

y á sus tribunales para defender la real jurisdiccion por medio de los recursos de fuerza, de los cuales trataré separadamente en mas oportuno lugar con aquella solidez y claridad que pide un asunto en que tanto interesa la causa pública.

## CAPÍTULO IX.

*De la restitucion para probar pasado el término ordinario.*

1 Los menores de veinte y cinco años, las iglesias, el rey, los concejos y comunidades pueden hacer sus probanzas pasado el término de los ochenta dias en uso de la restitucion que les compete.

2 Este beneficio no tiene lugar en los contratos ó juicios, que hayan celebrado ó seguido los mismos menores, ya se hallen en la edad pupilar, ó ya en la pubertad antes de cumplir los veinte y cinco años: porque su nulidad los escusa de todo daño, y estan plenamente socorridos por la ley general: *ley 4. y 5. tit. 11. Part. 5.*: Molin. *de Just. et jur. tom. 2. disput. 573. n. 6.*: Hermosill. *en la ley 4. tit. 5. Part. 5. glos. 12. n. 42.*

3 Cuando los mismos contratos ó juicios se han autorizado por los tutores ó curadores con todas las solemnidades que requieren las leyes para inducir obligacion, quedan sujetos los menores, y pueden ser apremiados á su efectivo cumplimiento, porque así lo dicta el derecho de las gentes y el interes público de la sociedad.

4 Para exonerarse de esta ley comun obtuvieron el singularísimo privilegio de poder reclamar el daño que padecerian si cumpliesen las enunciadas obligaciones; y como no era compatible la subsistencia de ellas con la falta de su cumplimiento, se figura que no han intervenido tales obligaciones, fingiendo que los menores se hallan en el estado y tiempo anterior á ellas, libres y expeditos para consultar sus intereses, y preservarlos de la pérdida que ya habian conocido, absteniéndose de entrar en iguales obligaciones, ya procedan de contratos, ó ya de juicios.

5 Este es el término en que se completa la restitucion *in integrum*; y en él está todo el beneficio que consiguen los menores: *ley 1. tit. 19. Part. 6.* «*Restitutio* en latin, tanto quiere decir en romance, como demanda de entrega que face el menor al Juez, que le torne algun pleyto, ó alguna postura, que ha fecho con otro á daño de si, en el estado primero en que ante estaba.» *ley 2. y 3. del propio tit. y Part.*, conviniendo unánimemente en esta proposicion todos los autores.

6 De estos principios nacen algunas consecuencias demostradas con igual seguridad en este artículo de la restitucion: la primera que este privilegio contiene una derogacion de la ley comun, que recomienda y estrecha el cumplimiento de los pactos y obligaciones de cualquiera causa que procedan; y por este respecto es privativo de los príncipes soberanos dispensar á los menores este privilegio, pues ningun otro puede en todo ó en parte revocar la ley, dispensarla ó declararla: *ley 14. tit. 1. Part. 1.*: *ley 3. tit. 1. lib. 2. de la Recop.* (*Ley 3. tit. 2. lib. 3. de la Nov. Recop.*)

7 La misma restitucion viene á ser una ley privada á favor de los menores, y en cierta manera pública ó comun, en cuanto obliga á todos los súbditos del príncipe á que la guarden y cumplan; y esta es otra causa que la hace dependiente de la autoridad legislativa: Suarez, *de Legib. lib. 8. cap. 8.*

8 La segunda consecuencia consiste en los dos respectos indicados de contener la restitucion derogacion de la ley comun, y formar en sí misma otra ley que debe salir adornada de las precisas calidades de equidad, honestidad y utilidad pública, conciliando la que concurre en los casos y personas particulares, á quienes se concede este privilegio, con la general que debe conservarse en la ley comun: *ley 49. 50. 51. tit. 18. Part. 3. D. Thom. Prim. secund. q. 97. art. 4.*: Suarez, *de Leg. lib. 8. cap. 9. et cap. 6. n. 1. et cap. 21.*: Covarr. *de Matrim. part. 2. cap. 6. §. 9. n. 18.*

