama *memoria testamental*, y no es otra cosa que

(1) Ll. 28. y 29. tit. 9. P. 6.

(2) L. 34. tit. 9. P. 6.

un escrito simple en que el testador añade, ó quita alguna cosa á su testamento, el cual vale y se estima por parte de este siendo firmado por el testador, y citandose en el testamento. (1)

Tres acciones competen á los legatarios para conseguir los legados que les han sido dejados en algun testamento. La 1.^a es personal por cuasi contrato: y la razon de darse esta accion es, porque el heredero aceptando la herencia, es lo mismo que si contrajese con los legatarios. La 2.^a es real en todos aquellos legados, que por ser hechos en especie pasa el dominio de la cosa legada al legatario desde el instante de la muerte del testador. La 3.^a accion es hipotecaria, y les compete á los legatarios, porque tienen *tácita* hipoteca en todos los bienes de la herencia, de la que se ha apoderado el heredero. (2)

(1) Febrero lib. de escrib. cap. 1. § 2. núm. 45.

(2) L. 26. tit. 13. P. 5.

Pueden tenerse presentes los autos acordados 419, 420 y 421, del último folio de del primer tomo de Montemayor y Belena.

TITULO XXI.

Del modo de quitar, ó de transferir los legados.

HABIENDO hablado hasta aquí del modo de dejar los legados, siguese ver como se quitan ó se trasferen. Y á la verdad, siendo la voluntad del hombre variable hasta la muerte. (1) no se puede dudar que el testador puede quitar á los legatarios los legados que les haya dejado en su testamento, ó trasferirlos á otros. (2)

Dicese que se quitó un legado cuando el testador ya no quiere legar lo que antes legaba. Esto puede suceder ó por ministerio de la ley, á lo cual llaman los juristas *ipso jure*, ó en virtud de excep-

(1) L. 25. tit. 1. P. 6.

(2) L. 39. tit. 9. P. 6.

cion. Del primer modo se quita el legado ó por palabras ó por hechos. Por palabras, cuando el testador en posterior testamento ó en codicilo declara, que ya no lega á alguno lo que antes le legaba. (1) Por hechos se quitará el legado, si el testador lo borrarre ó tildare (2) por sí mismo, ó por medio de otro por orden suya. Si acabare la cosa legada, ó le mudare la forma: con esta distincion, que si la cosa se puede reducir á su antigua forma, vale el legado: v. g. si de la plata legada hizo vasos: pero si no se puede volver á su antiguo estado, se entiende quitado: v. g. si de la lana ó madera que habia legado hiciese antes de su muerte paño ó casa. (3) Finalmente se estingue el legado cuando el testador sin necesidad alguna vende ó enagena la cosa legada, pues en este caso se presume que se arrepintió de haber hecho el legado: pero siempre que falte esta presuncion, como puede suceder mas fácilmente en los casos de venta que en los

(1) Dicha ley 3

(2) La misma ley 39. *V otrosi se podria.*

(3) L. 42. tit. 9. P. 6.

donacion, no se entiende revocado. antes se debe al legatario el precio en que la cosa fué vendida: (1) De este modo se quitan los legados *ipso jure*, tácita ó expresamente. Por medio de escepcion se quitan siempre que suceda alguna cosa de la cual se pueda presumir que el testador mudó de voluntad, lo cual probándose por el heredero, perderá el legatario su legado.

Siguiese la traslacion de los legados la cual sucede siempre que haya mutacion acerca de ellos. Esta puede ser de cuatro maneras. 1. Si se muda la persona del legatario: v. g. cuando se lega á Ticio lo que se habia legado á Sempronio. 2. Si se muda la misma cosa legada: v. g. cuando el testador que habia legado á uno su casa, ya no le legaba su hacienda. 3. Si se muda la persona á quien se mandaba que pagase á otro el legado: v. g. si antes se le mandaba á un legatario que diese á otro cien pesos, y después se manda al heredero que él sea quien los pague. 4.

