

eclesiásticas, los que estando emparentados en dichos grados, tambien sabiendolo, hayan contraido matrimonio, imponiendoles una penitencia saludable segun la culpa, y declarando legitima la prole, procreada de los enunciados matrimonios.

En orden á las formalidades, que deben seguirse en las causas de nulidad de matrimonio, se han de observar en estos dominios de Indias, las expuestas por el Señor Benedicto XIV. En quanto á las apelaciones, que se interpusieren de la sentencia de los Prelados Diocesanos, se debe guardar puntualmente lo dispuesto en el Breve del Señor Gregorio XIII. que se refiere en la última ley del *tit. 9. lib. 6. Recop. de Ind.* vease la real cédula de 21. de julio de 1776.

En las causas de divorcio solo deben entender los Jueces eclesiásticos, sin mezclarse con pretexto alguno en las temporales, ó profanas, sobre alimentos, litis expensas, ó restitucion de dotes, como propias y privativas de los Magistrados seculares á quienes incumbe la formación de sus respectivos procesos; pues ocurriendo semejantes asuntos temporales, durante las

causas eclesiásticas, deben abstenerse los Prelados y Provisores de su conocimiento, mandandolas sin detencion á las Justicias reales, para que las substancien y determinen, breve y sumariamente, segun su naturaleza. Real cédula de 22. de marzo de 1787.

TITULO V.

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

Tit. 1.º. Par. 1.º. Tit. 2.º. lib. 5.º. de la

Recop. (1).

1. *Qué sea dote, y cuándo puede constituirse.*
 2. *Division de la dote, en adventicia y profecticia.*
 3. 4. y 5. *Division de la dote en estimada é inestimada.*
 6. *Cuando se dan en dote ganados, ó cosas que constan de peso, número y medida.*
 7. 8. y 9. *Division de la dote en necesaria y voluntaria.*
- (1) Tit. 3.º. et seq. lib. 23.º. et tit. 1.º. et seqq. lib. 24.º. Digest.

10. Cantidad y tasa de las dotes.
 11. De los frutos de la dote.
 12. Cuándo puede enagenarse la dote.
 13. y 14. Cuándo debe restituirse la dote.
 15. De los bienes extradotales ó parafernales.
 16. y siguientes. De las otras donaciones entre marido y muger, ó entre esposos.

1 **C**OMO apénas hay matrimonios sin dote, y son tambien muy frecuentes en ellos las donaciones y arras, el tratar de esto debe considerarse como apéndice del tratado del matrimonio: y por ello nos ha parecido conveniente hablar aquí de este asunto. Dote es: *El algo que da la muger al marido por razon del casamiento, l. 1. tit. 11. P. 4.* esto es, donacion, ó á manera de donacion, que la muger ú otro por ella da al marido, para ayuda de sostener las cargas del matrimonio, y se reputa propio patrimonio de la muger; y tanto ántes de contraerse el matrimonio, como despues de contraído, puede constituirse y aumentarse, *d. l. 1.*

2 Se divide en primer lugar la dote en adventicia y profecticia. Es adventicia: *La que da la muger por sí misma de lo suyo*

á su marido, ó la que da por ella su madre, ó algun otro su pariente, que no sea de la línea derecha, ó algun extraño. Profecticia se llama: *La que sale de las bienes del padre, ó del abuelo, ó de los otros, que suben por la línea derecha.* Así las explica la ley 2. de d. d. tit. 11. Y adviértase con Gregorio Lopez, que en la definicion de la profecticia, por línea derecha se entiende la varonil ó paterna, como en el derecho romano lo explicó la glosa, comentando la ley 5. de *jure dotium*, que habló en los mismos términos. Ahora, que por el matrimonio salen los hijos de la patria potestad, el efecto de esta division solo es, que cuando el padre dió la dote, la lleva la hija á colacion en la division de los bienes paternos, y si la madre, en la de los maternos. Si la da un tercero, ó la constituye la misma muger, se hace por la restitucion propia de ella, sin respecto ni limitacion alguna; sino es que dándola alguno, que no fuese su padre ó madre, pusiese algun pacto de reversion, que deberia guardarse, *l. 30. d. tit. 11. al fin.*

3 En segundo lugar se divide la dote en apreciada ó estimada, y no apreciada

ó inestimada. Estimada será, si el que la da dixere, doy en dote tal casa, ó tal viña, y la aprécio en cien pesos; é inestimada, si simplemente dixere, doy tal casa ó tal viña, *l. 16. d. tit. 11.* El modo ordinario de darse las dotes en el dia, es diciendo, doy en dote mil pesos, en los bienes siguientes: en tal pieza de ropa justipreciada en 50. pesos, en tal en 40. en tal casa en 500. y tal campo en 410. y cuando así se hace no hay duda, que es estimada, porque lo que se da es la cantidad, y el señalamiento de bienes pertenece solo al cumplimiento ó execucion de lo que se da. A las veces se expresa precio, y sin embargo la dote no es estimada, como luego veremos.