9 La razon que excitó á los reyes

para conceder á los menores el singular beneficio de la restitucion, fue verlos desamparados del propio consejo por su menor edad, y sujetos necesariamente al de los tutores, curadores, ó defensores. El privilegio llamado de córte, que igualmente se concedió á los menores para llevar sus causas en primera instancia al tribunal superior del reino, ya sean actores ó reos, es uno de los mas exorbitantes; pues rompe las muchas leyes que disponen que el actor siga el fuero del reo, y que se radiquen los juicios en primera instancia ante los ordinarios, en cuyo punto puede verse á Carlev. *de Judic. tit. 1. disput. 2.* con otros: *ley 4. tit. 3. Part. 3.*: *ley 8. tit. 3. lib. 4. de la Recop.* (*Ley 9. tit. 4. lib. 11. de la Nov. Recop.*) Este privilegio se fundó tambien en la misma razon de considerables á los menores por estar sujetos al arbitrio de los tutores y curadores, y expuestos á padecer abandono en sus bienes y opresion en sus personas, tanto de parte de los extraños como de los mismos tutores y curadores: *ley 20. tit. 23. Part. 3.*: Covarrub. *Practicar. cap. 6. n. 2. et cap. 7. num. 3.* con otros muchos que refiere Salgado, *Labyrinth. part. 2. cap. 2. n. 27. y 28.*

10 Las iglesias y comunidades gozan del mismo auxilio de la restitucion *in integrum* concedido á los menores de veinte y cinco años; y como esta ampliacion del privilegio no pueden tener lugar sin que precedan las causas de equidad, necesidad y utilidad pública, segun queda explicado por regla general en todo privilegio, especialmente en el que se concede contra derecho, es necesario suponer y considerar en las iglesias, en las comunidades y en el rey las enunciadas causas; pero como no cabe la de menor edad, ni puede recurrirse á esta calidad en el rey, iglesias y comunidades, no se descubre otra que justifique su privilegio que la de estar gobernados en la administracion de sus bienes por ageno consejo y arbitrio, como lo estan los menores de edad; pues no pudiendo el rey atender por su persona al cuidado y administracion de sus

bienes y derechos, confia este encargo á las personas que elige.

11 Los bienes de las iglesias se gobiernan al arbitrio de sus prelados y cabildos, y los de los pueblos al de los regidores y demas personas de república; y conviniendo en este punto con los menores de edad excitando la compasion y el particular cuidado de los reyes para preservar sus bienes de los daños que padecerian por culpa ó dolo de sus administradores.

12 Es cierto que los tutores y curadores, ya se nombren por los padres de los pupilos en la forma que disponen las leyes, ó ya lo hagan los jueces, se consideran de notoria probidad, inteligencia y buena fe; pues cualquiera recelo ó sospecha de su conducta impide confiarles tan importante encargo. Las mismas circunstancias y aun mas recomendables concurren en los prelados de las iglesias, en los rectores de los pueblos y en las personas elegidas para administrar los bienes y rentas del rey; y parecia que el consejo y direccion de tales personas daria mayor seguridad á los menores en sus contratos y obligaciones y en el seguimiento de sus juicios que la que pueden alcanzar los hombres rústicos y las mugeres, á quienes sin embargo se niega el auxilio de la restitucion.

13 Concorre tambien la responsabilidad en que caen los tutores, curadores y administradores, no cumpliendo sus encargos con aquella exactitud y diligencia que lo haria un prudente y activo padre de familias con sus propios bienes; y podrian resarcir cualquiera daño produciéndole por el medio y accion ordinaria contra los mismos tutores y administradores, que es otra circunstancia que debia inclinar á dejar ilesos los contratos y las obligaciones autorizadas con las solemnidades de derecho.

14 Aunque todo lo expuesto sea así, especialmente en cuanto á la inteligencia y calidad de los administradores y tutores de los menores y demas personas que gozan del privilegio de la restitucion, les falta sin embargo la circunstancia principalísima del interes propio, que es el que excita á

la actividad y rectitud en las operaciones, notándose por lo comun su indolencia y flojedad para alcanzar el beneficio ageno, y el conato con que frecuentemente tratan de conseguir el propio, abusando de sus oficios, y de la ineptitud ó desidia de los menores de edad y de las comunidades, que no tienen voz para reclamar su perjuicio, y las mas veces no lo conocen hasta que el tiempo lo descubre.