(1) Véase toda la ley 10. tit. 6. P. 6. y la 17. del mismo tit.

Finalmente, si se muda la naturaleza del legado, como cuando la cosa que antes se legaba puramente después se lega bajo de condicion.

Pero se debe advertir acerca del primer modo de trasferir los legados, que se haga con toda claridad y repitiendo el nombre del primer legatario, pues de otra suerte no será traslacion sino conjuncion: v. g. si dijese: á Ticio le dejo la casa de mi morada, y después: á Cayo dejo la casa de mi morada; pues en este caso la dividirán; pero no si dijere: la casa de mi morada que dejaba á Ticio se la dejo á Cayo.

De lo dicho hasta aqui se infiere que los legados se pueden quitar y trasferir en testamento ó en codicilo; y añadido que para quitarlos ni aun esto es necesario, pues ninguna solemnidad requieren las leyes citadas. (1) antes bien, con sola la presuncion de falta de voluntad en el testador, basta para que el legado se tenga por quitado.

Para conclusion de este titulo veamos de cuantos modos espiran los le-

(1) Veanse las leyes 39 y 40 tit. 9. P. 6.

gados. Esto sucederá 1.º Si el legatario muriere antes que el testador (1) pues entonces no llega á adquirir dominio en la cosa legada. 2.º Si pereciere la cosa legada sin culpa ó mora del heredero. Esto se entiende de la cosa legada en especie, pues el género y la cantidad nunca perecen. (2) 3.º Se acaba el legado de cosa agena, si esta la adquiere el legatario en vida del testador por título lucrativo. (3) por la razon ya dada, de que dos causas lucrativas no pueden concurrir en una misma persona, y acerca de una misma cosa. 4.º Si el testamento fuere nulo por falta de solemnidad: v. g. si no tuviere el competente número de testigos; pero no si fuere nulo en quanto á la institucion de heredero. (4) 5.º Si por parte del legatario no se cumpliere la condicion posible bajo la cual se le dejó el legado. (5) Esto se entiende si estuviere en su mano el cumplirla, pues cuando no puede, como por

(1) L. 35. tit. 9. P. 6.

(2) L. 41. tit. 9. P. 6.

(3) L. 43. tit. 9. P. 6.

(4) Ll. 1. y 2. tit. 4. lib. 5. Rec. de Cast.

(5) L. 21. tit. 9. P. 6.

caso fortuito, ó de otra manera, sin culpa suya, entonces se tiene por cumplida y se debe pagar el legado. (1)

TITULO XXII.

De la ley Falcidia.

ESTE título está bastante conecso con el antecedente, pues asi como aquel nos muestra de que modo se acaban los legados, asi este nos enseña como se disminuyen muchas veces, ó se reducen á menor cantidad.

Con motivo de permitir las leyes antiguas á los testadores que distribuyesen sus bienes en legados, no quedaba á los herederos que instituian cosa alguna, ó les quedaba muy poco, por cuya razon muchos no querian aceptar la herencia. Esto dió motivo entre los romanos á que se estableciesen varias leyes procurando impedir este desórden. Pero como ninguna de estas fuese suficiente á ocurrir al daño, se estableció la ley Falcidia, llamada asi de Publio

(1) Véase la ley 22. tit. 9. P. 6.

Falcidio tribuno de la plebe en tiempo del emperador Augusto el año 714 de Roma, por la cual se estableció, que ninguno pueda legar mas que las tres partes de sus bienes, y que en caso que legase mas, de suerte que no le quedase al heredero que percibir, ó le quedase menos que la cuarta parte de la herencia, pudiese sacarla y retenerla para sí de cada legado.