4 El dominio de las cosas dotales pasa al marido, sin distincion de ser la dote estimada ó inestimada, *l. 7. d. tit. 11.* Pero llegado el caso de haberse de restituir por la disolucion del matrimonio, ó alguna otra causa, la hay muy grande. Porque si fué inestimada, se deben restituir las mismas cosas que se diéron; y el pro ó daño de haberse mejorado ó empeorado pertenece á la muger; quando por lo con-

trario es del marido, si hubiese sido estimada, *l. 18. d. tit. 11.* El derecho de los Romanos, que estableció lo mismo, señaló la razon en este segundo caso en la *ley 10. §. 5. y sig. de jur. dot.* de que en él hay verdadera venta; es decir, que la muger vende al marido las cosas que da en dote; y de consiguiente el marido solo es deudor del precio ó estimacion, que se da á las cosas, y por lo mismo le pertenece el aumento, disminucion ó extincion de ellas. Esta razon la aprueban y siguen nuestros intérpretes; y por quanto alguna vez se da á las cosas dotales estimacion, sin ánimo de que resulte venta; si solo con el fin de que conste de su valor, para saberse quanto debe restituir el marido, si debiendo restituirlas en especie, no puede hacerlo por culpa suya; examina latamente el Señor Covarrubias en el *cap. 28. de sus cuestiones prácticas*; distinguiendo en muchos casos, quando la estimacion hace ó no hace venta; y quando no la hace, se reputa la dote inestimada, y se sigue en su restitucion la regla de las inestimadas, que acabamos de sentar, de que deben restituirse las mismas cosas; y

han de abonarse al marido las impensas que en ellas hubiese hecho, en cuanto las mejora, haciéndolas de mayor renta: pero no las voluntarias que no sirviéron de mejorarlas, *l. 32. d. tit. 11. P. 4.* Pero si en el matrimonio hubiere ganancias, deberán gobernarse las ganancias ó mejoras que proceden de las impensas que hizo el marido, por lo que diximos en el *título antecedente, n. 22.*

5 Sucede algunas veces, que estimándose las cosas dotedales en la constitucion del dote, se pacta deberse restituir, ó las cosas mismas, ó su estimacion. Si así se hiciere, añadiéndose que el derecho de escoger fuese de la muger, seria suyo, perteneciéndole las mejoras, ó detrimento de las cosas, si las escogia; y lo mismo debe decirse, si al marido se le hubiese dado la eleccion, y escogiere restituir las cosas, *l. 18. l. 19. d. tit. 10.* lo que tambien se debe guardar, si establecida la alternativa, á ninguno de los cónyuges se dió la facultad de escoger; porque entónces tambien seria del marido el derecho de escoger, como advierte Gregor. Lop. en la *glos. 7. de d.*

l. 18. (1). Pero si siendo la eleccion de la muger, escogiese la estimacion, ó siendo del marido, no quisiese dar las cosas, es claro, y lo comprueba el contexto de estas *dos leyes*, que el pro ó el daño seria de este. Y adviértase, como cosa singular en el particular de estimacion de dotes, que si se sintiere engañado alguno de los cónyuges por haber sido mas alta ó baja de lo que correspondia, puede siempre pedir que se le resarza el perjuicio, y deshaga el engaño, sea qual fuere, cuando en las ventas regulares solo compete este beneficio, siendo el engaño en mas de la mitad del justo precio, *l. 16. d. tit. 11. (2).*

6 Si se hubiere dado en dote ganados no apreciados, el pro ó daño acaecido en ellos seria de la muger, por lo que hemos dicho arriba *n. 4.* Pero se debe advertir, que si murieren algunas reses, ha de restituir el marido otras tantas en lugar de ellas, nacidas de las que le diéron, *l. 21. d. tit. 11.* Si lo dado fuese cosa que consta de peso, número ó medida, esto es,

(1) *L. 10. §. ult. de. jur. dot.*

(2) *L. 6. §. ult. l. 22. §. 1. eod.*

que de esta manera está en el comercio y uso de los hombres, debe el marido restituir otro igual tanto de la misma calidad, *d. l. 21. (1)*.

7 Se divide en tercer lugar la dote en necesaria y voluntaria. Necesaria es la que da el padre y el abuelo y bisabuelo paterno en su caso y lugar, como luego veremos, *l. 8. d. tit. 11.* y cualquier otro, que por haberla prometido, *l. 10. d. tit. 11.* puede ser apremiado á darla. Voluntaria es la que da la madre, ú otro por su voluntad, *d. l. 8.* Es necesaria la que da el padre, porque sino quisiere darla á la hija que tiene en su poder, puede ser apremiado á que la dé, aun en el caso que la hija no fuese pobre, segun lo expresa la misma *ley 8.* Y si se objetára que el padre no tiene obligacion de dar alimentos á la hija rica, responderíamos no valer la paridad de alimentos á dote; porque aquellos solo se dan para poder subsistir el que los recibe: pero la dote se da para que la hija pueda encontrar con mas facilidad buen marido, y contribuir al alimento y crianza de sus hijos.