15 Los tutores y curadores llenan todo su oficio cuando ponen en la administracion de los bienes de los pupilos y menores aquella diligencia que suelen poner en sus propios bienes, y solo quedan responsables al daño que padecen los menores por su dolo ó culpa: *ley 1. ff. de Tutel. et rationib. distra.: Vinnius in §. 7. Inst. de Atil. Tutor.*

16 Si del perjuicio ó menoscabo que reciben los menores por dolo ó negligencia de sus tutores ó curadores ha resultado beneficio á alguna otra persona, como sucede en la venta de bienes muebles ó raices, en las transacciones ó en otros contratos, corresponden al menor dos acciones, una ordinaria contra los tutores y curadores, y otra que se considera extraordinaria por efecto de la restitucion *in integrum*; pero como las causas y las personas son diversas, no se confunden, ni son incompatibles, antes bien se conservan á eleccion y arbitrio de los mismos menores para que puedan usar, cuando hayan salido de la menor edad, dentro de los cuatro años próximos, de la que tengan entonces por mas ventajosa, ya sea por el mayor interes directo, ó por el que puedan lograr en la mas fácil, mas breve, y menos costosa expedicion de sus acciones, sin que el uso de la una extinga en aquel punto la otra, sino que la reserva hasta que se haya reintegrado plenamente del daño que recibió; y como no es fácil discernir las ventajas que por tantos respectos pueden verificarse entre los tutores y curadores, y los que posean los bienes ó derechos en que se hayan perjudicado los menores, ni seria justo restringir las acciones de éstos, pues resultaria en-

tonces que alguno de ellos quedase libre, ó con mas propiedad que no fuese responsable al resarcimiento del daño; es consiguiente que nazcan y se conserven á favor de los menores las dos enunciadas acciones, una contra los tutores por su negligencia ó dolo, y otra contra los poseedores de sus bienes por el interes que recibieron, y no pudo entonces precaver el menor.

17 Por estos principios se demuestra que aunque estas dos acciones fuesen iguales en el objeto, de manera que con una y otra recibiesen un propio interes, se verifica grande utilidad á favor del menor en la concurrencia de las mismas dos acciones, y en la opcion para usar de cualquiera de ellas.

18 En esta proposicion está reunido todo el fundamento de las leyes y de los autores que la reciben con uniformidad, habiéndola puesto en el estado de ser ya un principio en esta materia: *leg. 39. §. 1. ff. de Minorib. Quero, cum sint idonei curatores, an minor adversus Titium emptorem in integrum restitui possit? Respondi, ex omnibus quæ proponerentur, vix esse eum restituendum: nisi maluerit omnes expensas, quas bona fide emptor fecisse adprobaverit, ei prestare: maxime cum sit ei paratum auxilium, curatoribus ejus idoneis constitutis: leg. 3. Cod. Si tutor vel curator interv. Etiam in his quæ minorum tutores, vel curatores male gessisse probari possunt: licet personali accione à tutore vel curatore jus suum consequi possint, in integrum tamen restitutionis auxilium eisdem minoribus dari jampridem placuit. Leg. 5. Cod. eod. Etiam tutoribus vel curatoribus distrahentibus, vel aliis contrahentibus, minores tam restitui rebus propriis, quam tutorum, vel curatorum damna sequi, nullo eis præjudicio per electionem generando, placuit: Molin. de Just. et jure tract. 2. disput. 573. n. 5.: Greg. Lop. in leg. 2. tit. 19. Part. 6. glos. 2.: Hermosil. in leg. 4. tit. 5. Part. 5. glos. 12. n. 40. 41.: Cancr. Var. part. 3. cap. 2. n. 88.*