Este derecho que tuvo origen entre los romanos ha pasado á nosotros, y está adoptado por nuestras leyes; (1) y así siempre que el testador instituye heredero voluntario, y deja tantas donaciones ó mandas, que nada le queda que heredar, ó le queda menos de lo que por derecho le toca, puede sacar el heredero la cuarta parte de la herencia que dicha ley le concede llamada también *Falcidia* por nuestras leyes (2) de suerte que de cada manda ha de sacar la cuarta, la cual le compete por solo haber sido nombrado heredero en el testamento. (3)

(1) Tit. 11. de la Part. 6.

(2) L. 1. tit. 11. P. 6.

(3) Dicha ley 1.

Para deducir dicha cuarta ha de considerarse el valor de los bienes del testador al tiempo de su muerte, porque el aumento ó deterioro que despues haya, es de su cuenta y no de los legatarios. (1) Mas si los herederos son forzosos, no sacan cuarta, sino toda su legitima integra sin condicion ni gravamen, (2) y solo se podrán hacer legados del tercio ó quinto segun sea el testador.

La deducción de la cuarta falcidia debe hacerse en esta forma: primero se ha de separar lo que el testador esté debiendo aunque sea al mismo heredero, á menos que lo prohiba espresamente, pues en tal caso no se separara el debito de este: despues las espensas funerarias ocasionadas con motivo de su muerte; y luego el dinero que destine para comprar siervos que mande manumitir: bien entendido que si lega una cantidad á persona determinada para que dé libertad al suyo, puede el heredero traer de ella la cuarta parte; pero si

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

(2) L. 4. tit. 11. P. 6.

manda que el dinero se entregue á alguno para que compre los de otro y se consume todo en su compra, no debe sacarla de él; mas si sobra algo puede deducirla del sobrante. (1)

No puede el heredero deducir dicha cuarta de los legados hechos á las iglesias, hospitales ú otros lugares religiosos, ó á pobres ó para cualquier otra obra pia, ni de lo que lega el testador que es soldado, (2) ni de lo que entregan á los prohibidos de ser legatarios ó herederos, (3) ni del legado de la dote, ni si cancela maliciosamente el testamento ó mandas para que no valgan, ó hurta alguna cosa de las legadas, ó maliciosamente la niega diciendo que es suya y no del testador, ni tampoco cuando este le prohíbe espresamente su detraccion. (4) Asimismo si paga enteramente algunas mandas creyendo que en la hacienda restante le queda lo suficiente para sacarla, debe satisfacer en la propia forma las demas, sino es que despues de haber empezado

- (1) L. 2. tit. 11. P. 6.
 (2) L. 4. tit. 11. P. 6.
 (3) L. 5. del mism. tit.
 (4) L. 6. tit. 11. P. 6.

á pagarlas aparezca alguna deuda grande de que hasta entónces no había tenido noticia, que en este caso puede retenerla de las que no esten entregadas. (1)

De todo lo demas puede el heredero sacar la cuarta si la cosa legada tiene comoda division, y si no, se ha de apreciar, y de su importe hacer la deduccion: previniendo que aunque quiera tomar la parte que en una alhaja le corresponde, de la legada á otro, no debe hacerlo sin su permiso, porque la detraccion de la cuarta ha de ser respectivamente de cada legado. (2)

Finalmente para poder sacar la falcidia debe el heredero hacer previamente en el termino legal, inventario formal de todos los bienes del finado, pues si no lo hace no podrá; (3) y ademas estará obligado á pagar enteramente las mandas y deudas que dejó; (4) y si lo hace y satisface á aquellas antes que estas, de-

- (1) L. 6. d. tit. y P.
 (2) L. 2. d. tit. y P.
 (3) L. 7. d. tit. y P.
 (4) L. 10. tit. 6. P. 6.

ben los acreedores reconvenir primero á los legatarios, y despues por lo que falte al heredero. (1)

TITULO XXIII.

De los fideicomisos universales y de la cuarta trebelianica.

Hemos hablado ya de las herencias por testamento y de los legados: siguese ahora tratar de los fideicomisos.