(1) *L. 24. cod.*

8 Y tambien pueden ser apremiados el abuelo y el bisabuelo paterno á favor de la nieta ó biznieta que tuvieren en su poder, si fuese pobre. Así lo dispuso la *citada ley 8. de d. tit. 11. P. 4.* en tiempo en que los hijos no salian, por casarse, de la patria potestad, y por ello se veia con frecuencia estar los nietos en la potestad de los abuelos, en los mismos términos en que lo prevenian las leyes Romanas. Pero como salen en el dia, segun diximos arriba, por derecho mas reciente establecido en la *ley 8. tit. 1. lib. 5. de la Recop.* juzga con razon Gregor. Lop. en la *glosa 4. de d. l. 8. tit. 11. P. 4.* que tendrá hoy lugar la obligacion de dotar en los padres y abuelos paternos sin el requisito de la patria potestad. Y del mismo dictámen es el Señor Covarrúbias; puesto que en la *part. 2. de matrim. cap. 8. §. 6. n. 15.* defiende, estar obligado el padre á dotar á la hija natural, y aun á la espúria, bien que sin exceder los límites de lo que le puede dexar; y en estas es bien seguro no tener patria potestad. Creemos que el haberse hecho mencion de la tal potestad en *d. l. 8. tit. 11. P. 4.* fué porque entónces

era regular concurrir esta circunstancia; pues si bien se considera, es mas natural que civil la causa de esta obligacion en el padre, como reconocen todos los autores, y abiertamente Covarrubias en el *lugar citado*.

9 Diximos en el n. 7. ser voluntaria la dote que la madre da á su hija, porque lo hace por su voluntad sin poder ser apremiada á ello, como se dice en las *leyes 8. y 9. d. tit. 11. P. 4.* Solo un caso se pone en esta *ley 9.* en que está obligada á darla, y es cuando es Hereje, Judía ó Mora, y la hija Cristiana católica. Otro señalan algunos autores, cuando la madre es rica, y el padre pobre, ó no sabe quien es el padre. Así lo dictan la equidad y pública utilidad: mas no hemos podido hallar ley que lo apoye. Pero observamos, que *d. l. 9.* manda expresamente, que cualquier hombre que tenga en su poder ó guarda alguna manceba, con todo lo suyo, que fuese ya en edad para casar, pueda ser apremiado que la case, y que la establezca dote, segun fuese la riqueza de ella, y la nobleza de aquel con quien la casa.

10 La cantidad de la dote debe regu-

DE LAS DOTES, DONACIONES, ARRAS. 105.
larse por la de los bienes ó riqueza del padre; y así está tasada en las *leyes 1. y 5. tit. 1. lib. 5. de la Recop.* Y hay ademas otra tasa en *dicha ley 1.* y es, que ninguno pueda dar ni prometer por via de dote ni casamiento de hija tercio ni quinto de sus bienes, ni se entienda ser mejorada tácita ni expresamente por ninguna manera de contrato entre vivos.

11 El efecto de la dote entregada, es como diximos arriba *n. 4.* que pase su dominio al marido, efectuado el matrimonio, y en su consecuencia le pertenecen todos sus frutos, haya sido ó no estimada la dote, *l. 25. tit. 11. P. 4.* Pero los que percibiere ántes de efectuarse el matrimonio, son aumento de la dote, y de consiguiente, los debe restituir, cuando restituya la dote, como parte que son de ella. Y es clara la razon de la diferencia, de sostener el marido las cargas del matrimonio, contraído este, y no ántes, cesando por ello en este caso la causa porque se le dan, *l. 18. l. 28. d. tit. 11. (1).* Le pertenecen tambien por la misma razon las

(1) *L. 20. C. de jur. dot.*

crias de los ganados, como fruto que son de ellos; bien que con la obligacion que notamos *arriba n. 6.* Y los frutos del año en que se disuelve ó separa el matrimonio, se deben partir prórrata entre marido y muger ó sus herederos, esto es, son del marido por el tiempo en que duró unido el matrimonio, y por razon del restante tiempo del año de la muger, sin respecto alguno de que estén ó no percibidos, *l. 26. d. tit. 11. (1).* Y adviértase, que esta doctrina que acabamos de sentar sobre pertenencia de frutos, percibidos, constante el matrimonio, debe entenderse sin perjuicio de lo que diximos sobre bienes gananciales en el *título antecedente n. 21.*

12 Puede el marido enagenar como quisiere la dote estimada; porque la hizo suya por título de compra, con sola la obligacion de restituir el precio en que fué estimada. Y al contrario no puede enagenar la inestimada, por haberla de restituir en los mismos bienes que recibió, *l. 7. d. tit. 11.* Y si la muger enagenase ú obliga-

(1) *L. 7. §. 1. cum seq. solut. matrim. d. un. §. 9. C. de rei uxor. act.*

DE LAS DOTES, DONACIONES, ARRAS. 107.
se estos bienes inestimados con licencia de su marido (vimos en el título antecedente *n. 27.* no poderlo hacer de otra manera), está recibido por costumbre, que se rescindan estas enagenaciones y obligaciones, en cuanto consumen la mayor parte de la dote, para no quedar indotada en perjuicio de la pública utilidad. Y para computar si á la muger le quedó ó no salva la mitad de la dote, se ha de atender al tiempo en que se hacen las enagenaciones, como lo prueban *Larrea alegac. 28.* y *Salgado en su laberinto part. 2. cap. 4.* en donde examina algunas cuestioncillas en este particular, como tambien *Castro en sus Discursos críticos sobre las leyes lib. 4. disc. 6. exemp. 3.* Pero no podemos dexar de acordar, no observarse esta última costumbre, quando la muger jura ser su voluntad que valgan estas enagenaciones, como puede verse en *Gutier. de juram. confirm. cap. 1.* y en *Larrea alegac. 35. n. 26.* Lo acordamos con dolor, porque siempre lo tendremos de que no se establezca una ley, que quite la fuerza que se da al juramento confirmatorio, en perjuicio de utilísimas y bien meditadas leyes y costumbres civiles.