19 El daño del menor, el haberle venido por su debilidad en tiempo de

su menor edad, ó por negligencia ó engaño de su guardador, defensor ú otro forman todo el fundamento de su restitucion: *ley 2. tit. 19. Part. 6.* «É de tal menor como este se entiende »que si daño, ó menoscabo rescibiere »por su liviandad, ó por culpa de su »Guardador, ó por engaño quel ficiese otro ome, que debe ser entregado »de aquella cosa que perdió, ó que se »le menoscabó, por qualquier destas »tres razones:» *ley 3. del mismo tit. y Part.:* «Conosciendo, ó negando en »juicio, el menor, ó su Guardador, ó »su Abogado, alguna cosa porque menoscabase, ó perdiese de su derecho; »ó dexando de poner defension, ó otra »razon, de que se pudiese aprovechar:» *ley 8. del mismo tit. y Part.* «É esta »restitucion puede demandar en todo »pleyto, ó conoscencia, que él oviese »fecho á daño de sí, ó su Guardador, »ó su Abogado.» De aqui es que debe ser del cargo del menor probar el daño y todas las demas circunstancias que completan su intencion, haciéndolo con citacion y audiencia de la parte que demanda, pues sin este prévio requisito no le perjudicaria la probanza. Esto es lo que persuaden los principios generales que estan por la subsistencia de los contratos ó juicios en que han intervenido las solemnidades de derecho, y que su rescision puede solamente franquearse por una demanda en que se acredite la equidad, que es efecto del daño del menor, como se comprueba especialmente en el asunto de las restituciones por las mismas leyes que las introducen: *ley 1. tit. 13. Part. 3.* «É mostrando el daño »que le ende viene, si non tornase el »pleyto de cabo, en aquel mismo estado que era, ante que la conoscencia »fuese fecha:» *ley 2. tit. 19. Part. 6.* «Provando el daño, ó el menoscabo, é »que era menor de veinte y cinco años, »quando lo recibió: ca, si esto non »fuese provado, non se desataria lo que »fuese fecho, ó puesto con él, ó con »su Guardador:» *ley 5. del mismo tit. y Part.* «É el Juez dévelo facer, si »fallare en verdad, que el pleyto fizo »seyendo menor de veinte y cinco años, »é fuese provado el empeoramiento, é

»el menoscabo, que le viene porende:» *ley 6. del mismo tit. y Part. in fin.* «Porque siempre ha de provar dos cosas el que demanda restitucion: la primera, que era de menor edad á la sazón que fizo el pleyto, ó la postura; »la segunda, que la fizo á daño, é á »menoscabo de sí:» *ley 7.* «Pero quando esto oviere de facer, deve ser delante los acreedores de la heredad, »que sepan qual es la razon, porque la »desampara:» *ley 8.* «É el Juez deve »llamar ante sí la otra parte, á quien »facen la demanda, é si fallare que el »pleyto, ó la conoscencia, ó el juicio »sobre que demanda la entrega que »fué fecha á daño del menor, dévele tornar en aquel estado en que era »ante:» *ley 4. tit. 14. Part. 3.* «Tenudo es aquel, que quiere quebrantar el »pleyto de provar dos cosas. La una, »quel era menor en aquel tiempo que »aquel pleyto fizo. La otra; que fué »fecha con engaño, ó con daño de sí. »Ca si estas dos cosas non provase, »non se podia desatar el pleyto.»

20 Cuál sea el daño que ha de probar el menor, y en qué cantidad para dar entrada á su pretendida restitucion, no está determinado por las leyes; y de aqui toman ocasion los autores para dividirse en sus opiniones, llenando de oscuridad y confusion á los profesores y á los jueces, que no tienen todo el discernimiento necesario para asegurar la mejor eleccion en los casos que ocurren.

21 Si se consultan las leyes que van citadas, se hallará que solo piden para la restitucion que haya daño ó menoscabo del menor; y esta indefinida expresion, que equivale en buena jurisprudencia á la universal, se verifica cumplidamente en cualquiera daño ó menoscabo, no siendo lícito distinguir entre el mayor ó el menor cuando no lo distinguen las leyes.

22 En la 2. tit. 19. Part. 6. se dice: «É de tal menor como este se entiende, »que si daño, ó menoscabo rescibiere:» en la 3. «Porque menoscabase, ó perdiese su derecho:» en la 5. «A su daño, ó cambiando su debdo por otro »peor:» en la 6. *al fin.* «Que la fizo á »daño, é menoscabo de sí:» en la 7.