A la fe de otro no podemos cometer una cosa de otro modo que por palabras de ruego, y de aqui nace la definicion. Fideicomiso es una orden intimada al heredero por palabras de ruego para que de alguna cosa á otro. (2) Se divide el fideicomiso en universal y singular: universal es, quando á alguno se le deja por modo de fideicomiso toda la herencia ó una parte de ella, y asi suele llamarse *herencia fideicomisaria*. Singular es, quando una cosa singular v. g. algun genero, es-

(1) L. 7. del mis. tit.

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

pecie ó cantidad se deja por modo de fideicomiso, y de este se tratará en el siguiente titulo. Por lo que hace al universal se debe observar, que para este siempre se requieren tres personas: 1.^a El que deja el fideicomiso, y se llama *fideicomitente* 2.^a Al que se manda que restituya la herencia á otro, y este se llama *heredero fiduciario*, porque en su fidelidad coloca su confianza el testador. 3.^a Finalmente aquel á quien se restituye la herencia y se dice *heredero fideicomisario*: el cual hablando con rigor no es heredero, pues solo recibe la herencia para entregarla á otro.

Esta es la primera division de los fideicomisos: siguese otra y es, que el fideicomiso puede hacerse tacita ó espresamente. Se dirá hecho espresamente quando el testador con palabras claras y terminantes manda á su heredero que restituya á otro la herencia ó alguna parte de ella; y tacito será quando no se hace mencion de restitucion, pero se manda al heredero alguna cosa de donde se colige que debe restituir la herencia; v.

g. Ticio sea mi heredero; pero con la condicion de que no haga testamento. En este caso es lo mismo que si dijese el testador: ruego á Ticio que restituya mi herencia á sus parientes mas procsimos.

De los principios establecidos se infiere claramente: 1.^o Quien puede dejar fideicomisos, conviene á saber: todos aquellos que pueden hacer testamento por tener libre disposicion de sus bienes; y asi no podrán todos aquellos que dijimos no pueden testar. (1) 2.^o A quienes se puede mandar que paguen fideicomisos, esto es: á todos aquellos que recibieren alguna parte de la herencia con titulo de herederos; pero con la condicion de que á ninguno se grave en mas de lo que recibió. 3.^o Que se pueden dejar fideicomisos á todos aquellos que pueden recibir por testamento ó ser herederos: y asi, v. g. si Ticio me hubiese mandado restituir toda su herencia á un colegio de músicos, no valdrá semejante fideicomiso si el tal colegio está fundado sin consentimiento del prínci-

(1) L. 14. tit. 5. P. 6.

pe como se supone. 4.^o Que se pueden dejar fideicomisos ó en testamento, ó en codicilo. 5.^o Que se puede hacer fideicomisos puramente ó con condicion, y para, ó hasta cierto dia.

Siendo difícil que los fideicomisarios quisiesen ser herederos con la obligacion de restituir toda la herencia, para que tuviesen alguna utilidad, se estableció que en premio de su trabajo y de la restitucion de la herencia se quedasen con la cuarta parte liquida de la en que fuesen instituidos, y se ha llamado *cuarta Trebelianica* aun entre nosotros, (1) cuyo nombre tomó entre los romanos.

A distincion de lo que se observa en la cuarta falcidia, debe el heredero fiduciario incluir en la trebelianica todo lo que el testador le haya legado y los frutos que percibió de la herencia, mientras la tuvo en su poder, (2) y si estos equivalen á aquella, la restituirá entera al fideicomisario; mas si no equivalen, puede detraer únicamente lo que falte para completar la cuarta. (3) Pe-

(1) L. 14. al fin dicho tit. y P.

(2) L. 8. tit. 11. P. 6.