13. Debe restituirse la dote, quando se disuelve el matrimonio por muerte de cualquiera de los cónyuges, con la diferencia de haberse de restituir desde luego, si los bienes dotales fuesen raíces; y dentro de un año, si fuesen muebles, *l. 2. tit. 11. P. 4. (1)*. Pero hay tres casos referidos en la *ley 23. del mismo título*, en que cesa esta obligacion de restituir, á saber: I. Si los contrayentes hubiesen pactado entre sí, que muerto uno de ellos sin hijos, quedase al otro sobreviviente la dote ó donacion hecha por el marido á la muger. II. Si la muger cometiese adulterio. III. Si fuese costumbre usada de largo tiempo en algun lugar de ganar el marido la dote, si muriere la muger. Y añade la misma ley que se da en estos casos el marido con la dote, si no hubiese hijos de este matrimonio; y que si los hubiere, pertenecerá á ellos la propiedad, y á su padre ó madre que viviere el usufructo. Y si la muger muriese sin hijos, pero dexando padres, pertenecerá á estos la dote, como herederos forzosos que son de ella. Y adviértase, que lo

(1) *L. un. C. de rei uxor. act.*

DE LAS DOTES, DONACIONES, ARRAS. 109.
que dice esta ley de no haber en estos casos obligacion en el marido de restituir la dote, lo dice tambien de la donacion que hizo el marido á la muger, que tampoco la obligará la restitucion; con sola la diferencia de que en el caso segundo del adulterio, sólo habla de quando lo cometiere la muger; pero Greg. Lop. en la *glosa 1. de d. l. 23.* funda ser lo mismo si lo cometiere el marido.

14. Además del caso de la muerte de uno de los cónyuges, lo es tambien de restitucion de dote en el de divorcio, *l. 26. l. 3. tit. 11. P. 4.* porque en ambos cesa la razon de disfrutarla el marido para sostener las cargas del matrimonio, *l. 7. l. 25. tit. 11.* Y en otro circunstanciado se propone en la *ley 29. del mismo título*: la cual establece, que si la muger entendiere que su marido por su culpa viene á pobreza, y temiere que le malgastará su dote, puede pedir en juicio, que se la restituya, ó que dé fiador de que no la enagenará, ó que la ponga en depósito de persona que la cuide bien, y recoja los frutos para mantener á los mismos cónyuges. Y avisa y prueba Gregorio Lopez en la *glosa 4. de*

d. l. 29. que si fuese evidente ser el marido un dilapidador ó pródigo, ni aun dando fiador debia concedérsele la administracion de la dote. Pero si el marido teniendo buena conducta y cuidado en administrar la dote, viniere á pobreza por alguna ocasion, quiere la misma ley. 29 que no pueda la muger pedir la dote.

15 Tiene la muger á las veces otros bienes ademas de la dote, que se llaman extradotales ó parafernales, del nombre griego *paraferna*, como lo explica la ley 17. de d. tit. 11. que tambien dice pertenecer su dominio al marido mientras dura el matrimonio, si la muger se los dió con esta intencion: pero no dándoselos, ó no constando de esta intencion, permanecen en el de la muger. Y por derecho mas reciente, que estableció la ley 14. y ult. tit. 1. lib. 5. de la Recop. se le concede al marido que haya entrado en los 18. años la administracion de estos bienes, sin que necesite obtener dispensa de edad, como diximos en el tit. antecedente n. 27. Por lo tocante á estos bienes parafernales tiene la muger el mismo privilegio que en los dotales, de estar hipotecados para su restitucion todos

los bienes del marido, aunque no se constituya expresamente la hipoteca, por solo el beneficio de la ley, d. l. 17. Del privilegio de esta hipoteca respecto de otras, trataremos en lugar mas oportuno: como tambien del privilegio de competencia que tienen los cónyuges, y de lo que corresponden, cuando se quita la dote por eviccion.

16 Hasta aquí hemos tratado de lo que se da al marido á nombre ó cuenta de la muger: hablemos ahora de lo que recibe la muger á cuenta ó nombre del marido. Las leyes de las Partidas, á imitacion de las Romanas, reconocieron la donacion que estas llamaron *propter nuptias*, diciendo que en España se llamaban propriamente *arras*, y era la donacion que da el marido á la muger por razon de casamiento, l. 1. d. tit. 11. P. 4. Y segun la l. 23. del mismo titulo, quisieron, como las Romanas, se guardase igualdad entre estas donaciones y las dotes, y la misma imitacion persuade la ley 7. del propio titulo. Pero ya observó Antonio Gomez en la ley 50. de Toro n. 11. no estar en uso en España, ni en otras partes estas donaciones *propter nuptias*, y al n. 12. que se diferencia mucho de

de ellas, lo que ahora llamamos *arras*, como luego veremos.