«Si entendiéndose que es daño del mozo en tener la heredad:» en la 8. «A daño del menor:» A daño de sí:» todas las del *tit. 19. Part. 6.*

23 Otras muchas leyes y disposiciones canónicas hacen mérito del gran daño del menor distinguiéndole á veces con el dictado de enorme para dar entrada á la restitucion que solicita. La citada *ley 4. tit. 14. Part. 3.* hablando de las dos cosas que ha de probar el menor para quebrantar el pleito por efecto de la restitucion dice con respecto á la segunda «que fue »fecha con engaño, ó á gran daño de »sí:» la 1. *tit. 13. de la misma Part.* repite dos veces el «gran daño del »huérfano» para que tenga lugar la restitucion contra la *conoscencia* que hubiese hecho á presencia y consentimiento de su guardador: ibi: «Pero si »la *conoscencia* se tornase á gran daño »del huérfano:» é si el Rey, ó el Juez »entendieren que aquella *conoscencia* »se tornase en gran daño del huérfano, »devenla revocar.»

24 La *ley 5. tit. 19. Part. 6.* tratando de las cosas del menor que se venden en almoneda dice: que si despues que alguno las hubiese comprado viniese otro que dijese que daría mucho mas por ellas, que puede pedir el menor al juez que vuelva las cosas el que las habia sacado de la almoneda, y que las dé al otro que da mas por ellas: «é el Juez dévelo facer, si »entendiere que es gran pro del mozo.»

25 En la oferta del nuevo comprador no se satisface la ley solamente con que dé mas, sino que requiere que *sea mucho mas*, y la providencia del juez debe tomarse sobre el conocimiento de que logre el mozo gran pro en aquel ofrecimiento.

26 El *cap. 11. de Reb. Eccles. alienand.* refiere el feudo otorgado por la Iglesia en ciertos bienes propios, y la reclamacion que despues de muchos años hizo el mismo monasterio para recobrar los bienes dados en feudo; y para que tenga lugar en este caso la restitucion, es necesario probar que el monasterio sufriese enorme dispendio: *Propter hoc inveneritis enorme dispendium incurrisse.*

27 Para conciliar las enunciadas disposiciones, y poner en la debida claridad el uso que se debe hacer de ellas en los juicios y sus determinaciones, conviene establecer por regla general que si el daño que padece y prueba el menor es de corta entidad, no se debe deferir á la restitucion que pretende, y se mantiene el contrato ó juicio que le hubiere causado, porque en las acciones ó remedios que deben su origen á la equidad y á la compasion, no deben cuidar los magistrados de cosas pequeñas; pues resultarían grandes daños al estado de repetirse con frecuencia tales reclamaciones rompiendo la fe de los contratos, que raramente pueden ajustarse á los ápices de su valor, especialmente cuando el de las cosas no está determinado por la ley, y admite sus grados entre el ínfimo al supremo, y aun estos estarian pendientes del arbitrio de los testigos.

28 El daño del menor ha de merecer justo aprecio en el juez; y de éste hablan las leyes cuando ponen indefinidamente el daño ó el menoscabo del menor, y entonces podrá considerarse y tenerse por grande este daño, que ha de mover al juez á conceder la restitucion respecto del mínimo que debe despreciar.

29 Para usar de la restitucion se conceden á los menores, á las iglesias, á las comunidades, y á todos los demas que gozan de igual privilegio, el término de cuatro años, los cuales empiezan á correr en los menores desde que cumplen los veinte y cinco años, y en las iglesias y comunidades al tiempo de los contratos y juicios de que les nace el daño que intentan reparar: *ley 8. tit. 19. Part. 6. al fin*, y la 9. del mismo *tit. y Part.*