(3) Dicha ley 8.

ro si importaren mas los frutos que lo que él debe percibir por razon de esta, si el testador señaló dia para que entregase la herencia, y dicho fiduciario lo verificó, entonces hace suyos todos los frutos que percibiére hasta ese dia, aunque como hemos supuesto, asciendan á mas. Pero si no se le señaló dia cierto, y él fué moroso en entregar la herencia, debe restituir todo lo que exceda de su cuarta parte. (1)

Resta ver en que casos no tiene lugar la cuarta trebelianica. 1.º No lo tiene en el testamento del soldado. 2.ª Si el testador prohíbe que se saque. 3.º Si el heredero por ignorancia de derecho restituyó toda la herencia. 4.º Si no hizo inventario. 5.º Si no quisiere aceptar la herencia, en cuyo caso sin necesidad de que compela el juez al fiduciario entrará en ella el fideicomisario por sí. (2)

TITULO XXIV.

De los fideicomisos singulares

HEMOS tratado de los fideicomisos universales, que tambien se llaman he-

(1) Dicha ley 8.

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

rencias fideicomisarias: sigüense los fideicomisos singulares, de los que hablaremos brevemente, porque estos estan igualados en todo á los legados, de suerte que no hay diferencia en cuanto á los efectos que producen unos y otros. De esta manera, todas las disposiciones que hemos notado de los legados, tienen lugar en los fideicomisos: los que pueden legar, pueden dejar fideicomisos: á quienes se lega, tambien se deja fideicomiso; y las mismas cosas que se dejan por legado; se dejan y pueden dejar por medio de fideicomiso. De consiguiente, para haber de tratar esta materia por sus partes, seria necesario repetir el título todo de los legados.

Mas aunque en el efecto no haya diferencia alguna entre los legados y fideicomisos, con todo se distinguen 1.º En las palabras, pues aquellos se dejan con palabras imperativas y estos por medio de ruego. (1) 2.º En el modo: para los legados se requieren cinco testigos, mas los fideicomisos se pueden hacer sin testigo alguno estando presente el heredero, y para prueba se

(1) L. 14. tit. 5. P. 6.

tomará despues juramento, y en caso de no querer jurar será obligado á pagar el fideicomiso, y si jurare en falso pagará su lengua semejante delito, pues no hay arbitrio para dar otra prueba.

TITULO XXV.

De los codicilos.

Los codicilos no son otra cosa que una disposicion menos solemne ordenada por el testador á fin de explicar, añadir ó quitar alguna cosa de su testamento. (1)

Convienen los codicilos y los testamentos en que unos y otros son voluntad; pero se diferencian, 1.º En que el testamento es una última voluntad solemne, y el codicilo menos solemne. (2) 2.º Que cuando hay testamento no suceden ni pueden suceder los herederos *ab intestato*; pero los codicilos pueden hacerse tanto por el que muere testado como intestado. 3.º Que en el testamento para que valga como tal, es necesaria la institucion de here-

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

(2) L. 3. del dicho tit.

dero; mas en los codicilos no se puede instituir heredero, sino solamente hacer legados y fideicomisos. (1) Y de aqui facilmente se deduce de cuantas maneras son los codicilos. Unos se llaman escritos, y son aquellos que se reducen á escritura, y otros nuncupativos, y son los que se hacen por viva voz. (2) Hay otra division de los codicilos, y es: que unos son de *testado* y otros de *intestado*: aquellos se hacen por el que primero ordenó testamento; estos por el que quiso morir sin testamento; y así los primeros se llaman codicilos confirmados por testamento, y los segundos absolutamente *codicilos ab intestato*.

Los derechos que se deben guardar en el otorgamiento de los codicilos se coligen de la definicion dada; de la cual inferimos: 1.º Que el que no puede hacer testamento tampoco puede hacer codicilos, (3) pues estos no son otra cosa que un testamento menos solemne. 2.º Que en los codicilos no se puede instituir heredero

(1) L. 2. del d. tit.

(2) L. 1. al fin tit. 12. P. 6.