17 Otras donaciones conociéron los Romanos baxo el nombre *sponsalitia*, como se lee en varias leyes del título del Código *de sponsalibus, et arrhis sponsalitiis*. Las nuestras las han adoptado, con la añadidura de haberles puesto tasa. Se hacen ántes de celebrarse el matrimonio, y casi siempre por el esposo á la esposa, y alguna vez al contrario. Aunque se hacen francamente sin expresarse en ellas condicion alguna; con todo si dexa de celebrarse el matrimonio por culpa del que recibió la donacion, debe restituirla. Mas si acaeciése por aventura ó casualidad no cumplirse el matrimonio, debe distinguirse diciendo, que si muriese el esposo sin haber intervenido osculo, debe restituirse á sus herederos todo lo que dió: pero sola la mitad si intervino; y si la esposa fuese la que dió, lo recobra todo, *l. 3. d. tit. 11. P. 4. l. 4. tit. 2. lib. 5. de la Recop.* (1). Estas donaciones suelen hacerse en joyas y vestidos preciosos, y no pueden exceder la

(1) *L. 15. C. de donat.*

octava parte de la dote, *l. 1. l. 5. tit. 2. lib. 5. de la Recop.*: y añade esta misma *l. 5.* que el exceso, si le hubiere, debe aplicarse á la Cámara del Rey, haciendo una pintura tan viva de lo ruinosos que son al estado estos excesos, que no puede leerse sin llorar. Pero á pesar de ser tan útil é importante esta prohibicion, la vemos continuamente despreciada, y efectivos los grandes perjuicios, que intentó atajar: aunque se repitió en el *auto-acordado 4. tit. 12. lib. 7. de la Recop. al cap. 25.* Y en el *siguiente 26.* se manda, que los mercaderes, plateros de oro y plata, longistas, ni otro género de personas, ni por sí ni por interposicion de otras, puedan en tiempo alguno pedir, demandar, ni deducir en juicio las mercaderías, y géneros que dieren al fiado para dichas bodas á cualesquiera personas de cualquier estado, calidad y condicion que sea. Y en el 27. previene tengan las Justicias ordinarias la jurisdiccion privativa, para conocer de los casos, que miraren al castigo y execucion de las penas de contravencion. Nos asombra el cotejar tan justas, útiles, zelosas y repetidas leyes con su total inobservancia.

Tom. I. 18

18 Tenemos tambien en España otra donacion, que se llama *arra*, la cual es: *Donacion hecha á la esposa por el esposo en remuneracion de la dote, virginidad ó nobleza*, como la difine Antonio Gomez en la *ley 50. de Toro n. 12.* en donde enseña, que tambien puede hacerse, efectuado ya el matrimonio, y lo mismo dice el Sr. Covarrúbias *part. 2. de matrim. cap. 3. §. 7. n. 14.* en cuyos lugares añaden los dos, diferenciarse mucho esta donacion de la que se llama *propter nuptias*, aunque así se apellida en la *l. 1. tit. 11. P. 4.* pues esto podrá entenderse atendidas las leyes de las *Partidas*; pero no despues de publicadas las *de Toro*, que diéron otra significacion muy diversa á la donacion *propter nuptias*, como presto explicaremos. Y tambien tienen su justa tasacion las arras, que no puedan exceder la décima parte de los bienes del marido, *l. 2. tit. 2. lib. 5. de la Recop.* que prohíbe ademas su renunciacion, é impone la pena de privacion de oficio al Escribano, que diere fe de algun contrato en que intervenga tal renunciacion. Pero adviértase que esta tasacion, que trae su origen de la *ley 2. tit. 2. lib.*

DE LAS DOTES, DONACIONES, ARRAS. 115.

3. del *Fuero Real*, no dice respecto solamente á los bienes actuales del marido al tiempo en que se constituyen las arras, sino tambien á los que despues adquiriere.

19 El dominio de las arras, seguido el matrimonio, es absolutamente de la muger, y de consiguiente muerta ella, testada ó intestada, pertenece á sus herederos, aun sobreviviendo el marido, *l. 3. tit. 2. lib. 5. de la Recop.* Pero si á la muger se le hubiere hecho la donacion, que hemos explicado en el n. 17. y prometido-sele arras, solamente tendrá derecho ella ó sus herederos de escoger ó lo que se le dió, ó las arras, dentro de 20. dias contados desde que les requiriéron el marido ó sus herederos; y pasados estos sin haber hecho la eleccion, compete el derecho de hacerla al marido ó sus herederos.

20 Otra donacion se frecuenta en nuestra España, á la que llaman *propter nuptias* la *ley 9. tit. 6. y la 3. tit. 8. lib. 5. de la Recop.* (25. y 29. de *Toro*) la cual hacen los padres á sus hijos en contemplacion del matrimonio, que han de contraér, para que puedan llevar con mas honor y comodidad sus cargas; de suerte que es muy diferen-

te de la otra que llamáron tambien *propter nuptias* las leyes de las Partidas, como hemos manifestado arriba n. 16.