30 Para usar de la restitucion dentro de los cuatro años señalados basta que prueben los menores y las demas personas que gozan este privilegio, aquel perjuicio, que con respecto al negocio de que se trata sea estimable en el arbitrio prudente del juez, sin que sea necesario que toque en el extremo de ser grande ó enormísimo; y entonces llena la restitucion *in integrum* todos sus efectos, no solo en

los bienes que se recobran, sino tambien en los frutos que hayan producido desde el dia del contrato, aunque los haya consumido el poseedor; pues como se retrotrae el menor al tiempo anterior al contrato que motivó la posesion y dominio del comprador, se quita del medio toda convencion, y se finge que no la hubo, y que el menor se ha mantenido constantemente en la posesion de los bienes vendidos sin haberla perdido ni un momento: *ex leg. quas refert Covarr. Var. lib. 1. cap. 3. n. 1.*

31 Cuando excede el daño de la mitad del justo valor ó precio de las cosas que vende ó compra el menor, puede usar para repararlo de dos acciones: una ordinaria, que nace de la *ley 2. Cod. de Rescind. vendition.* y sus concordantes: *ley 1. tit. 11. lib. 5. Rec.* (Ley 2. tit. 1. lib. 10. de la Nov. Recop.): *ley 16. tit. 11. Part. 4. ley 56. y 62. tit. 5. Part. 5.*; y otra extraordinaria por el beneficio de la restitucion. Por la primera accion dejará el menor al arbitrio y eleccion del que le compró sus bienes que le repare el perjuicio, volviéndole los mismos bienes ó supliendo el precio hasta el justo de su valor: *ex citatis número próximo*; pero por la restitucion logra determinada recobrar la cosa vendida, que es en lo que consiste la mayor ventaja de este auxilio; y por esta razon es compatible y útil la union de estos dos remedios en el menor, como se ha fundado en lo principal de este discurso; pero ya use de uno ó de otro remedio, debe hacerlo dentro de los cuatro años que señalan las mismas leyes, contados desde que cumplió el menor los veinte y cinco.

32 En el rey, iglesias, concejos y comunidades concurren las mismas dos acciones con los fines y ventajas que se han explicado en los menores; pero con un nuevo beneficio que no tienen estos, y consiste en que aquellos pueden usar de la restitucion en el caso de ser perjudicados en mas de la mitad del justo precio hasta treinta años desde el dia que fué hecho el enagenamiento de la cosa: *ley 10. tit. 19. Part. 6.*

33 Este exceso y enormísima lesion es necesaria para que tenga lugar el uso de la nueva restitucion pasados los cuatro años; y de esta habla, y debe entenderse el *cap. 11. ext. de Reb. Eccles. alienand.*

34 Su literal contesto manifiesta que en aquella venta padeció la iglesia lesion enormísima, y que la restitucion *in integrum* se pidió pasados los cuatro años desde el dia del contrato. La prueba de lo primero se presenta en la simple relacion de los hechos que contiene el citado capitulo, señaladamente en cuanto afirma haberse vendido la heredad por el precio de ochenta libras, y que el comprador habia percibido de sus frutos en solo el primer año el todo de las ochenta libras y algo mas: *Quod idem octoginta libras persolveret:» præsertim cum idem laicus primo anno de ipsius proventibus ultra summam perceperit prætaxatam.*

35 La segunda parte, esto es, que la restitucion fué pedida despues de los cuatro años, se manifiesta por aquellas palabras: *Et per multos postmodum annos sumpserit ejus fructus.*

36 De estos dos supuestos, en que se conforman los expositores, se deducen dos conclusiones: la primera que la iglesia cuando en sus contratos padece grande daño, tiene ademas del auxilio de la restitucion ordinaria que compete á los menores, y cuyo uso está limitado al tiempo de los cuatro años, otro nuevo y mas privilegiado beneficio para poderse reintegrar, usando de él dentro de treinta años; y para este caso tan extraordinario y singularísimo es necesario que el perjuicio sea enormísimo, como se verificaba en el caso del citado *cap. 11.* y en el de la *ley 10. tit. 19. Part. 6.*

37 La segunda conclusion consiste en que la restitucion, que propone la iglesia fuera de los primeros cuatro años, es limitada á la cosa vendida ó en cualquiera otro modo enagenada.

38 Esta diferencia respecto á la restitucion *in integrum* ordinaria, de la que se usa en el referido término de los cuatro años, consiste segun opinion de algunos en que la extraordi-