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

directamente. (1) La razon es, porque esta institucion es una cosa solemne, y asi no se puede hacer sin todas las solemnidades de derecho. Es verdad que atendidas nuestras leyes, que requieren para el codicilo nuncupativo la misma solemnidad de testigos, que para el testamento de esta especie, (2) valdrá la institucion que se hiciese en semejante codicilo; pero por el mismo hecho lo dejara de ser, y en realidad será testamento; pero en el codicilo cerrado probablemente no valdrá. Por la razon ya dada, tampoco producirá efecto la desheredacion ni la sustitucion hecha en codicilo, ni la condicion que en él se pusiese al heredero instituido en el testamento. (3) ¿Que es pues lo que se puede hacer en los codicilos? Se puede legar, y disminuir ó quitar los legados: hacer fideicomisos y donaciones por causa de muerte: se podrá finalmente nombrar el delito que cometió el heredero instituido en el testamento contra

(1) L. 2. del mismo tit.

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

(3) D. l. 2. tit. 12. P. 6.

el testador, y por el cual no merece la herencia, y siendole probado, quedará impedido de ser heredero. (1) 3.º Que se pueden hacer muchos codicilos y todos valen, no siendo contrarios; (2) pero en los testamentos, el posterior déroga al anterior, porque en cada uno se dispone de todos los bienes instituyendo heredero.

Finalmente, en los codicilos cerrados bastan cinco testigos que suscriban; mas en los nuncupativos ó abiertos, se requieren las mismas solemnidades, que en el testamento nuncupativo. (3)



(1) L. 2. ya citada.

(2) L. 3. del mism. titulo.

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

INDICE

DE LO CONTENIDO

EN ESTE TOMO.

Titulo I. De la division de las cosas y del modo de adquirir el dominio. PAG	1
I. ^a parte. De la division de las cosas.	id.
II. ^a parte. Del modo de adquirir el dominio.	23
§. I. Qué sea derecho en, y á la cosa. .	24
§. II. Que sea dominio y sus divisiones.	25
§. III. Que cosa es modo de adquirir dominio	28
§. IV. Como se dividen y cuantos son los modos de adquirir el dominio. .	31
§. V. De la ocupacion, primer modo de adquirir el dominio.	33
§. VI. De la accesion, segundo modo de adquirir el dominio.	47
§. VII. De la tradicion.	63
Adicion	68
Tit. II. De las cosas corporales é in-	

corporales	72
Tit. III. De las servidumbres	75
Tit. IV. Del usufructo	89
Tit. V. Del uso y de la habitacion. .	100
Tit. VI. De la usucapion	104
Adicion	120
Tit. VII. De las donaciones.	122
§ Unico De las donaciones llamadas propter nuptias.	131
Tit. VIII. Quien puede enagenar ó no.	132
Tit. IX. Por que personas se puede adquirir	143
Tit. X. De los testamentos.	151
Adicion	162
Tit. XI. Del testamento militar. . .	163
Adicion	168
Tit. XII. De los que no pueden hacer testamento.	id.
Tit. XIII. De la desheredacion. . . .	175
Adicion	181
Tit. XIV. Quienes pueden ó no ser instituidos por herederos	182
Tit. XV. De la sustitucion vulgar. . .	200
Tit. XVI. De la sustitucion pupilar y de las demas sustituciones.	294
§. I. De la sustitucion ejemplar.	209
§. II. De la sustitucion compendiosa. .	211

§. III. De la sustitucion brevilocua..	212
Tit. XVII. De que modos pierde su efecto el testamento	213
Tit. XVIII. Del testamento inoficioso.	217
Tit. XIX. De la diferencia que hay de herederos.....	227
Tit. XX. De los legados.....	238
Adicion	264
Tit. XXI. Del modo de quitar ó de transferir los legados.....	id.
Tit. XXII. De la ley falcidia.....	269
Tit. XXIII. De los fideicomisos y de la quarta trebelianica	274
Tit. XXIV. De los fideicomisos singulares.....	278
Tit. XXV. De los codicilos.....	280



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
 DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS





MADRID

CIÓ

DA

CIÓ

NUEVO