21 Solo nos resta en el particular de que tratamos, hablar de las donaciones que se hacen entre los cónyuges despues de casados, no por razón de casamiento, sino por el amor que se tienen. Estas están prohibidas, porque no les engañe el mutuo amor, despojándose el uno al otro; y porque el que fuese mas escaso, seria de mejor condicion, que el que es franco en dar. Son pues de ninguna valor las que se hicieren, l. 4. tit. 11. P. 4. Esta prohibicion solo tiene lugar en aquellas donaciones, por las cuales el que las recibe se hace mas rico, y el otro mas pobre: de suerte que si faltara una de estas circunstancias, valdria la donacion (1), como por exemplo, si se dexara alguna herencia al marido, substituyéndole á su muger, y el marido renunciara su institucion, sin haber adido la herencia, en cuyo caso tendria valor la substitution, porque aun-

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

DE LAS DOTES, DONACIONES, ARRAS. 117.
que esta renuncia hacia mas rica á la muger, no empobrecia al marido; por cuya razon valdrá tambien la donacion de una cosa agena; porque al paso que puede servir al donatario para usucapirla, ó adquirirla por tiempo, no hace mas pobre al cónyuge donante. Y lo mismo deberá decirse, si la donacion hace mas pobre al donante, pero no mas rico al ponatario, como si se le diera lugar para que se hiciese sepultura, construyera una Iglesia, ó cosa semejante, en cuyos casos concurre además la razon de valer, de que cede esto en honor de Dios, l. 5. l. 6. d. tit. 11. que ponen estos exemplos (1). Y tambien valdria, si el que la hizo murió ántes que el otro que la recibió, sin haberla revocado. Pero lo contrario deberá decirse, si ó no muriese ántes, ó la hubiese revocado por palabras ó por hechos, vendiendo ó enagenando de otra manera las cosas que habia dado, l. 4. d. tit. 11. (2).

(1) D. l. 5. §§. 8. 13. et 14. de donat. inr. vir. et uxor. (2) L. 32. §§. 2. et 9. eod.

TITULO VI.

DE LA LEGITIMACION, Y DEL
PORFIJAMIENTO O ADOPCION.

Tit. 7. et 15. P. 4. (1).

1. 2. y 3. *Qué sea legitimacion, y sus especies.*
4. *Qué sea adopcion, y sus especies.*
5. *Diferencias entre la adrogacion, y la adopcion.*
6. *Cómo pueden ser adrogados los mayores de 7. años.*
7. *Quiénes pueden adoptar, y quiénes no.*
8. *Efectos de la adopcion.*

LO mucho que ofrece de que tratar el matrimonio, que como diximos en el *título 4. n. 1.* es la causa natural y mas principal de la patria potestad, nos ha detenido hasta ahora. De las otras dos, que son civiles, vamos á hablar brevemente. La legitimacion es: *Un acto por el cual se hacen legitimos los hijos, que ántes no lo eran.* Las

(1) *Tit. 10. et. 11. lib. 2. Inst.*

leyes Romanas establecieron ser tres los modos de legitimar, por subsiguiente matrimonio, por ofrecimiento á la Curia, y por rescripto del Príncipe (1). Y aunque algunos de sus intérpretes añadieron otro en el caso de que el padre en su testamento ú otro instrumento firmado por tres testigos, nombrára á alguno por hijo; sienta la mayor parte de ellos, que la novela en que se pretende apoyar este modo de pensar, mas significa ser prueba de ser legítimo el tal hijo, que verdadera legitimacion. A imitacion de todo esto hablan la *ley 4. y siguientes del título 15. P. 4.* distinguiendo tambien, como lo hicieron las romanas, varios ramos en el segundo modo por oblacion á la Curia. Pero reconocen nuestros intérpretes no estar este en uso, ni lo permite la constitucion del gobierno de los pueblos. Y del quarto dice Greg. Lop. en la *glos. 7. de la ley 7. tit. 15. P. 4.* lo mismo que la mayor parte de los intérpretes romanos, esto es, que mas es prueba de ser legítimo el hijo, que legitimacion verdadera.

(1) *§. 13. d. tit. 10. nov. 74. cap. 2.*

2 En conformidad de lo que acabamos de referir, decimos, que solo tenemos en España dos modos de legitimacion. El mas frecuente y recomendado es el que nace del subsiguiente matrimonio, quando el padre habiendo tenido hijos de alguna barragana ó muger soltera, se casa despues con ella, *l. 1. tit. 13. P. 4.* en cuya glosa 8. disputa Gregorio Lopez, si basta que la muger sea soltera, ó es menester que ademas la haya retenido en su casa el padre, inclinando (á nuestro dictámen con razon) á no ser esto necesario. Esta doctrina tiene lugar, si el padre era soltero quando tuvo el hijo de la barragana ó concubina, porque si era casado, no le hará legitimo el que muerta despues su muger, se case en seguida con la barragana, como expresamente lo dispone la *ley 2. tit. 15. P. 4. al fin*, dando por razon: *Que los tales hijos fuéron hechos en adulterio*: la cual no dexa de dar fuerza á la opinion de Gregorio Lopez, que ántes hemos manifestado.

3 El otro modo de legitimar es por rescripto del Príncipe, del qual habla así la *ley 4. de. tit. 15. Piden merced los*

omes a los Emperadores, e a los Reyes en cuyo señorío viven, que les haga a sus hijos, que han de barraganas, legítimos. E si cabe su ruego, se los legitiman, son dende en adelante legítimos. Y tambien se concede esta legitimacion á pedimento de los mismos naturales, que funden su súplica en haber manifestado esta solicitud en el testamento, su padre que no tenia otros hijos legítimos, *l. 6. d. tit. 15.* Y de la palabra *naturales* de que usa esta ley, infiere Greg. Lop. en su glosa 1. no tener lugar la legitimacion que ella concede en los hijos espúreos. Y en la glosa 2. que las legitimaciones por rescripto de Príncipe, no valen, si hay hijos legítimos, sino es que se exprese así. Y adviertase, que estas legitimaciones solo sirven para efectos civiles, porque para los canónicos las debe conceder el Papa, como expresamente lo dice la citada ley 4. de d. tit. 15. Legitimados los hijos por cualquiera de estos modos, es consiguiente, que esten en la patria potestad de su padre, obrando esta en ellos sus efectos, que es la causa de que hemos tratado aquí de la legitimacion. Los derechos de suceder los legitimados, los explicaremos con mas

oportunidad, cuando hablemos de los testamentos, y de las sucesiones intestadas.

4 Lo que los romanos llamaron *adoptio*, llaman las leyes de las Partidas *porfijamiento*; pero en atencion á la pesadez de este nombre, y que tal vez por esta causa está recibido entre nosotros el nombre *adopcion*, y se halla en la *l. 9. tit. 16. P. 4.* usaremos de él y sus derivados, en lugar del *porfijamiento* y los suyos. Es pues la *adopcion*: *Una manera que establecieron las leyes, por la cual pueden los omes ser hijos de otro, maguer no lo sean naturalmente, l. 1. d. tit. 16. P. 4.* Constituye tambien la patria potestad, *l. 7. tit. 7. P. 4.* y esta es la causa de que tratamos aquí de ella. Nuestras leyes la dividen en las mismas dos especies en que la dividieron las romanas (1); y toman tambien de ellas sus nombres, llamando á la una *arrogacion*, y acomodando á la otra el del género, diciendola *adopcion* sin añadidura alguna, *l. 9. tit. 16. P. 4.* y así tomaban este nombre como á género, ó como á especie. Usa-

(1) §. 1. *Inst. de adop.*

DE LEGITIMACION, Y PORFIJAMIENTO. 123.
remos aquí de estos nombres, porque facilitan su explicacion.

5 Dirémos pues al tenor de lo que acabamos de decir, ser la *arrogacion*: *Porfijamiento de ome, que es por si, et non ha padre carnal: e si lo ha es salido de su poder, e cae nuevamente en poder de aquel, que lo porfija, d. l. 7. tit. P. 4.* ó por decirlo con menos palabras, es: *Adopcion de hombres que no están en la patria potestad de otros.* Se hace, preguntando el Rey á dos si quieren que el uno sea padre del otro; y respondiendo ambos que sí, diciendo el Rey que el otorga, y en seguida se les debe dar el título, *d. l. 7.* De la *adopcion* en especie dice esta misma ley poderse hacer de otorgamiento de cualquier Juez, y que es: *Porfijamiento de ome, que ha padre carnal, e es en su poder.* En la *arrogacion* es necesario el consentimiento expreso del que va á ser hijo; pero en la *adopcion* basta el tácito, esto es, que calle, ó no lo contradiga, *l. 1. tit. 16. P. 4.* Y de ahí es no poder ser *arrogados* los infantes ó menores de 7. años, por no tener entendimiento para consentir, *l. 4. d. tit. 16.*

6 Al paso que esta ley 4. prohíbe que

puedan ser arrogados los infantes, concede la facultad de que puedan serlo los que cumplidos los 7. años son menores de los 14., dando la razon de que aunque no tengan el entendimiento cumplido, no son menguados de entendimiento del todo. Pero el Rey, cuyo otorgamiento es necesario, como lo dice *esta misma ley*, y en términos generales de arrogacion la 7. *tit. 7. P. 4.* como vimos en el número antecedente, quiere se tengan presentes en estas arrogaciones de que hablamos, varias circunstancias que se expresan en la *misma ley 4.* y son: Qué hombre es aquel que le quiere adoptar, si es rico, ó si es pobre, ó si es pariente ó no, y si tiene hijos que hereden lo suyo, ó si tiene tanta edad, que los pueda aun haber: e de qué vida es, e de qué fama; y qué riqueza ha el niño. Y si examinadas estas cosas, se entendiere moverse con buena intencion para hacerlo el arrogador, y que es provechoso al mozo, se le otorgue. Y asimismo quiere que ántes de otorgar esta arrogacion, se cuide que no se menoscaben los bienes del mozo: á cuyo fin debe dar caucion el arrogador, de que si el mozo muriese ántes de los 14.

años, entregará todos sus bienes á aquellos á quienes pertenecerian por herencia ó legados, si el mozo no hubiese sido arrogado. Cuya caucion debe autorizarse por Escribano público; y si no se hiciere, es obligado á cumplirlo el arrogador, como si se hubiese autorizado. Y segun la *l. 8. de. d. tit. 16.* si el arrogador sacase sin razon de su poder al que arrogó, ó le desheredase, está obligado á darle todo lo suyo con que entró en su poder, con todas las ganancias que despues hizo, ménos el usufruto que recibió de los bienes de dicho arrogado, mientras le tuvo en su poder; y demas de esto la quarta parte de todo quanto hubiere.

7. Puede adoptar cualquier hombre libre que no esté en poder de su padre: con tal que exceda al que quiere adoptar en 18. años de edad, y pueda tener hijos naturalmente, *l. 2. d. tit. 16. P. 4.* esto es, que no tenga impedimento para tenerlos por su misma naturaleza. Pero si le tuviese no por su naturaleza, sino por enfermedad, fuerza ó daño que hubiese padecido, bien podrá adoptar, *l. 3. d. tit. 16.* Ninguna muger puede adoptar sino en el caso de haber perdido algun hijo en batalla,

126. LIBRO I. TITULO VI. en servicio del Rey, ó de algun Consejo en que lo hubiese encartado, en el qual puede hacerlo para consuelo del hijo que perdió, con otorgamiento del Rey, y no de otra manera, *d. l. 2.* Con el mismo otorgamiento, y no de otra suerte, podrá adoptar el que fué tutor al que tuvo en su tutela, si este tiene ya 25. años; pero ántes de ningun modo, *l. 6. d. tit. 16.* Ni tampoco puede adoptar ninguno á forro, ó aforrado ageno, *l. 5. d. tit. 16.*

8. Es efecto de la adopcion, que el adoptado pase á la patria potestad del adoptante. Pero hay de esta regla alguna limitacion. En la arrogacion tiene siémpre lugar la regla, *l. 7. tit. 7. P. 4.* En la adopcion en especie hay distincion; pues aunque esta misma, *l. 7.* dice generalmente que no pasa, la hallamos expresa en las *leyes 9. y 10. de. d. tit. 16.* En la 9. se dice no pasar el adoptado á la patria potestad del adoptante, si este no fuere ascendiente suyo; y en la 10. que pasa, si lo fuere. Esta misma diferencia se observa en el derecho romano por constitucion de Justiniano (1). Y adviértase, que si en

(1) §. 2. *Inst. de adoptr.*

DE LEGITIMACION, Y PORFIJAMIENTO. 127.
este último caso el padre adoptivo sacase de su poder á su descendiente que habia adoptado, volveria este al de su padre natural, como lo expresa *d. l. 10.* Tambien es efecto de la adopcion el producir impedimento para el matrimonio en los términos que diximos en el *tit. 4. n. 14.* Del que producen en dar derecho para suceder, hablaremos al tratar de las sucesiones testadas é intestadas. Los adoptados por muger, claro es que no caen en patria potestad, por ser ella incapaz de tenerla.

INDIAS. Yo definiria á la legitimacion: un acto por el qual los hijos legítimos, se fingen nacidos de matrimonio justo. Esta legitimacion, que entre los romanos se hacia por subsecuente matrimonio, por oblacion á la Curia, y por rescripto del Príncipe, no se conoce ya el segundo modo en nuestra legislacion, bien que en su lugar se han substituido varios modos, como ha dicho el autor en este título. Solo añadido, que los hijos expuestos, cuyos padres no se conocen, se tienen por legítimos, segun su calidad; para obtener lo que les convenga en lo civil, con arreglo á su

buenaconducta y méritos personales, real cédula de 19. de febrero de 1794. y otra de 1803. y la legitimacion por rescripto del Príncipe es mas ó ménos amplia para los efectos civiles, conforme á la voluntad del superior.

Si alguna hija natural casare con algun Juez mayor de Ciudad, ó Villa, cuyo oficio sea perpetuo, se hace legitima en el mismo hecho del matrimonio. Lo mismo sucede con el hijo natural, que se ofreciere el mismo al servicio del Rey II. 5. y 8. tit. 15. P. 4. Esta doctrina, de que el autor no hace mención, tal vez contándola entre las que no se practican, por razon de las circunstancias populares, y otros motivos que supone en el §. 3. me parece, que se debe saber, por la misma razon de variedad de circunstancias en nuestros pueblos, pues supuesto que no hay nada legitimamente contrario á la disposicion de dichas leyes, pueden servir en algunos casos, con arreglo á los principios de nuestra Jurisprudencia.

TITULO VII. DE LA TUTELA Y CURADORIA.

1. *Qué sea tutela.*
2. *Á quiénes se puede dar tutor, y á qué fin.*
3. 4. y 5. *Division de la tutela: y de la testamentaria.*
6. 7. 8. *Quiénes pueden ser dados tutores.*
9. *El tutor debe ser nombrado señaladamente.*
10. 11. *De la tutela legitima.*
12. *De la dativa.*
13. *Qué debe hacerse quando muchos Jueces dan tutor.*
14. *Modos de fenecer la tutela.*
15. 16. *De los Curadores, y si pueden darse en testamento.*
17. *Que sea excusa de tutela y cura, y que para ella se necesita de justa causa, ménos en la tutela legitima.*
18. 19. 20. 21. *Se refieren y explican varias excusas.*
22. *Descuido notable de Asso y de Manuel en este particular.*
23. *Tiempo para proponer la excusa, y para decidir la causa ó pleyto en su razon.*